

REVISTA JURÍDICA
UNIJUS

ISSN 1518-8280

R. Jur. UNIJUS	Uberaba-MG	V.11	n. 14	Mai 2008	p. 1-272
----------------	------------	------	-------	----------	----------



UNIJUS

Universidade de Uberaba

Reitor

Prof. Marcelo Palmério

**Pró-Reitor de Pesquisa,
Pós-Graduação e Extensão**
Prof. José Bento Alves

Pró-Reitor de Ensino Superior
Profa. Inara Barbosa Pena Elias

Diretor do Curso de Direito
Prof. Pêrsio Henrique Barroso

Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba

Coordenadora: Miralda Dias Dourado de Lavor – Promotora de Justiça

Revista Jurídica UNIJUS

Produção da Universidade de Uberaba em parceria com o Ministério Público do Estado de Minas Gerais
(Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba, MG).

Editoração e publicação pela UNIUBE.

Tiragem: 1.500 exemplares - Periodicidade semestral.

(Solicita-se permuta / exchange desired)

Os trabalhos apresentados exprimem conceitos da responsabilidade dos seus autores, coincidentes ou não com os pontos de vista da coordenação da Revista. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Catálogo elaborado pelo Setor de Referência da Biblioteca Central da UNIUBE

Revista Jurídica UNIJUS / Universidade de Uberaba, Ministério Público do
Estado de Minas Gerais. – Vol. 1, n.1 (1998)- . – Uberaba, MG:
UNIUBE, 1998-

v.

Semestral.

A partir do volume 8 a numeração dos fascículos passou a ser contínua.

ISSN 1518-8280

1. Direito. I. Universidade de Uberaba. II. Ministério Público do Estado
de Minas Gerais.

CDD: 340

Conselho Editorial

Dirce Maris Nunes da Silva
Eduardo Pimentel de Figueiredo
Guido Luiz Mendonça Bilharinho
João Delfino
João Vicente Davina
Lúcio Delfino
Newton Luís Mamede
Patrícia de Oliveira Portela
Sandra Maria da Silva
Wagner Guerreiro

Coordenador Editorial

Jurandir Sebastião

Os trabalhos podem ser enviados para:

Universidade de Uberaba – UNIUBE

Pró-Reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão

Prof. Jurandir Sebastião – Coordenador Editorial da Revista

Av. Nenê Sabino, 1801 – Bairro Universitário

CEP 38.055-500 – Uberaba-MG

Telefone: PABX (0xx34) 3319.8800 - FAX (0xx34) 3314.8910

E-mail: malthus@terra.com.br

Núcleo de Estudos Jurídicos do Ministério Público de Minas Gerais de Uberaba

Coordenadora: Dra. Miralda Dias Dourado de Lavor

Rua Segismundo Mendes, n.º 175 – Centro

CEP 38.010-140 – Uberaba-MG

Telefone (0xx34) 3313.6142 - Fax (0xx34) 3333.8996

E-mail: miralda@netsite.com.br

ATENÇÃO: As normas para apresentação e envio dos trabalhos encontram-se no final deste fascículo.



SUMÁRIO

A APLICABILIDADE DA TEORIA DINÂMICA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

Antonio Danilo Moura de Azevedo p. 15

O PROCESSO PENAL NA CONCEPÇÃO DEMOCRÁTICA DO ESTADO DE DIREITO

Adilson de Oliveira Nascimento p. 31

A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Ana Lúcia Porcionato p. 49

O CRIME DO COLARINHO BRANCO E A FALÁCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Jacques Damiani Macedo p. 63

DIREITO AMBIENTAL E NANOTECNOLOGIA: IMPLICAÇÕES ÉTICAS, SOCIAIS E JURÍDICAS

Marlene de Paula Pereira p. 73

OBSERVAÇÕES SOBRE A (IM)PUNIDADE NOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

Cláudio da Silva Leiria p. 83

PRIVACIDADE E INTERNET: ALGUNS ASPECTOS DA REPARAÇÃO CIVIL

Zilda Mara Consalter p. 93

EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL – APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.232/2005

Cláudio Mota p. 121



SUMÁRIO

ANOTAÇÕES SOBRE A ÁREA DE RESERVA LEGAL NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

Matheus Almeida Caetano, e Marlene Teresinha de Muno Cole-santi p. 153

MECANISMOS JURISDICIONAIS BRASILEIROS DE TU-TELA DO MEIO AMBIENTE

Gustavo Luz Gil, Leosino Bizinoto Macedo, e Daniela Toledo Gouveia Martins..... p. 185

A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS SE-GUNDO GEORG HENRIK VON WRIGTH e RONALD DWORKIN

Gustavo F.Grizzuti p. 203

EQÜIDADE, RAZÃO PÚBLICA E O DIREITO AO ABORTO NO BRASIL

Éder Ferreira p. 217

AS FORMAS DE GARANTIR O ACESSO À JUSTIÇA E SUA EFETIVIDADE

Viviane Saud Sallum Gonçalves p. 231

A CORREÇÃO MONETÁRIA NO ÂMBITO TRIBUTÁRIO E A CONSTITUCIONALIDADE DA TAXA SELIC

Kelson Carlos de Resende p. 251



UNIJUS

Para gáudio de todos nós, vem a lume a edição n. 14 da Revista Jurídica UNIJUS. Elaborada pela Universidade de Uberaba – UNIUBE, em parceria, para produção intelectual, com o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por meio do Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba, os artigos selecionados têm por destino a boa informação à classe jurídica.

A Revista Jurídica UNIJUS não é comercializada. Mas, sim, divulgada, dirigidamente: no âmbito acadêmico, a divulgação se dá por meio de permuta com a grande maioria das universidades brasileiras e, algumas, do exterior; no âmbito extra-acadêmico, a revista é distribuída para bibliotecas de instituições (cadastradas) e para autoridades ou *persona grata*, previamente selecionadas. Por fim, a divulgação também se faz pela *internet*.

Em um editorial de obra periódica, intelectual, não é demais repetir as informações, ainda que em parte. É que o leitor pode deparar com exemplar de uma única edição, quando, então, pelo editorial, há de ficar sabendo do propósito da obra, sua finalidade e sistema de seleção dos artigos publicados. Enfim, o leitor de uma única edição há de se inteirar, por completo o quanto possível, do projeto acadêmico. Dessa regra não se pode fugir.

O perfil desta revista jurídica tem sido mantido. Nossa preocupação continua sendo a de diversidade dos assuntos e, em cada um destes, a preservação do caráter objetivo das análises dos temas, das teses defendidas ou das novas idéias desenvolvidas. Esses requisitos não de estar aflorados e em forma didática. Essas características devem ser mantidas porque nosso público alvo é duplo: de um lado, o universo *acadêmico* – corpo docente e discente, de graduação e de pós-graduação, de todas as instituições de ensino superior; de outro, o universo *profissional*. Aqui, o público alvo são todos aqueles que militam na área do direito: julgadores, advogados, promotores de justiça, defensores públicos, etc. Por isso que a produção intelectual acolhida em nossa revista jurídica há de findar em conclusões pragmáticas, sejam elas tão-somente de interpretação de texto legal vigente, ou, apenas, de crítica pela injustificável ausência de norma – regras positivadas do devenir. Mas, enfatize-se, nada de utopia. O enfoque do trabalho intelectual desenvolvido há de ser direcionado para o aperfeiçoamento da lei no momento de sua aplicação (hermenêutica); ou de sugestão para sua modificação legislativa (*lege ferenda*). Desse modo, não obstante a feição acadêmica dos artigos selecionados para publicação, o conteúdo, com respaldo na Doutrina e na Jurisprudência, há de ter natureza prática. Aqueles que atentarem para essas observações, por certo, entenderão a razão pela qual alguns artigos, mesmo que exuberantes em erudição, não são publicados. Outros, com ou sem erudição, depois de aprovados pelo Conselho Editorial, vêm e voltam aos seus autores até adequação final. Vanguarda de idéias sociais não se confunde com a instalação do caos. E a crítica, quando adequada, não pode se distanciar da linguagem cortês. Nesses aspectos, com acerto, o Conselho Editorial tem sido intransigente na tarefa de seleção.

Com o propósito acima especificado, os objetivos da UNIJUS – de *informar* e de *divulgar* produção intelectual na área do Direito – têm sido cumpridos. O *informar* se constitui na oportunidade de leitura de artigos jurídicos sobre temas variados e atuais. O *divulgar* se concretiza por meio da preservação de espaço gráfico destinado à publicação de trabalhos jurídicos elaborados por graduandos, graduados e pós-graduados, e, em maior volume, aque-

les elaborados por técnicos profissionais – professores acadêmicos e operadores do Direito. Enquanto os primeiros se alimentam das abstrações e das informações doutrinárias críticas e atuais, os segundos, como regra, têm por sustentação de seus trabalhos a experiência profissional do cotidiano.

Como de praxe, para adiantamento ao leitor ávido sobre o conteúdo desta edição nº 14, eis o resumo introdutório:

a) – No artigo A APLICABILIDADE DA TEORIA DINÂMICA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL, de **Antonio Danilo Moura de Azevedo**, o autor, advogado em Brasília-DF e em Fortaleza-CE, especialista em Direito Processual e em Direito Tributário, desenvolve trabalho voltado para a nova visão de Teoria do Processo, em especial sobre a denominada Dinâmica das Provas. Por ela, as tradicionais “regras do art. 333, do CPC, rígidas e apriorísticas, que impõem exclusivamente ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito; e, ao réu, os fatos modificativos, extintivos e impeditivos de sua oposição” cedem lugar a uma visão mais justa, de modo a permitir o justo julgamento. À parte que está em melhores condições de provar o fato, a origem, as circunstâncias e a supremacia do direito material que deve prevalecer, cabe o ônus de fazê-la, numa dinâmica probante, porque a cada momento processual pode-se fazer a contraprova, sem a preocupação de saber a quem cabe, *a priori*, o ônus da prova. Não importa quem, no pedido em conflito e devidamente formalizado, é autor ou réu. Importa, sim, que o Estado-juiz – fiel aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da igualdade de tratamento processual – bem decida o conflito de interesses instrumentalizado, preservando aqueles direitos que se sobrepõem aos antagônicos, consoante regras e conceitos materiais pré-estabelecidos, em cogente escala axiológica. Como bem arremata o autor, “aquela visão estática que, aprioristicamente, obriga ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito invocado; e, ao réu, os fatos obstativos da pretensão contra ele articulada, sem levar em consideração as condições probatórias de cada parte, não condiz com os preceitos da atual sistemática do Processo Civil Brasileiro”. [...] “É logicamente insustentável que, se há uma parte em melhores condições de produzir a prova, deixe de fazê-la unicamente pelo apego a formalismos exacerbados, e, por que não dizer, desarrazoados. O processo moderno não mais coaduna com esse tipo de idéias, pois que seu escopo maior é garantir o direito a quem realmente o titule.”

b) - No artigo O PROCESSO PENAL NA CONCEPÇÃO DEMOCRÁTICA DO ESTADO DE DIREITO, de **Adilson de Oliveira Nascimento**, o autor, promotor de justiça em Minas Gerais, professor, mestre e doutor em Direito Processual, desenvolve erudito trabalho sobre o tema. O registro das idéias, teorias e doutrina que permearam a evolução do sistema processual penal, tal como expostas nesta publicação, leva o leitor à reflexão para a subordinação de nosso atual Código de Processo Penal à Constituição de 1988. Daí o arremate do autor: “O Constitucionalismo, tal como resulta da positivização dos direitos fundamentais como limites e vínculos substanciais para a legislação positiva, corresponde a uma segunda revolução na natureza do Direito, que se traduz em uma alteração interna do paradigma positivista clássico. Considerando a primeira revolução como a afirmação da onipotência do legislador, ancorada no princípio da legalidade formal, esta segunda revolução apregoa uma legalidade substancial, submetendo a lei a vínculos não só formais, mas também, impostos pelos direitos fundamentais.”

c) – No artigo A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF), de **Ana Lúcia Porcionato**, a autora, mestre em Direito e professora universitária em Bebedouro-SP, desenvolve trabalho didático sobre esse novel tema. Antes da Constituição de 1988, não se previa, nem se praticava esse procedimento. Trata-se de permissivo legal para arguição de controle concreto ou em abstrato de constitucionalidade. Como diz a autora, “a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi criada com a função de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos, violados pelo poder público, previstos no texto constitucional, tendo em vista que a própria Constituição tem por sua característica principal a defesa desses direitos. Trata-se de típica ação que exsurge do novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, que tem como pilares básicos a defesa dos direitos fundamentais e a democracia”. E arremata: “Se bem aplicada, a arguição de descumprimento de preceito fundamental poderá resolver muitos casos que envolvam preceitos fundamentais, e isso significa retirar do campo da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade tais preceitos, que hoje são defendidos por essas ações”. [...] É evidente, também, que, a partir do momento em que a doutrina e a jurisprudência fixarem um conceito de preceitos fundamentais, a arguição passará a ter uma importância no direito brasileiro de grandes proporções, porque, se for admitido que só ela poderá defender os preceitos fundamentais, que são os pilares da Constituição Federal, então essa ação se constituirá na mais importante das ações de controle de constitucionalidade. Um outro dado significativo em relação à arguição é o seu efeito vinculante e sua eficácia *erga omnes*, porque, se os preceitos fundamentais são tão primordiais, esses efeitos tornam-se essenciais, ao não permitir que a Constituição seja sistematicamente violada por decisões conflitantes, pondo em perigo toda a estrutura constitucional”.

d) – No artigo O CRIME DO COLARINHO BRANCO E A FALÁCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE, de **Jacques Damiani Macedo**, o autor, advogado em Brasília-DF, pós-graduado em Ciências Penais, e mestrando em Direito Público, desenvolve trabalho apontando o quanto o crime denominado do “colarinho branco” escapa do pressuposto de igualdade, no tocante à repressão e punição estatal. Como escreve o autor, não obstante a teoria da reação social se fundamentar na ideologia penal da defesa social, principalmente, no princípio da *igualdade*”, em verdade “o crime do ‘colarinho branco’ demonstra a desigualdade com que o sistema penal opera, devido a sua escassa identificação, perseguição e punição, gerando um falso quadro de distribuição da criminalidade nos grupos sociais mais débeis”. O arremate do trabalho é candente: “Conclui-se que os indivíduos que caem na engrenagem do sistema da justiça penal são indivíduos selecionados pelo complexo sistema de filtros daquele. Essa seleção funciona desde a criação das normas à sua aplicação, que se desenvolve praticamente nos estratos sociais inferiores e parece não alcançar a ‘delinqüência dourada’. O princípio da igualdade é uma falsa afirmação para sustentar um sistema penal seletivo e discriminatório. Os poucos presos que fogem a regra geral (pobres, marginalizados) constituem exceção, e só confirmam a regra. ‘O delito é ubíquo (todas as classes sociais delinqüem). Mas só vão para a cadeia (como regra geral) os desfavorecidos’. [...] ‘O controle do crime é uma máquina que produz dor para muitos e riqueza para alguns’.”

e) – No artigo DIREITO AMBIENTAL E NANOTECNOLOGIA: IMPLICAÇÕES ÉTICAS, SOCIAIS E JURÍDICAS, de **Marlene de Paula Pereira**, a autora, advogada em Viçosa-MG, especialista em Direito Ambiental e mestranda nessa área, desenvolve trabalho

suscitando reflexões sobre as implicações éticas, sociais e jurídicas da nanotecnologia e da nanociência. Como diz a autora, “as sociedades contemporâneas não se caracterizam somente pela capacidade de produção de riquezas, mas também pelos riscos que produzem através de seus sistemas produtivo e científico. Dessa maneira, as pessoas hoje estão expostas a riscos de toda natureza – sociais, sanitários, tecnológicos, ecológicos – ligados à modernização da sociedade. É a chamada sociedade de risco. [...] O Brasil tem se destacado no desenvolvimento de pesquisas e projetos neste setor. No entanto, até o momento, poucas abordagens têm sido feitas quanto a outros aspectos que não o econômico. Por enquanto, com amparo no argumento de que o assunto ainda não sofreu regulamentação, os produtos estão sendo produzidos e comercializados sem que os rótulos informem qualquer característica a respeito dos processos ou partículas utilizadas na fabricação dos mesmos, o que retira da sociedade o direito de realizar uma escolha consciente. [...] Apesar disso, regras e princípios adotados pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, como o Princípio da Precaução, da Informação, da Participação, do Poluidor-pagador, permitem concluir que não se trata de um tema pertencente somente ao mundo da tecnologia, ao qual a legislação não alcança e onde tudo é permitido. Os cuidados em relação ao meio ambiente e à vida segura fazem parte dos aspectos que devem ser analisados quando se realiza uma atividade econômica, seja no plano nacional ou internacional”.

f) – No artigo OBSERVAÇÕES SOBRE A IM(P)UNIDADE PENAL NOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO, de **Cláudio da Silva Leiria**, o autor, promotor de justiça no Rio Grande do Sul, com os olhos voltados para a realidade social, desenvolve trabalho sobre a isenção de pena prevista no art. 181 do Código Penal. A seu ver, a imunidade prevista nesse dispositivo, além de não poder ser absoluta, é inconstitucional, pelos seguintes aspectos: “a) fere o princípio da igualdade, já que o patrimônio da vítima naquelas hipóteses é tão digno de proteção quanto o de qualquer cidadão; b) a proteção à intimidade familiar, buscada pelo instituto, pode ser alcançada por outros meios, tal como a decretação de sigilo no procedimento investigatório; c) muitas vezes não há vínculos afetivos a proteger entre autor e vítima; d) a vítima pode ter interesse na condenação do culpado para exercer a ação *ex delicto*; e) há uma quebra de coerência interna do sistema penal, já que a imunidade não é aplicada para outros delitos cometidos pelos agentes relacionados no art. 181 do CP, inclusive para os com menor quantitativo de pena”. Argumenta, ainda, o autor que “a imunidade positivada no artigo 181 do Código Penal estimula a impunidade, pois sabendo de antemão que não poderá ser perseguido penalmente, o simples temor de sofrer uma ação indenizatória, de difícil execução posterior, não intimidará o agente”, e que “A Lei 11.340/06 (“Maria da Penha”) derogou tacitamente o artigo 181 do Código Penal, fazendo com que as imunidades penais entre cônjuges e parentes não tenham mais aplicabilidade quando se tratar de violência patrimonial contra a mulher (artigo 5º, incisos I a III, c/c o artigo 7º, inciso IV)”.

g) – No artigo PRIVACIDADE E *INTERNET*: ALGUNS ASPECTOS DA REPARAÇÃO CIVIL, de **Zilda Mara Consalter**, a autora, mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina-Pr, professora de Direito Civil da Universidade Estadual de Ponta Grossa-UEPG e de Direito Obrigacional da pós-graduação em Advocacia Cível da Fundação Getúlio Vargas, unidade Ponta Grossa-Pr, analisa a questão da invasão de privacidade por meio da *Internet* e as possibilidades legais de indenização pelos danos materiais e/ou morais ocorridos. Como escreve a autora, “a) muitas são as maneiras de se causar prejuízos

imateriais às pessoas através da Rede; b) a normatização estrangeira é adiantada em detrimento da nacional acerca do assunto, que esta somente o faz de forma pontual e não abrangente, cabendo aos Magistrados a colmatação das lacunas legais quando da análise desse tipo de caso concreto; d) a tecnologia de informação cria riscos à privacidade humana, mas também traz consigo soluções que previnem e amparam o aparato legal visando à proteção dos ofendidos, identificação dos ofensores e a reparação do patrimônio moral daqueles”. E, nas conclusões, arremata: “[...] para que não se fique com a impressão de que o caos reinará em pouco tempo em matéria de privacidade e *Internet*, uma vez que a evolução tecnológica em muito ultrapassa a velocidade da criação dos veículos de proteção jurídica, a parte final do texto trata do que já há de disponível para a preservação e prevenção contra as afrontas ao patrimônio imaterial das pessoas quando se trata da Rede. Nesse contexto – o que traz uma visão otimista à pesquisa –, não se pode deixar de considerar que as próprias leis e mecanismos da informática (desde que usadas com bom senso e cautela) são poderosos instrumentos na prevenção e no combate aos prejuízos causados à privacidade dos humanos por intermédio da *Internet*.”.

h) – No artigo EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL – APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.232/2005, de **Cláudio Mota**, o autor, bacharel em Direito pela Universidade de Uberaba, pós-graduado em Direito e Processo Civil, e serventuário da Contadoria Judicial de Uberaba, desenvolve trabalho sobre o atual sistema de execução por título judicial, pela nova forma imposta pela Lei nº 11.232, de 2005. É trabalho didático e proveitoso, de leitura obrigatória para aqueles que militam na área cível. Após análise minuciosa dos dispositivos de interesse dessa lei, afirma o autor que “Incontroversa é a idéia central da recém alteração em desestimular a resistência protelatória, do devedor, ao cumprimento do dever subjetivo de adimplir, porquanto, no procedimento cognitivo, ao requerido (agora devedor) foram disponibilizadas todas as garantias constitucionais da isonomia, contraditório e ampla defesa; não que pela recém reestruturação do Código de Processo Civil que trata da liquidação e cumprimento da sentença estas garantias lhe foram tolhidas, pelo contrário, estas em qualquer fase procedimental são respeitadas, ocorre que, como alhures comentado, a sanção prevista no artigo 475-J, do Código de Processo Civil, faz com que o devedor reveja sua intenção de impugnar (o que antes seriam os embargos do devedor) sem fundamento jurídico e/ou fático, sob pena de incorrer na aplicação da multa de 10% sobre o valor da condenação, além, obviamente, sem prejuízo de incorrer nas sanções previstas pela litigância de má-fé e ato atentatório à dignidade da justiça (artigos 17, 18, 600 e 601, ambos do Código de Processo Civil)”.

i) – No artigo ANOTAÇÕES SOBRE A ÁREA DE RESERVA LEGAL NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO, de **Matheus Almeida Caetano**, e de **Marlene Teresinha de Munio Colesanti**, os co-autores (o primeiro, Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, e a segunda, professora doutora do Instituto de Geografia da Universidade Federal de Uberlândia e Diretora do mesmo instituto), desenvolvem trabalho de análise crítica da previsão legal de obrigatoriedade de preservação de reserva legal, independentemente da existência ou não de áreas de preservação ambiental, com vistas ao almejado *desenvolvimento sustentável*. Com fundamento no art. 225 da CF/88 e outros dispositivos de lei infraconstitucional, os autores acentuam a supremacia do princípio jurídico-ambiental da *equidade intergeracional*. Como escrevem, “para que o aproveitamento (desenvolvimento) das propriedades rurais seja considerado sustentável, indubitável é a conservação, em cada um dos imóveis rurais, de uma parcela natural da vegetação regional, sem prejuízo das áreas

de preservação permanente, ambas necessárias ao desenvolvimento das gerações presentes e futuras, de modo que cada um dos cidadãos possa gozar de um ambiente ecologicamente equilibrado como pessoa humana. Este zelo com as gerações vindouras (princípio da equidade intergeracional) constitui o próprio núcleo do desenvolvimento sustentável. Caso estas gerações sejam privadas de um estoque vegetal e animal proveniente da não instituição da reserva legal florestal, o desenvolvimento não será sustentável e, portanto, ilícito, devendo ser repugnado por todos (abrangendo aqui tanto os cidadãos quanto o Poder Público mediante os seus órgãos ambientais competentes para fiscalização ambiental, a Justiça para aplicação correta das normas ambientais e o Poder Legislativo, incumbido de produzir normas que promovam a responsabilização dessas práticas)”.

j) – No artigo MECANISMOS JURISDICIONAIS BRASILEIROS DE TUTELA DO MEIO AMBIENTE, de **Gustavo Luz Gil**, **Leosino Bizinoto Macedo**, e **Daniela Toledo Gouveia Martins**, os autores (o primeiro, especialista em Gestão e Auditoria Ambiental pela Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG/FEIT; o segundo, mestre em Filosofia das Ciências Humanas pela PUC/SP, doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, coordenador do Mestrado em Direito da UEMG/FEIT; e a terceira, promotora de justiça do Estado de Minas Gerais, Curadora do Meio Ambiente na Comarca de Ituiutaba, MG) desenvolvem trabalho sobre “os instrumentos jurisdicionais de tutela do meio ambiente no Brasil, quais sejam: a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade”. Após análise desses instrumentos e dos percalços sobre a legitimidade ativa, acentuam os autores que, “no Brasil, é baixo o índice de sensibilização da população para as questões ambientais, o que reflete em um limitado índice de propositura e, conseqüentemente, de efetividade das ações que demandam a iniciativa da pessoa física, no âmbito ambiental, tendo em vista, principalmente, o pequeno número de ações individuais propostas, se comparadas aos demais instrumentos coletivos, o que, por hora, pode sugerir ou a falta de informação da população acerca destes instrumentos de defesa do meio ambiente, e/ou realmente o baixo índice de sensibilização para os problemas ambientais, que só se tornam inoportunos, para muitos cidadãos, quando os atinge de forma direta em seus lares. Neste sentido, a representação indireta é importante meio de defesa do meio ambiente, tendo destaque entre os órgãos/entidades legitimados o Ministério Público que, através das curadorias do meio ambiente, busca a defesa dos recursos naturais de forma específica, e as organizações não governamentais (ONG’s) que buscam a defesa do meio ambiente, sendo legitimadas para muitas destas ações coletivas”.

k) – No artigo A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS SEGUNDO GEORG HENRIK VON WRIGTH e RONALD DWORKIN, de **Gustavo F. Grizzuti**, o autor, advogado, especialista em Língua Espanhola, desenvolve trabalho de hermenêutica jurídica voltada para o conteúdo das palavras que estruturam o texto legal, consoante lições desses doutrinadores citados. Após análise crítica dos fatos políticos ocorridos na Argentina, em décadas passadas, escreve o autor que “a interpretação das normas deve ser feita em cada caso de fato, ao momento da aplicação da lei. Não, em sentido “abstrato”, fora da realidade temporal dos fatos e do contexto das pessoas ou das coisas envolvidas, das circunstâncias sociais, políticas, econômicas, etc. Por isso, o juiz é o intérprete último. Mas, de forma alguma como a “boca da lei”, pois cabe ao Poder Judiciário compreender e adequar o caso concreto ao texto e ao contexto constitucional. Não, unicamente, aos termos da lei”. [...] “E que, também,

a tarefa interpretativa das normas jurídicas não é exclusividade do juiz, mas, sim, de todos os operadores do direito que, no dia-a-dia, por meio de orientações, de escritos e de pareceres dão solução para os casos que lhes são apresentados, evitando litígios que não precisam, necessariamente, passar pelo judiciário. E a solução encontrada há de gozar do mais amplo consenso, fundadas nas elaborações doutrinárias que muito enriquecem os conceitos, sem os quais as leis ficariam obscuras, pois a lei, como qualquer texto enunciativo, livro ou discurso político ou jurídico, precisa da crítica doutrinária”.

l) – No artigo EQUIDADE, RAZÃO PÚBLICA E O DIREITO AO ABORTO NO BRASIL, de **Éder Ferreira**, o autor, bacharel em Direito pela Universidade de Uberaba (2005), pós-graduado em Direito Público (2007) e em Filosofia do Direito (2008) pela Universidade Federal de Uberlândia, desenvolve intrigante artigo sobre a natural escala axiológica das leis, em especial dos princípios que sustentam nossa Constituição Federal. Com sustento nas lições do filósofo John Rawls, e noutras que menciona, o autor enfrenta o controvertido tema do direito ao aborto no Brasil, com análise da Lei Penal Brasileira, e do *habeas corpus* nº 84.025-6, do Supremo Tribunal Federal. Como escreve o autor, “A partir da malha conceitual rawlsiana, pode-se inferir que uma *sociedade democrática constitucional* é desejável do ponto de vista da *razoabilidade* e da *reciprocidade*. Isso se dá pelo fato de que em uma *sociedade constitucional democrática* as pessoas são tidas como cidadãos iguais e livres e participantes da ordenação da vida coletiva por meio de *leis legítimas*, ou seja, idealmente desejadas mesmo quando em oposição à convicção individual baseada em *doutrina abrangente*. Acresce acentuar que, em um Estado de Direito laico, como é o caso do Brasil, o julgador, ao apreciar questões levadas ao judiciário, não deve decidir com base em sua convicção religiosa (doutrina abrangente), mas, sim, em conformidade com o ordenamento jurídico (leis legítimas)”.

m) – No artigo FORMAS DE ACESSO À JUSTIÇA E SUA EFETIVIDADE, de **Viviane Saud Sallum Gonçalves**, a autora, advogada (UNIUBE, em 2004), conciliadora no Juizado Especial Cível e Criminal, Estadual, de Uberaba/MG, desenvolve análise sobre as quatro pontos principais de acesso à justiça: concessão de assistência judiciária e/ou de justiça gratuita; importância e eficiência dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais; atuação da Defensoria Pública e do Ministério Público; e, por fim, a legitimidade processual por terceiros no Processo Coletivo. Com visão crítica voltada para a tutela jurisdicional ao cidadão hipossuficiente, acentua que “Não basta a simples garantia formal da defesa dos direitos e o acesso aos tribunais”. É necessário, mais que isso, “garantia da proteção material destes direitos, assegurando a todos os cidadãos, independentemente de classe social, a ordem jurídica justa. Mais que isso, não basta a melhoria do acesso à justiça com o aperfeiçoamento dos instrumentos e condições materiais de trabalho, mas devem os programas assegurar a disseminação do conhecimento do direito com vista a possibilitar o acesso à jurisdição a todas as classes sociais, haja vista que 33 % (trinta e três por cento) da população não utiliza a justiça porque não sabe ou não conhece seus direitos – inadmissível num Estado Democrático de Direito”.

n) – No artigo A CORREÇÃO MONETÁRIA NO ÂMBITO TRIBUTÁRIO E A CONSTITUCIONALIDADE DA TAXA SELIC, de **Kelson Carlos de Resende**, o autor, acadêmico do 10º período do Curso de Direito da Universidade de Uberaba, e estagiário da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais – AGE/MG, mostrando pendor para as letras e para a pesquisa, desenvolve trabalho sobre a aplicação da taxa SELIC no pagamento tardio da

obrigação tributária. Depois de análise constitucional desse encargo, escreve o autor que “Ao fisco, a adoção da taxa SELIC permitiu um equilíbrio entre seus custos financeiros na captação de receita no mercado financeiro e os juros que recebe dos contribuintes que utilizaram de um recurso de origem tributária não recolhido no prazo. Aos contribuintes, foi possível trabalhar com uma taxa de juros reconhecidamente barata, de ampla publicidade e que acompanha as oscilações financeiras do país. Pelo prisma da equidade social, a Taxa SELIC se insere, de um lado, como desestímulo à inadimplência e/ou sonegação e, de outro, como prêmio ao contribuinte adimplente. Não fora isso, o contribuinte adimplente ficaria em desvantagem em relação ao contribuinte inadimplente e/ou sonegador, porque enquanto se sacrificaria em cumprir a obrigação fiscal, o descumpridor estaria usando o valor do tributo para alavancar seus interesses empresariais”.

Como regra de nossa coordenação, críticas, sejam quais forem, serão bem vindas. Se produtivas, a elas humildemente nos renderemos.

Uberaba, maio de 2008.

Jurandir Sebastião
Coordenador Editorial



A APLICABILIDADE DA TEORIA DINÂMICA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

Antonio Danilo Moura de Azevedo¹

Resumo:

O presente artigo versa sobre a Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova cujas premissas essenciais se contrapõem às regras do art. 333, do CPC, rígidas e apriorísticas, que impõem exclusivamente ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito; e, ao réu, os fatos modificativos, extintivos e impeditivos de sua oposição. A teoria, base de estudo deste trabalho, defende, justamente, o afastamento daquelas regras estáticas, impondo o ônus da prova à parte que se encontrar em melhores condições de produzir a prova, podendo ele recair tanto sobre o autor como sobre o réu, a depender das circunstâncias fáticas e processuais de cada um, tudo em prol de uma maior efetividade e instrumentalidade do processo que ensejará, por conseguinte, decisões mais justas e equânimes a cada caso concreto submetido ao crivo do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Processo Civil. Ônus da prova. Modificação do ônus da prova. Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova.

SUMÁRIO:

1. Prova – 1.1. Conceito; 1.2. Valoração da prova – 1.3. Ônus da prova – 1.4. Distribuição do ônus da prova – 1.5. Poderes instrutórios do juiz – 1.6. Modificação do ônus da prova – 2. Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova – 2.1. Origem e definição – 2.2. Recepçionabilidade da Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas no Direito Brasileiro – 3. Conclusão – 4. Abstract – 5. Referências..

1. PROVA

1.1. Conceito

A prova, na seara do Direito Processual Civil, tem diversas acepções. Inicialmente, prova no sentido de fonte de prova. Como o próprio nome indica, fonte de prova é a origem de onde brota a prova. Exemplificando, fontes de prova podem ser coisas, pessoas, fenômenos etc. Há, também, prova como meio de prova, que é a técnica de se extrair a prova de sua fonte e transplantá-la no processo a fim de proporcionar ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos trazidos à sua apreciação pelas partes processuais e sobre a qual alicerçará seu convencimento. Por fim, a prova como resultado, ou seja, a prova em sentido subjetivo, que se traduz na convicção do julgador formada a partir das provas produzidas no curso do processo.

Embora haja essa plurissignificância da palavra prova, para o presente trabalho, doravante, quedar-nos-emos com o conceito de prova como o meio de obter a verdade dos fatos, ou chegar ao mais próximo desta possível, no decorrer do processo, para que o juiz construa seu convencimento a respeito dos fatos aventados pelas partes. Em face disso, o Mestre DOMINGOS AFONSO KRIGER FILHO, com inexecedível clareza, assevera que “a

¹Advogado em Fortaleza-CE, e em Brasília-DF. Especialista em Direito e Processo Tributário, e em Direito Processual. E-mail: danilo_azevedo@hotmail.com.



prova é a alma do processo, o instrumento necessário à realização do direito ou, no dizer das Ordenações Filipinas, ‘o farol que deve guiar o magistrado nas suas decisões’.”²

Contudo, essa verdade dos fatos que se busca alcançar com toda a produção probatória não refletirá a mais pura tradução da verdade real, pois é muito difícil, senão impossível, a integral e irretorquível reprodução dos fatos pretéritos em torno dos quais orbita a lide. O que há, na realidade, é uma representação parcial dos fatos, por conseqüência, uma representação parcial da verdade através da qual se chegará à mais próxima probabilidade dos fatos, isto é, o que possivelmente ocorreu ou quais foram ou são provavelmente os fatos.

Os fatos, portanto, constituem o objeto da prova, uma vez que o direito independe de demonstração, exceto nos casos previstos no art. 337, do Código de Processo Civil. Todavia, dentre os fatos existem aqueles que prescindem de prova conforme os ditames do art. 334, do já referido Código. São eles: os fatos notórios; os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; os admitidos como incontroversos; e aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. Desta forma, somente os fatos controvertidos, relevantes e determinados carecem ser provados.

Em linhas gerais, controvertidos são todos aqueles fatos sobre os quais as partes conflitam. Uma parte os afirma e a parte contrária os contesta, não os admitindo como verdadeiros. Relevantes, à sua vez, são aqueles que têm relação ou conexão com a causa ajuizada, isto é, os que possuem condições de poder influir na decisão da causa. E, por fim, determinados são os que apresentam características, limites e qualidades intrínsecas capazes de diferenciá-los dos demais que se lhes assemelham.

Deste modo, são insuscetíveis de prova os fatos indeterminados ou indefinidos. Da mesma forma, aqueles que não têm o condão de influenciar no julgamento da causa são considerados inúteis e, conseqüentemente, não necessitam ser submetidos à comprovação. Trata-se inequivocamente de uma fiel concretização do vetusto brocardo latino *“frusta probatur quod probatum non relevat”*. Logo, consideram-se irrelevantes os fatos, física ou juridicamente, impossíveis e, igualmente, aqueles nos quais a prova se mostra impossível por determinação legal ou pela sua própria natureza.

1.2. Valoração da prova

Depois da produção das provas pelas partes, cabe ao magistrado efetuar a valoração das provas produzidas. O sistema adotado pelo Processo Civil Brasileiro, atualmente, é o da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, através do qual o juiz tem ampla liberdade para valorar a prova constante dos autos e, assim, formar seu convencimento, devendo, entretanto, motivá-lo de forma racional, consoante rezam os arts. 131, 165, 436 e 458, II, do nosso Código de Processo Civil. Como principais balizas desse sistema, apontam-se a exigência de fundamentação, a argumentação racional e a obediência às regras da experiência. Enveredando sobre o tema em comento, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA assevera que o juiz tem o

“dever de fundamentar sua decisão, indicando os motivos e as circunstâncias que o levaram a admitir a veracidade dos fatos em que o mesmo baseara sua

²KRIGER FILHO, Domingos Afonso. *Inversão do ônus da prova: regra de julgamento ou de procedimento?* Revista de Processo, São Paulo: RT, n. 138, p. 278, ago.2006.

decisão. Cumpre-lhe indicar, na sentença, os elementos de prova com que formou sua convicção, de tal modo que a conclusão sentencial guarde coerência lógica com a prova constante dos autos”³.

Destarte, no hodierno estágio da evolução da doutrina processualista civil, mais desapegada do formalismo exacerbado e com mais discricionariedade do magistrado, este passa a ter um papel cada vez mais ativo tanto na produção da prova, em sua valoração, bem como na repartição do ônus da prova, como veremos a seguir pormenorizadamente.

1.3. Ônus da prova

Na linguagem técnico-jurídica, ônus não é sinônimo de obrigação. Processualmente, fala-se em ônus quando se tutela interesse próprio, e em obrigação quando há interesse de outrem. Eis o entendimento burilado de ALVIM NETTO, transcrito por RODRIGO GARCIA SCHWARZ, que faz essa diferenciação de maneira fulgente:

“A distinção que nos parece primordial é a de que a obrigação pede uma conduta cujo adimplemento ou cumprimento aproveita à parte que ocupa o outro pólo da relação jurídica. Havendo omissão do obrigado, este será ou poderá ser coercitivamente obrigado pelo sujeito ativo. Já com relação ao ônus, o indivíduo que não o cumprir sofrerá, pura e simplesmente, via de regra, as conseqüências negativas do descumprimento que recairão sobre ele próprio. Aquela é essencialmente transitiva e o ônus só o é reflexamente.”⁴

Ônus, por conseguinte, é a faculdade que a parte dispõe para praticar ou deixar de praticar determinado ato processual. Ato este que lhe proporcionará alguma vantagem própria se adimplir com seu ônus. Se a parte não exercita o ônus que lhe compete, esta apenas deixa de usufruir a vantagem processual que obteria se o tivesse exercitado, no momento e na forma previstos nas leis processuais.

Por sua vez, o ônus da prova trata-se de uma regra processual que, ressalte-se, não atribui o dever de provar o fato, mas, sim, atribui o encargo a uma das partes pela falta de prova daquele fato que lhe competia. Na precisa lição do Mestre FREDIE DIDIER JÚNIOR, a “expressão ‘ônus da prova’ sintetiza o problema de saber quem responderá pela ausência de prova de determinado fato.”⁵

O ônus da prova tem duas funções primordiais. Primeiro, estimular as partes a provarem as alegações que fizerem. Segundo, ajudar o magistrado, que ainda permanecer em estado de dúvida, oferecendo-lhe um critério de julgamento capaz de evitar o “*non liquet*”. Como cediço, no Direito Romano, era permitido ao juiz se recusar a julgar causas que, na visão dele, não estavam claras. Podia simplesmente sentenciar “*sibi non liquere*”. No entanto, hoje em dia, vigora regra da vedação do “*non liquet*”, não se admitindo mais que o juiz se esquive de decidir sob qualquer alegativa, inclusive por falta ou insuficiência de provas. Deparando com a incerteza, plenamente aceitável no sistema do livre convencimento motivado, o juiz, nesse caso, utilizar-se-á das regras de distribuição do ônus da prova, onerando aquela parte que carregava o encargo da prova com uma sentença desfavorável, visto que não produziu

³SILVA, Ovídio Baptista. *Curso de Processo Civil*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1978, vol. I, p. 288.

⁴SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Breves considerações sobre as regras de distribuição do ônus da prova no processo do trabalho*. Revista Síntese Trabalhista. Porto Alegre: Síntese, n. 202, p. 16, abr.2006.

⁵DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil*. 4ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2004, vol. I, p. 423.



prova necessária a corroborar suas alegações. Tais regras resolvem a controvérsia nos casos em que a produção probatória não convence o juiz, guiando-o a julgar em desfavor daquele a quem incumbia o ônus da prova, e não o cumpriu satisfatoriamente.

1.4. Distribuição do ônus da prova

Na dicção do art. 333, do Código de Processo Civil, a distribuição do ônus da prova, regra geral, dá-se nos seguintes moldes: incumbe ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito; e, ao réu, a existência de fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor.

Segundo o entendimento clássico, as regras emanadas do artigo sobredito seriam objetivas e fixas, distribuídas de forma imutável pelo legislador. Entretanto, essa visão estática de distribuição do ônus da prova vem sofrendo críticas da doutrina moderna e, felizmente, perdendo forças, visto que essa rigidez muitas vezes dificulta a adequação do regime da prova ao caso concreto. Por exemplo, há situações em que o direito material alegado por uma das partes é de difícil, onerosa ou mesmo impossível demonstração por ela. Já para a parte adversa não existem tantos óbices dificultando a produção, por ela, da prova imprescindível ao deslinde da causa “*sub judice*”. Por tudo isso, a doutrina contemporânea vem pugnano pela flexibilização dessas regras de distribuição do ônus da prova no sentido de permitir ao juiz que, deparando com nítido desequilíbrio das condições probatórias entre as partes, motivadamente, decida por adequar a regra de distribuição do ônus da prova ao caso concreto, determinando que este ônus recaia sobre a parte que dispuser das melhores condições de provar os fatos submetidos a julgamento.

Assim sendo, a regra estática de distribuição do ônus da prova, acolhida pelo nosso Código de Processo Civil, notadamente em seu art. 333, vem sofrendo mitigações em prol de uma maior efetividade e instrumentalidade do processo, que são alguns dos estandartes da perspectiva publicista do processo, atual tendência do Direito Processual Civil, capitaneada por Cândido Rangel Dinamarco. Para esta corrente doutrinária, essas regras de distribuição do ônus da prova não devem ser interpretadas como limitadoras dos poderes instrutórios do juiz. Ao contrário, defende uma atuação ativa do juiz no âmbito da instrução processual, com o escopo de corrigir eventuais desequilíbrios na produção probatória vislumbrados caso a caso, para, com isso, proferir uma decisão mais justa e equânime. Para Jurandir Sebastião, o advogado nem deve aguardar esse comando processual/instrutório, mas, sim, antecipar-se a ele, em conduta profissional ordinária, levando, de pronto, para os autos todos os elementos de prova disponíveis e em prol de seu constituinte, para o convencimento do julgador.⁶

1.5. Poderes instrutórios do juiz

Ao finalizar a instrução probatória, o juiz, de posse do arcabouço probatório constante nos autos, formará seu convencimento. Se entender que já há provas suficientes a gerar um

⁶SEBASTIÃO, Jurandir. *A responsabilidade civil do advogado e o ônus da prova*: “[...] pela nova concepção de Teoria do Processo, com vistas ao predominante interesse público, a prova deixou de ser *ônus* da parte para ser *meio* de julgamento. Definir quem deva produzir a prova é secundário. O relevante é o juiz bem decidir o conflito. Se assim é, o importante é a parte levar para o processo todos os elementos de convencimento disponíveis, para que o julgador possa acolher o seu pedido. Por isso que, de ordinário, compete à parte levar para o processo todos os elementos destinados a defesa do seu direito. Secundária é a preocupação em saber *quem* deva fazer isso. Em resumo, o advogado não deve ficar preocupado em saber qual das partes deva produzir prova, mas, sim, de quais provas dispõe para o convencimento do julgador de que o seu constituinte está com a melhor razão. In *Revista Jurídica UNIJUS*, Vol. 10, nº 13, novembro 2007, p. 20-21.

grau de certeza sobre os fatos apreciados, o juiz proferirá seu julgamento, pouco importando a quem competia o ônus da prova. Mas, se ainda persistir seu estado de dúvida, o que deve fazer o magistrado?

Se tomarmos por parâmetro o entendimento da doutrina tradicional, fundamentada no Estado Liberal, cujos princípios vetoriais são o do dispositivo, o da inércia e o da imparcialidade do juiz, a atuação do magistrado seria excessivamente tolhida pelos supramencionados princípios, devendo somente esperar que a prova venha ao seu crivo. Assim, não lhe restaria outra solução senão apenas regular o desenrolar do processo, até que ele esteja em condições de ser julgado. A iniciativa do magistrado seria tão-somente complementar e dar-se-ia somente após as partes se desincumbirem de provar os fatos afirmados pelas partes respectivas. Se, depois de as partes apresentarem suas respectivas provas, ainda pairarem dúvidas a respeito dos fatos em questão no entender do juiz, só neste momento ele se movimentaria no afã de encontrar uma solução para o litígio. O que poderia implicar algum suposto prejuízo, já que há alguns tipos de provas que, se não colhidas no exato momento em que vêm à tona, não produzirão mais os mesmos efeitos caso tivessem sido produzidas naquele momento oportuno.

Noutro sentido, nos trilhos da Democracia Social, o Processo Civil passa a conferir uma intensificação na participação ativa do juiz, inclusive na fase instrutória, com o propósito fundamental de assegurar efetividade à tutela jurisdicional. LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, empunhando a bandeira desse posicionamento, asseguram que só assim ocorrerá:

“i) a justa aplicação das normas de direito material; ii) a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório real e iii) a efetividade da tutela dos direitos, pois a neutralidade é mito, e a inércia do juiz, ou abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, não é compatível com os valores do Estado atual.”⁷

É incontestável que o ônus da prova continua sendo um encargo das partes. A estas competem provar os fatos que alegarem. Nada obstante, ao magistrado também interessa a produção da prova, posto que a falta de prova ou a falha na sua produção prejudicará, em demasia, seu convencimento. Daí, a principal mudança defendida pela doutrina moderna que vê o processo como um Direito Público. Tomando por base essa visão publicística, o juiz pode determinar a prova de ofício, bem como agir concomitantemente e em iguais condições com as partes, respeitando, sem sombra de dúvidas, as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da obrigatoriedade de motivação, tudo isso com o objetivo primordial de elucidar os fatos imprescindíveis para a formação de sua convicção sobre o mérito da causa. A possibilidade do juiz de participar de uma forma mais ativa na produção da prova não retira das partes, de maneira alguma, a possibilidade de continuarem participando da formação da prova e também da consideração de seus resultados.

Na atual conjuntura da processualística civil não existem razões plausíveis para podar esse progressivo aumento dos poderes outorgados ao juiz, que realmente deve desempenhar um papel cada vez mais diligente na fase probatória do processo, porque como dizem os festejados processualistas MARINONI e ARENHART, “um processo verdadeiramente

⁷MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. V, t. I, p. 192.



democrático, fundado na isonomia substancial, exige uma postura ativa do magistrado”⁸. Sustentar que, agindo desse modo, o juiz estaria perdendo sua imparcialidade configuraria, no mínimo, um despautério. Podem muito bem ocorrer, e, de fato, ocorrem situações fáticas em que fatos relevantes não são trazidos ao processo em decorrência de uma menor sorte econômica de uma das partes ou mesmo por astúcia de uma delas que omite ou mascara os fatos conforme a sua conveniência e ao seu bel-prazer. Nestes casos, o cruzar de braços do juiz é que caracterizaria uma parcialidade. Poderosas e irrefragáveis são as palavras de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER firmando seu entendimento, cujo enxerto abaixo trasladado arremata perfeitamente o posicionamento aqui defendido:

“O juiz, nesse contexto, seria parcial se assistisse inerte, como espectador de um duelo, ao massacre de uma das partes, ou seja, se deixasse de interferir *para tornar iguais partes que são desiguais*. A interferência do juiz na fase probatória, vista sob este ângulo, não o torna parcial. Ao contrário, pois tem ele a função de impedir que uma das partes se torne vencedora na ação, não por causa do direito que assevera ter, mas porque, por exemplo, é economicamente mais favorecida que a outra. A circunstância de uma delas ser hipossuficiente pode fazer com que não consiga demonstrar e provar o direito que efetivamente tem. O processo foi concebido para declarar *lato sensu* o direito da parte que a ela faz jus e não para dela retirá-lo, dando-o a quem não o possui. Em função desse parâmetro, pois, devem ser concebidas todas as regras do processo, inclusive e principalmente as que dizem respeito ao ônus da prova.”⁹

Ademais, o próprio Código de Processo Civil, em seu art. 130, reconhece ao juiz o poder de determinar a produção de toda prova que entender pertinente à instrução do processo, independentemente de a feição inicial do processo ser regida pelo princípio do dispositivo da demanda. Ou seja, ao juiz não é permitido iniciar a ação ou alterar seu objeto. Mas conduzir ativamente a instrução probatória é plenamente possível, por orientação expressa do legislador.

O dogma de neutralidade do juiz se mostra cada vez mais obsoleto, ainda mais agora que a igualdade é uma das importantes bússolas do processo. A igualdade substancial no processo consiste em tratar os iguais de forma igual, e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades, permitindo, na medida do possível, que as partes se apresentem com as mesmas oportunidades e com os mesmos instrumentos processuais capazes de estear seu direito perquirido, ou seja, proporcionar que as partes venham a juízo em paridade de armas, pois que “o processo não deve ser um jogo em que o mais capaz sai vencedor, mas instrumento de justiça, com o qual se pretende encontrar o verdadeiro titular de um direito”¹⁰. Daí a justificção do aumento dos poderes instrutórios do juiz: equilibrar as partes dentro do processo.

1.6. Modificação do ônus da prova

Normalmente, a maioria dos operadores do direito, neste rol o próprio legislador, empregam o termo *inversão* do ônus da prova, em vez de *modificação* do ônus da prova. Embora

⁸MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.*, p. 192.

⁹WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O ônus da prova*. Revista Jurídica Consulex, Brasília: Editora Consulex, n. 200, p. 40, mai.2005.

¹⁰BEDAQUE, José dos Santos. *Garantias da Amplitude de Produção Probatória in TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord). Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 175.

a expressão já esteja arraigada no mundo jurídico, não podemos deixar de objurgá-la, tendo em vista que, na realidade, inversão não ocorre. Pois, se assim fosse, caberia ao réu o ônus da prova dos fatos constitutivos do autor; e, ao autor, a prova dos fatos modificativos, extintivos e impeditivos aduzidos pelo réu em seu desfavor. E não é assim que sucede. Na verdade, ocorre é uma modificação na regra geral prevista no art. 333, do Código de Processo Civil, quando o juiz depara com uma instrução processual tímida e fraca, incapaz de convencê-lo. Diante da proibição do “*non liquet*”, o juiz modifica o encargo de fazer a prova, transferindo-o à parte que tem mais condições de produzi-la no caso concreto, visando afastar, de uma vez por todas, a obscuridade dos fatos para, com isso, conseguir formar o seu convencimento.

Frise-se, por oportuno, que a modificação do ônus da prova pelo juiz deve ser sempre pautada pela razoabilidade de tal medida. Se não há possibilidade de a outra parte cumpri-lo a contento ou se a modificação da regra de distribuição do ônus da prova lhe implicar uma verdadeira pena, em vez de um ônus, não se justificará a alteração da regra geral. Urge, todavia, uma ponderação racional em cada caso particularmente com o fito de certificar que a imposição dessa modificação não violará normas constitucionais e processuais protetivas de ambas as partes. Como cuidadosamente dito por LUIZ GUILHERME MARINONI, a modificação do ônus da prova só deve ocorrer quando “ao autor é impossível, ou muito difícil, provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência.”¹¹

1.7. Momento de aplicação das regras de distribuição do ônus da prova

Ultrapassadas todas as tentativas, tanto das partes como do juiz, de fazer com que os fatos trazidos a julgamento fossem comprovados no processo e, ainda assim, persistir a situação de incerteza impeditiva de o juiz proferir sua decisão de mérito, não lhe restará outra opção senão distribuir o ônus de ter ficado em estado de dúvida. Usando as regras de distribuição do ônus probatório, identificará quem sucumbirá no seu direito justamente por não tê-lo provado conforme seu encargo.

Pertinente à natureza das regras que fixam a distribuição do ônus da prova entre as partes, a doutrina especializada é divergente. Para uma parte dela, as regras em comento são regras de procedimento destinadas às partes, indicando-lhes como devem ser suas condutas no processo, notadamente fixando-lhes a função de trazer as provas para o processo. Em contraponto, outra corrente doutrinária, da qual perfilhamos, sustenta que essas regras determinadoras do ônus probatório são regras de *juízo*, dirigidas ao juiz, que as utilizará no momento de sua decisão, onerando a parte a quem caberia a prova do fato e não a fez ou a fez de modo insuficiente ou deficiente. Deduz-se disso que essas regras não são destinadas às partes, tampouco postas para determinar como estas devem proceder na produção das provas que lhes competem, mas direcionadas ao juiz para influir na forma de seu julgamento quando ele constatar no processo a ausência ou insuficiência de prova dos fatos ventilados no transcurso do processo. Na precisa lição de NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, “o sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza.”¹²

¹¹MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades de caso concreto*. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/artigos.php>. Acesso em: 26.01.07.

¹² NERY JUNIOR, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 531.

Enfim, no que tange o momento de aplicação das regras de repartição do ônus da prova, entendidas como regras de julgamento, SÉRGIO CRUZ ARENHART é incisivo ao afirmar que estas

“não incidem no início do processo, de forma a apresentar às partes como devem comportar-se, senão ao final, quando do julgamento da causa - ou, excepcionalmente, em outro momento processual, por ocasião da análise de alguma liminar requerida - quando exauridas as formas de tentar obter a prova de todos os fatos relevantes ao processo.”¹³

Imperioso se faz, nesta ocasião, fazermos uma distinção merecedora de destaque, qual seja, entre momento de aplicação das regras do ônus probatório e o momento da ciência às partes de que a modificação das regras ocorrerá. Como explanado alhures, o momento de aplicação das regras do ônus probatório se dá quando o juiz está julgando a causa. No que toca ao momento da ciência às partes da modificação das regras do ônus probatório, em razão de situações peculiares detectadas no processo, há uma flamante polêmica baseada em eventual ofensa às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Muitos doutrinadores entendem que, para não ferir as garantias aludidas, o juiz deveria proceder tal comunicação às partes no momento do recebimento da petição inicial, ou por ocasião do despacho saneador, ou até o final da instrução. Quanto à fase processual exata de advertir às partes da provável mudança das regras do ônus probatório, é outra celeuma doutrinária que não vem ao caso. Com um forte argumento, CARLOS FONSECA MONNERAT ousa divergir de significativa parcela da doutrina defendendo a desnecessidade de aviso prévio da probabilidade de modificação do ônus da prova possivelmente aplicado pelo juiz ao tempo de sua decisão, por uma simples razão: a previsão de tal possibilidade está na lei e todos os operadores do direito têm por obrigação conhecê-la. Sintetizando todo o seu raciocínio, conclui que “o juiz não precisa avisar às partes que, tendo dúvidas no momento da valoração das provas, utilizar-se-á de presunções, de máximas da experiência e, persistindo o impasse, aferirá a distribuição do ônus da prova. Está na lei.”¹⁴ ARENHART também envereda pelo mesmo caminho, porém, com um pouco mais de cautela, e diz que “este aviso anterior (sobre a modificação do regime do ônus da prova) é conveniente, mas não obrigatório para o juiz.”¹⁵ Outrossim, acrescenta:

“não se pode falar em lesão à ampla defesa e ao contraditório em razão da modificação dos critérios do ônus da prova, sendo a regra, naturalmente, destinada a incidir quando do julgamento da causa. Não há lesão a tais garantias constitucionais simplesmente pelo fato de que as partes não têm disponibilidade sobre as provas que detêm e que são de interesse do processo; é dever das partes apresentar todas as provas que possuem e que possam ter alguma importância para o processo, (...). Não há, por isso mesmo, que se falar em surpresa da parte diante da inversão do ônus da prova em seu prejuízo; se ela não produziu a prova que poderia fazer, faltou com dever processual, não podendo esta omissão ser invocada em seu benefício.”¹⁶

¹³ARENHART, Sérgio Cruz. *Ônus da Prova e sua modificação no processo civil brasileiro*. Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Jurisprudência, Legislação e Crítica Judiciária, Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, n. 343, p. 49, mai.2006.

¹⁴MONNERAT, Carlos Fonseca. *Momento da ciência aos sujeitos da relação processual de que a inversão do ônus da prova pode ocorrer*. Revista de Processo, São Paulo: RT, n. 113, p. 84, jan/fev.2004.

¹⁵ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.*, p. 31.

¹⁶ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.*, p. 31.

2. TEORIA DINÂMICA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

2.1. Origem e definição

A chamada Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova tem suas raízes fincadas especialmente na Argentina, lá com a denominação de Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas. Naquele país e em outros, como Espanha e Uruguai, vem sendo vastamente difundida e muito bem aceita no meio jurídico, sobretudo no campo da responsabilidade profissional. Tem como principal precursor o jurista argentino Jorge W. Peyrano, e com seus ensinamentos introduziu os primeiros delineamentos daquilo em que consiste fundamentalmente essa teoria:

“En tren de identificar la categoría de las ‘cargas probatorias dinamicas’, hemos visualizado - entre otras - como formando parte de la misma a aquélla según la cual se incumbe la carga probatoria a quein - por las circunstancias del caso y sin que interese que se desempeñe como actora o demandada - se encuentre en mejores condiciones para producir la probanza respectiva.”¹⁷

ROLAND ARAZI, outro renomado doutrinador da Teoria da Prova, corroborando com as idéias emanadas do escólio acima transcrito, ensina que:

“Ante la falta de prueba, es importante que el juez valore las circunstancias particulares de cada caso, apreciando quien se encontraba en mejores condiciones para acreditar el hecho controvertido, así como las razones por las cuales quien tenía la carga de la prueba no la produjo, a fin de dar primacía a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea preturbado por um excesivo rigor formal, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (ver CSJN, 20/08/96, E.D. 171-361).”¹⁸

Denota-se que a Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova rompe com as regras rígidas e estáticas da distribuição do “onus probandi”, tornando-as mais flexíveis e dinâmicas, adaptáveis a cada caso especificamente. No dizer dessa teoria, não importa a posição da parte, se autora ou ré; também não interessa a espécie do fato, se constitutivo, impeditivo, modificativo, ou extintivo; o importante é que o juiz valore, no caso concreto, qual das partes dispõe das melhores condições de suportar o ônus da prova, e imponha o encargo de provar os fatos àquela que possa produzir a prova com menos inconvenientes, despesas, delongas etc., mesmo que os fatos objetos de prova tenham sido alegados pela parte contrária. Com efeito, se a parte a quem o juiz impôs o ônus da prova não produzir a prova ou a fizer de forma deficitária, as regras do ônus da prova sobre ela recairão em razão de não ter cumprido com o encargo determinado judicialmente. MIGUEL KFOURI NETO sintetiza didaticamente o dinamismo dessa teoria ora estudada:

“[...] as regras que determina a posição da parte litigante - autor ou réu - nos processos, quanto à prova, em geral são imutáveis, ao longo da demanda. No entanto, por decisão do juiz, tais posições podem variar - e o sistema deixa de ser pético, para se tornar dinâmico.”¹⁹

¹⁷PEYRANO, Jorge W., Aspectos procesales de la responsabilidad profesional, in, Lãs Responsabilidades Profesionales – Libro al Dr. Luis O. Andorno, coord. Augusto M. Morello e outros, La Plata: LEP, 1992, p. 263.

¹⁸ARAZI, Roland. *La carga probatoria*. Disponível em: <http://www.apdp.com.ar/archivo/teoprueba.htm>. Acesso em: 29.01.07.

¹⁹ KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 137.

É indubitável que, à luz da Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova, ao juiz é dada uma maior discricionariedade na avaliação da distribuição das regras desse ônus, colimando gerar um maior entrosamento e colaboração das partes com o órgão jurisdicional como corolário direto dos princípios da solidariedade, cooperação, boa-fé, dentre outros. Se, ao analisar a lide posta ao seu crivo, o juiz identificar que pelos mandamentos da lei o ônus da prova recaí sobre a parte mais desprovida, de algum modo, de condições de suportá-lo, a partir deste instante ele deverá mudar as regras de jogo, modificando a distribuição do ônus da prova em benefício daquela parte técnica ou economicamente hipossuficiente.

Vale pinçar que esta discricionariedade do juiz não é igual à discricionariedade do administrador. Por óbvio, toda atuação do juiz deve ser emoldurada pelos princípios processuais da legalidade, motivação, igualdade, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, cooperação, adequação e efetividade. O juiz poderá modificar a regra geral para ajustá-la ao caso concreto, reduzindo, na maior medida do possível, as desigualdades das partes e, com isso, tentar evitar a derrota da parte que possivelmente tenha o melhor direito, mas que não esteja em melhores condições de prová-lo.

ANTONIO JANYSR DALL'AGNOL JUNIOR, em obra específica referente ao assunto à baila, pontifica como premissas decorrentes da Teoria da Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios:

“a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; e c) desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos, etc. Releva, isto sim: a) o caso em sua concretude e b) a ‘natureza’ do fato a provar - imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo.”²⁰

Em apertada síntese, a Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova consiste em retirar o peso da carga da prova de quem se encontra em evidente debilidade de suportar o ônus da prova, e impondo-o sobre quem se encontra em melhores condições de produzir a prova essencial ao deslinde do litígio.

2.2. Recepçionabilidade da Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas no Direito Brasileiro

Talvez, num primeiro momento, sem maiores reflexões, venha à mente como exemplo da recepção dessa teoria no Direito Pátrio o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, cujo teor prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova a fim de facilitar a defesa dos interesses do consumidor, presumidamente hipossuficiente na relação consumerista. Contudo, apesar de ter havido uma flexibilização da distribuição do ônus da prova, a teoria em comento não foi adotada, integralmente, pelo nosso Código de Defesa do Consumidor. Ainda é a regra estática de distribuição do “*onus probandi*” que rege sobejamente a distribuição do ônus da prova nas relações de consumo. O dispositivo legal citado afirma hialinamente que a inversão do ônus da prova é possível, em favor do consumidor, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente. Ocorrendo qualquer uma dessas previsões legais, assegura MARINONI que “o juiz não precisa inverter o ônus da prova, pois esse ônus já está invertido

²⁰ DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. Revista Jurídica, Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, n. 280, p. 11, fev.2001.

(ou definido) pela lei.”²¹

A discricionariedade do juiz na sistemática do Direito do Consumidor praticamente não existe e, de contra-partida, o cerne da Teoria Dinâmica da Distribuição do Ônus da Prova está justamente em permitir ao juiz uma maior flexibilização da regra do ônus probatório de acordo com seu próprio convencimento e conforme seja a situação particular das partes em relação à determinada prova verificada por ele mesmo no processo submetido ao seu crivo, e não só aplicar os critérios anteriormente definidos na lei.

Contudo, de “*lege ferenda*”, o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, no seu art. 10, § 1º, adota puramente o critério dinâmico pelo qual a prova dos fatos cabe a quem estiver mais próximo dela e tiver maior facilidade para produzi-la. Digna, portanto, é a transcrição do aludido artigo, dada a importância da inovação que trará ao ordenamento jurídico brasileiro:

“Art. 10 . Provas - São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§ 1º. Sem prejuízo do disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.” (grifei)

À guisa de ilustração, algo muito próximo da Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova também vem sendo aplicado no âmbito do Direito do Trabalho. A doutrina moderna de Direito Processual Trabalhista tem hoje mais um princípio norteador de sua atuação, que é o da aptidão para prova. Segundo esse princípio, deve provar aquele que estiver apto fazê-lo, independentemente de ser autor ou réu. Poder-se-ia então testificar que a essência da teoria dinâmica já está sendo posta em prática em nosso país.

Como visto, já se pode afirmar que a moderna teoria aqui defendida está ganhando corpo na doutrina especializada e receptividade em nossos Tribunais, tanto que a discussão de sua aplicação já chegou às mais altas Cortes de julgamento do país. Mister fazer referência à inclinação jurisprudencial que concretiza o sopro destes novos ventos:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CLÍNICA. CULPA. PROVA.

1. Não viola regra sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus.

2. Legitimidade passiva da clínica, inicialmente procurada pelo paciente.

3. Juntada de textos científicos determinada de ofício pelo juiz. Regularidade.

4. Responsabilização da clínica e do médico que atendeu o paciente submetido a uma operação cirúrgica da qual resultou a secção da medula.

5. Inexistência de ofensa à lei e divergência não demonstrada.

²¹MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.* Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/artigos.php>. Acesso em: 26.01.07.

Recurso Especial não conhecido.²²² (grifei)

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. POSSIBILIDADE.

[...]

1. Trata-se de agravo de instrumento de decisão que deixou de admitir recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, em executivo fiscal, negou provimento a agravo de instrumento de decisão que indeferiu o redirecionamento do feito ao sócio-gerente, sob o argumento de que (a) os diretores ou gerentes não são responsáveis pelas obrigações que contraírem em nome da empresa em virtude de ato regular de gestão, somente respondendo pelos prejuízos que causarem, com culpa ou dolo, fora de sua atribuição de poderes ou com violação da lei ou estatuto; (b) mesmo na dissolução irregular da sociedade deve ser aplicado o princípio de que a responsabilidade dos sócios não é objetiva, fazendo mister a comprovação de culpa ou dolo; (fls. 83-86) e (c) não houve prova de que o sócio teria agido com excesso de poderes ou com infração à lei. Opostos embargos de declaração, foram acolhidos somente para fins de prequestionamento do art. 338 do Código de Comercial (fls. 94-97). No recurso especial (fls. 99-114), fundado na alínea “a” do permissivo constitucional, a recorrente aponta ofensa aos seguintes dispositivos: (a) artigo 135, III, do CTN, porquanto o inadimplemento do tributo, a ausência de bens passíveis de penhora e a dissolução irregular da sociedade são situações que ensejam a inclusão do sócio no pólo passivo da execução fiscal, e a petição que requereu o redirecionamento teve por base não só o inadimplemento como também a dissolução irregular da sociedade; (b) artigo 338 do Código Comercial, vez que (i) a averbação do distrato da sociedade no registro do comércio é dever *ex lege* cujo descumprimento acarreta considerar a sociedade como irregular, respondendo, assim, os sócios solidariamente com a empresa; (ii) *em casos de dissolução irregular deve ser aplicado o princípio da carga dinâmica da prova, que estabelece que o ônus probatório deve recair àquele que dispõe dos melhores meios para comprovar determinado fato, independentemente de quem o alegue*, e [...].

4. Diante do exposto, conheço do agravo de instrumento, para, desde logo, dar provimento ao recurso especial, deferindo o pedido de redirecionamento da execução fiscal na forma pleiteada pela recorrente (CPC, arts. 544, § 3º). Intime-se.²²³ (grifei)

“APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ANÚNCIO INVERÍDICO OFENSIVO À HONRA DA AUTORA VEICULADO NO SITE DA REQUERIDA. RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR E DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS. APLICAÇÃO DA TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. ATENÇÃO AO CRITÉRIO PUNITIVO-PEDAGÓGICO AO OFENSOR E COMPENSATÓRIO À VÍTIMA. INAPLICABI-

²² STJ. REsp 69309 / SC; RECURSO ESPECIAL 1995/0033341-4. Rel(a).:Min. Ruy Rosado de Aguiar. Órgão Julgador: T4 - Quarta Turma. Data do Julgamento: 18/06/1996. Data da Publicação/Fonte: DJ 26.08.1996 p. 29688.

²³STJ. Ag 706524. Rel(a).: Min. Teori Albino Zavascki. Data da Publicação: DJ 05.10.2005.

LIDADE AO CASO PELO JUÍZO A QUO DO INSTITUTO NORTE-AMERICANO DO PUNITIVE-DAMAGES. 1 - Incontroverso o fato de que o anúncio registrado no *site* “Almas Gêmeas” pertencente à requerida, foi efetuado por terceiro alheio ao processo. 2 - Atuando a ré como provedora de acesso à Internet e não sendo possível a identificação do real responsável pelo conteúdo ofensivo do anúncio, é seu o dever de indenizar pelos danos à personalidade da autora. *Aplicação da Teoria da Carga Dinâmica da Prova, ou seja, incumbe a quem tem mais condições a prova de fato pertinente ao caso.* 3 - Não só como provedora de acesso em sentido amplo atuou a ré na relação em análise, como atuou também como prestadora de serviços, mesmo que gratuitamente. Evidencia-se a desmaterialização e despersonalização das relações havidas pelo uso da Internet, não sendo mais possível identificar o objeto e muito menos os sujeitos de tais relações. Assim, sendo a ré empresa que possui *site* na Internet de relacionamentos deve, a fim de evitar a incomensurável dimensão dos danos oriundos do mau uso de seus serviços, adotar medidas de segurança que diminuam tais riscos. 4- Valor da Indenização que atendeu o caráter punitivo-pedagógico ao ofensor e compensatório à vítima pelo dano sofrido. Ademais, para o arbitramento do dano moral deve-se levar em conta as condições econômicas da vítima e do ofensor. Inaplicabilidade do instituto norte-americano do *punitive damages*. Aplicação ao caso dos critérios para aferição do *quantum* a indenizar em consonância com o instituto da responsabilidade civil do direito brasileiro. NEGADO PROVIMENTO AOS APELOS, COM EXPLICITAÇÃO.”²⁴ (grifei)

“APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AUSÊNCIA DO CONTRATO OBJETO DA PRETENDIDA REVISÃO. *Caso em que o contrato objeto da pretensão revisional não veio aos autos, ônus que cabia à instituição financeira, pela observância ao princípio da carga dinâmica da prova. Inteligência, ainda, do artigo 355 do CPC. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA DE OFÍCIO.*”²⁵ (grifei)

“ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. IMPUGNAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. AUSÊNCIA DE PROVA DA HIPOSSUFICIÊNCIA. ALUSÃO À GARANTIA CONSTITUCIONAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DA PROVA. Mantém-se o decreto judicial que acolhe a impugnação à gratuidade judiciária, quando o impugnado deixa de comprovar com suficiência sua impossibilidade em atender os ônus do processo e os elementos colacionados aos autos evidenciam a potencia financeira dos litigantes. A garantia constitucional que assegura o benefício da assistência jurídica integral e gratuita exige, além da simples “afirmação” da pobreza”, também a “comprovação” da hipossuficiência de recursos (CF, art. 5º, LXXIV), o que enseja a discricionariedade judicial em sua avaliação. *Cabe ao requerente, assim, como parte mais habilitada, cumprir a demonstração, em respeito à “teoria da distribuição dinâmica da prova”, fornecendo todos os elementos de convicção que persuadam sobre alegada hipossuficiência.* APELO

²⁴Apelação Cível Nº 70013361043, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 21/12/2006.

²⁵Apelação Cível Nº 70017420225, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 07/12/2006.

DESPROVIDO.”²⁶ (*grifei*)

“APELAÇÃO CÍVEL. COMERCIAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PROTESTO INDEVIDO DE DUPLICATAS. CAUSA DEBENDI. INEXISTÊNCIA. ÔNUS DA PROVA. DANO MORAL IN RE IPSA. FACTORING. DIREITO DE REGRESSO. PROTESTO. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS PROTESTOS. SENTENÇA ULTRA PETITA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. JUROS. TERMO INICIAL. EXTINÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DESCABIMENTO. Não se pode bloquear justa pretensão de direito material por um simples equívoco processual, quando se sabe que o processo somente se justifica na exata medida em que serve à efetividade e à realização dos direitos materiais das partes e, para o Estado-Juiz, serve à realização da justiça do caso concreto, finalidade última e superior da atividade jurisdicional. Não há óbice a que se conheça um pedido de liminar como antecipação de tutela ou como medida cautelar, pois o que define a natureza jurídica da postulação é a essência da pretensão deduzida em juízo e não o eventual *nomen juris* que a parte circunstancialmente tenha atribuído em sua petição. Não há a tipicidade de ações no Direito brasileiro. Preliminar de extinção da ação cautelar rejeitada. A duplicata mercantil, como título causal que é, representativa de operação comercial entre sacador e sacado, vincula-se ao negócio jurídico subjacente, podendo ser elidida a presunção de liquidez e certeza inerente aos títulos de crédito mediante a demonstração, por parte do sacado, de que a relação negocial, seja a prestação de serviço, seja a entrega de mercadoria, não se efetivou. *Tendo a sacada negado a existência da relação jurídica que teria dado ensejo à emissão das duplicatas protestadas, cabia à apresentante dos títulos a protesto a prova em contrário. Não se poderia exigir da sacada a prova da inexistência da relação jurídica, pois trata-se de prova negativa, conhecida também como prova impossível ou prova diabólica. Caso de aplicação do princípio da carga dinâmica da prova, o qual informa que o ônus da prova cabe à parte que melhores condições tem de produzi-la.* A existência de outros protestos em nome da autora é situação que deve ser considerada quando da fixação do quantum indenizatório, não afastando a obrigação de a ré responder pelos prejuízos causados à autora. O endosso do título transmitido às empresas de *factoring* não é considerado como endosso cambiário, o qual exige o protesto do título endossado para fins de preservação do direito de regresso. A empresa de *factoring* cobra deságio das duplicatas que negocia com a faturizada, ocasião em que assume o risco pelo não-pagamento do título pela sacada. Em se tratando de protesto indevido, não é necessária a prova do dano moral, pois trata-se de dano *in re ipsa*. O cadastramento da autora em órgão de restrição creditícia ocorrido posteriormente à propositura da ação pode e deve ser levado em consideração pelo juízo quando da prolação da sentença. Exegese do art. 462 do CPC. Por óbvio que não poderia a demandante fazer referência na peça inicial da ação ao cadastramento efetuado após o ajuizamento da ação. Sentença ultra petita que não se caracteriza. Os juros nas ações indenizatórias por dano moral devem incidir desde o evento danoso (Súmula 54, STJ) e não a partir da citação. Termo inicial de incidência dos juros que

²⁶Apelação Cível Nº 70010284180, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 16/03/2005.

não se altera em face do princípio da impossibilidade de *reformatio in pejus*. APELO DESPROVIDO.²⁷ (grifei)

3. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto neste trabalho, espera-se que a Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova receba proeminente adesão dos estudiosos do direito, mormente dos magistrados. Aquela visão estática que, aprioristicamente, obriga ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito invocado; e, ao réu, os fatos obstativos da pretensão contra ele articulada, sem levar em consideração as condições probatórias de cada parte, não condiz com os preceitos da atual sistemática do Processo Civil Brasileiro. Em nome da submissão incontestada à regra advinda do art. 333, do Código de Processo Civil, a prestação jurisdicional, muitas vezes, não produz lúdima Justiça à causa submetida à apreciação pelo Poder Judiciário, pois, pela regra geral tradicional, o ônus da prova poderia recair sobre a parte mais fraca do processo, isto é, sobre quem não tem condições de fazer a melhor prova capaz de lhe assegurar o direito por ela invocado e o juiz não faria nada para amenizar essa suposta injustiça, apenas aplicaria a regra do ônus da prova se, ao final do processo, as partes não apresentarem suas alegações devidamente provadas.

Corrigindo grande parte desses disparates provocados pela adoção de um regramento completamente rígido, que fere a tantos princípios constitucionais, consoante demonstrado anteriormente, desponta a moderna teoria, por meio da qual o ônus da prova pode recair tanto no autor como no réu, a depender das circunstâncias do caso e da situação processual de cada uma das partes. Ao magistrado é permitido fazer um juízo de ponderação e, mediante decisão devidamente motivada, respeitando todas as garantias constitucionais asseguradas às partes, modificar a regra de distribuição do ônus da prova fazendo incidir sobre a parte que tem o controle dos meios de prova e, por isso mesmo, encontra-se em melhores condições de produzi-la a contento, ou seja, apta a trazer aos autos a prova capital que descortinaria a verdade dos fatos controvertidos. É logicamente insustentável que, se há uma parte em melhores condições de produzir a prova, deixe de fazê-la unicamente pelo apego a formalismos exacerbados, e, por que não dizer, desarrazoados. O processo moderno não mais coaduna com esse tipo de idéias, pois que seu escopo maior é garantir o direito a quem realmente o titule.

4. ABSTRACT:

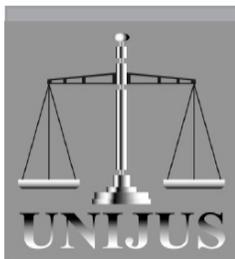
The present article turns on the Dynamic Theory of Distribution of the Responsibility of the Proof in which the essential premises itself oppose to the rules of art. 333, of the CPC, rigid and aprioristic, that impose exclusively to the author the obligation to try the constituents facts of his right; and to the defendant, the modified facts, extinctive and impeditive of its imposition. The theory, based on the study of this work, defends, exactly, the removal of those static rules, imposing the responsibility of the proof to the part that if to find in better conditions to the same produce the prove, being able for the same to rely on the author as well as the defendant, to depend on the real and procedural circumstances of each one, everything in favor of a bigger effectiveness of the process that will try, therefore, decisions more jousts and fair to each case submitted concrete the judgement of the Judicial Power.

²⁷Apelação Cível Nº 70006513477, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 15/12/2004.

KEY WORDS: Civil action. Responsibility of the proof. Modification of the responsibility of the proof. Dynamic Theory of Distribution of the Responsibility of the Proof.

5. REFERÊNCIAS:

- ARAZI, Roland. La carga probatoria. Acesso em: 29.01.07. Disponível em: <http://www.apdp.com.ar/archivo/teoprueba.htm>.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da Prova e sua modificação no processo civil brasileiro. Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Jurisprudência, Legislação e Crítica Judiciária, Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, n. 343, p. 49, mai.2006.
- BEDAQUE, José dos Santos. Garantias da Amplitude de Produção Probatória in TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord). Garantias Constitucionais do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. Revista Jurídica, Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, n. 280, p. 11, fev.2001.
- DIDIER JR., Fredie. Direito Processual Civil. 4ª ed., Salvador: JusPODIVM, vol. I, 2004.
- KFOURI NETO, Miguel. Culpa médica e ônus da prova. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- KRIGER FILHO, Domingos Afonso. Inversão do ônus da prova: regra de julgamento ou de procedimento? Revista de Processo, São Paulo: RT, n. 138, p. 278, ago.2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades de caso concreto. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 862, p. 11-21, agosto de 2007. E disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/artigos.php>. Acesso em: 26.01.07.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. V, t. I, 2000.
- MONNERAT, Carlos Fonseca. Momento da ciência aos sujeitos da relação processual de que a inversão do ônus da prova pode ocorrer. Revista de Processo, São Paulo: RT, n. 113, jan/fev.2004.
- NERY JUNIOR, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006.
- PESSOA, Flavia Moreira. As regras de repartição do ônus da prova constituem limitação à iniciativa probatória do juiz no processo civil? Revista Fórum Administrativo - Dir. Público. Belo Horizonte: Fórum, n. 32, out.2003.
- PEYRANO, Jorge W., Aspectos procesales de la responsabilidad profesional, in, Lãs Responsabilidades Profesionales - Libro al Dr. Luis O. Andorno, coord. Augusto M. Morello e outros, La Plata: LEP, 1992.
- SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Breves considerações sobre as regras de distribuição do ônus da prova no processo do trabalho. Revista Síntese Trabalhista. Porto Alegre: Síntese, n. 202, p. 16, abr.2006.
- SEBASTIÃO, Jurandir. A Responsabilidade Civil do Advogado e o Ônus da Prova. Revista Jurídica UNIJUS. Uberaba-MG, V. 10, n. 13, p.20-21, novembro de 2007.
- SILVA, Ovídio Baptista. Curso de Processo Civil, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, vol. I, 1978.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O ônus da prova. Revista Jurídica Consulex, Brasília: Editora Consulex, n. 200, p. 40, mai.2005.



O PROCESSO PENAL NA CONCEPÇÃO DEMOCRÁTICA DO ESTADO DE DIREITO*

Adilson de Oliveira Nascimento**

Resumo:

O presente artigo visa buscar uma adequação do Processo ao novo paradigma trazido pelo Estado Democrático de Direito, perquirindo sobre a sua natureza jurídica. As várias teorias que historicamente se debruçaram sobre a questão são elencadas e resumidas, inicialmente com o estudo da fase privatística, o processo concebido como contrato ou quase-contrato. Na fase publicista, é evidenciada a autonomia do processo do direito material, com a relação jurídica triangular descrita por Bülow, que no direito tupiniquim mereceu moderna teorização através da Escola Instrumentalista. A teoria do processo como situação jurídica, de Goldschmidt, e do processo como instituição, de Guasp, adotada inicialmente por Couture, antecede estudos mais recentes da ciência processual, em que Fazzalari distingue processo de procedimento. Com o advento da teoria constitucionalista do processo, de Andolina e Vignera e a teoria neo-institucionalista de Rosemiro Pereira Leal, complementada na seara penal com o garantismo de Ferrajoli, procura-se demonstrar a nascente do Processo na Carta Magna.

Palavras-chave: Processo Penal. Democracia. Teoria Constitucionalista. Teoria Neo-institucionalista.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. O Estado Democrático de Direito como paradigma da ciência Jurídica – 3. O processo privatístico: contrato ou quase-contrato – 4. O processo como relação jurídica – 5. A Escola Instrumentalista do processo como relação jurídica – 6. O processo como situação jurídica – 7. O processo como instituição – 8. O processo como procedimento em contraditório – 9. Teoria constitucionalista do processo – 10. A Teoria do Garantismo e sua aplicação ao processo penal – 11. Conclusão – 12. Abstract – 13. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A perquirição acerca da natureza jurídica do processo, apesar de debatida historicamente pelos juristas, é objeto de polêmica até os dias de hoje. Sua importância é patente, visto que a concepção adotada direciona o modo-de-ser da ciência processual. Como anota COUTURE¹, o estudo da natureza jurídica do processo consiste em determinar se esse fenômeno faz parte de alguma das figuras conhecidas do direito ou se constitui, por si só, uma categoria especial.

No texto que ora se inicia, procede-se à avaliação de tais concepções, buscando a que melhor se ajuste ao paradigma do Estado Democrático de Direito, não sem antes procurar estabelecer em que bases se assentaria tal premissa como forma de superação do ideário jurídico do Estado de Bem Estar Social.

*Artigo premiado com *menção honrosa* no concurso *melhores artigos jurídicos*, promovido pela Associação Mineira do Ministério Público, ano 2001.

** Promotor de Justiça de Minas Gerais. Mestre e Doutor em Direito Processual pela PUC/MG. Professor da PUC/MG.

¹COUTURE, Eduardo José. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução de Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 88.

Registra-se, que permeia todo o trabalho, a adoção de uma teoria geral e unitária do Processo, razão pela qual, embora o assunto específico seja afeto ao processo penal, não se prescinde da utilização de conceitos oriundos da processualística civil, quando correlatos ao tema tratado².

2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO PARADIGMA DA CIÊNCIA JURÍDICA

HABERMAS³ procura, em sua teoria discursiva do Estado Democrático de Direito, apresentar contornos nítidos desta tipologia. Concebe o mencionado autor uma idéia de autolegislação cidadã, para a qual os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquanto autores do direito, desvinculada da autolegislação moral de pessoas singulares. Para tanto, HABERMAS elabora um princípio de discurso, que deve assumir, pela via da institucionalização jurídica, um princípio da democracia, passando a conferir força legitimadora ao processo de normatização⁴.

MOREIRA, em estudo conexo ao tema, assevera:

*O Direito é, ao mesmo tempo, criação e reflexo da produção discursiva da opinião e da vontade dos membros de uma dada comunidade jurídica. O processo legislativo vem a ser a instância que se constitui como síntese entre os direitos que cada cidadão tem de se atribuir e à sua autonomia política. Em uma palavra, através desse princípio do discurso, neutro do ponto de vista normativo, Habermas poderá fundamentar o Direito de modo a estabilizar a tensão entre autonomia privada e pública através do procedimento legislativo.*⁵

Portanto, para Habermas, em uma democracia a legitimidade das leis e normas é garantida por processos de validação discursiva, somente podendo ser assegurada no interior de processos argumentativos, que obedeçam ao princípio D (princípio Discursivo), compreendido, não como as práticas usuais nos parlamentos, na elaboração das Constituições, mas como processos argumentativos livres de coação, acessíveis a todos os afetados/interessados, tendo como princípio norteador *boas razões*, ou seja, razões convincentes que obtenham a aceitação de todos, com base no entendimento mútuo, contextualiza DIX SILVA⁶.

Observa-se, pois, que, na teoria discursiva Habermasiana, o cidadão passa a ter outro *status*, inatingível no Estado Social de Direito: de uma posição filial, como receptor de benesses estatais, ele passa para uma posição ativa, atuante e participativa do processo político.

O Constituinte de 1988 fez inserir, no preâmbulo da Carta Magna brasileira e no seu Art. 1º, a constituição da República em Estado Democrático de Direito. A recepção a respeito da abrangência de tal conceito foi conservadora, na medida em que, imiscuída em idéias

²Embora debatida anteriormente, na atualidade, a grande maioria dos processualistas não impõe obstáculos à adoção de uma teoria geral e unitária que abranja o processo civil e o processo penal. Neste sentido: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 117-122.

³HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 163 e ss. *Apud*. SILVA, Tadeu Antonio Dix. *Liberdade de expressão e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: IBCCRIM, 2000, p. 45-47.

⁴HABERMAS, Jürgen. *Op cit.*, p. 157-158.

⁵MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 157.

⁶SILVA, Tadeu Antonio Dix. *Liberdade de expressão e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: IBCCRIM, 2000, p. 45-47.

liberais, como sói acontecer quando se apresenta um novo paradigma.

Não obstante, concebe a idéia de um novo modelo de forma estatal: o Estado Democrático de Direito. Nele, reúnem-se os princípios do Estado de Direito e os postulados da democracia, não a partir de uma visão formal da mera união de seus respectivos elementos, mas a partir da idéia de superação, na medida em que o Estado Democrático de Direito incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. Com tal conceito novo, a Constituição está proclamando e fundando o Estado Democrático de Direito, declara SILVA⁷.

Observa-se, que o preâmbulo constitucional fala em *instituição de um Estado Democrático de Direito*. Se tal Estado deve ser instituído, é porque seus princípios são diferentes dos adotados em formas anteriores. Embora não faça parte da Constituição, ausente sua força coercitiva, é inegável que o preâmbulo auxilia a interpretação do texto, não sendo, pois, ato jurídico irrelevante, afirma BASTOS⁸. Ele tem, pois, força para definir o tipo de sociedade e em que bases os legisladores desejam que ela seja firmada. Sendo tais princípios acolhidos pelo texto, eles passam a ter força constitucional e, portanto, a serem de obediência obrigatória a todos os cidadãos, ressalta SYLLA⁹.

A Carta Magna de 1988 rompeu com todos os modelos de Estado, até então existentes, e criou um novo paradigma para os operadores do Direito: o Estado Democrático de Direito, procurando, pois, distanciar-se da concepção liberal e de seu aperfeiçoamento pela atuação social estatal, negando-as, por meio da busca de superação ideológica e paradigmática.

A crise do Estado Social leva à crise do Direito. Cada modelo de Estado açambarca um modelo de Direito para satisfazer as políticas a que se propõe, e não seria diferente no *Welfare State*. Muitos autores, das mais diversas perspectivas teóricas e ideológicas, compartilham o sentimento de esgotamento das potencialidades do Direito nos Estados intervencionistas, pela impotência da pretensão totalizante do direito estatal e pelo exaurimento das virtudes do processo reformador, planejador e redistribuidor de recursos a que se propunha, assevera CAMPILONGO¹⁰.

Assim, a tão comentada e reconhecida crise do Estado Social leva o constituinte brasileiro à elaboração de um novo paradigma, entendido este, na lição de HABERMAS¹¹, como a imagem ou a idéia implícita que determinada sociedade faz de si mesma, o que fornece uma perspectiva da prática legislativa e da prática de aplicação do direito em determinado momento histórico, orientando, assim, o projeto de realização de uma associação de cidadãos livres e iguais. Isto, porque um paradigma é estabelecido apenas em períodos de revolução, surgindo, tipicamente, em resposta à acumulação de anomalias e dificuldades, que não podem

⁷SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 113.

⁸BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*. Vol. I, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 409.

⁹SYLLA, Antonio Roberto. **O preâmbulo da constituição brasileira e sua relevância para o direito penal**. in *Direito penal e constituição*. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro & LIBERATI, Wilson Donizet (coordenadores). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 109.

¹⁰CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 56.

¹¹HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms – Contributions to a discourse theory of law and democracy*. Tradução de William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996, p. 176. Apud GODOI, Marciano Seabra de. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 79.

ser resolvidas no paradigma vigente, afirma NASSIF¹².

Faz-se, pois, necessária uma reestruturação ou releitura, sob a luz do novo paradigma e com novos meios de reflexão epistemológica, de tudo aquilo considerado e assentado no paradigma anterior, repensando a realidade a partir de novos pontos de reflexão, como forma de questionar as bases desta mesma realidade, sugere MARINHO¹³.

Neste diapasão, deve-se aferir a idéia de processo que melhor se adapte, epistemologicamente, conforme visão de LEAL¹⁴, ao novo paradigma do Estado Democrático de Direito, conforme será visto na seqüência desta pesquisa jurídico-científica.

3. O PROCESSO PRIVATÍSTICO: CONTRATO OU QUASE-CONTRATO

As primeiras formulações acerca da natureza jurídica do processo estavam impregnadas de conceitos oriundos da civilização romana. Baseado na *litiscontestatio*, acordo celebrado pelas partes diante do Pretor, pelo qual pactuavam submeter-se à decisão proferida, o processo é concebido como um contrato, um negócio jurídico pelo qual as partes se submetem, voluntariamente, ao processo e a seus resultados, conforme CINTRA (*et al*)¹⁵. De origem francesa, teve como um de seus maiores defensores POTHIER¹⁶, que colocava a vontade individual como única fonte do direito e dever, cabendo ao Estado somente atender aos pactos advindos dos particulares. Para essa teoria, não estavam as partes obrigadas a comparecer em juízo, mas se a tanto fossem, comprometiam-se a cumprir a decisão proferida pelo juiz, esclarece LEAL¹⁷.

Por volta de 1850, ARNAULT DE GUÉNYVAU¹⁸ e SAVIGNY¹⁹, observando que o processo não tinha características de contrato, defenderam que deveria ser então um quase-

¹²NASSIF, Elaine Noronha. *Fundamentos da flexibilização. Uma análise de paradigmas e paradoxos do direito e do processo do trabalho*. São Paulo: LTR, 2001, p. 51, em comentário à obra de KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed., São Paulo: Perspectiva, 1998.

¹³ MARINHO, Guilherme. *Tutela jurisdicional e tutela legal (aspectos antecipatórios)*. in *Estudos continuados de teoria do processo. A pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual*. LEAL, Rosemiro Pereira (coordenador). Vol. I, Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 89.

¹⁴ Adotamos aqui o conceito de epistemologia de LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 53: “Conjunto necessário de conhecimentos, ainda que provisórios, ao entendimento e esclarecimento das fases jurídicas da atividade e interação humanas empreendidas, até a construção das atuais bases histórico-científicas do processo no campo do direito.”

¹⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 277.

¹⁶ POTHIER, Robert Joseph. 1699 - 1772 – Nota do Autor – Conselheiro do tribunal presidiário da cidade de Orléans, Pothier deixou obra considerável da qual se destacam *Pandectes de Justinien mises dans un nouvel ordre (Pandectas de Justiniano postas em nova ordem)* (1748) e tratados sobre o direito civil, que influenciaram o código civil francês. Em sua obra *Obligations* expõe a idéia de que a coisa julgada é consequência lógica de que as convenções afetam somente os contratantes, e que decorre pois de um contrato judicial, consoante COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Trad. Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Editora Saraiva, 1946, p. 91.

¹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 75.

¹⁸ GUÉNYVAU, Arnaut de. *Du quase-contrat judiciaire*. Poitiers, 1859.

¹⁹ SAVIGNY, Friedrich Karl von. (1779 – 1861) – Nota do Autor – Criou a escola histórica alemã, combatendo a teoria do direito natural e substituindo-a pelo estudo da evolução histórica do direito positivo. Acreditando nessa força evolutiva, combateu a codificação do direito. Sua obra pioneira, *Gechichte dès römischen Rechts im Mittelater (História do direito romano na idade média)*, 1815-1831, foi completada pelo *System des heutigen römischen Rechts (Sistema do direito romano atual)*, 1840-1849. Foi profunda e duradoura a sua influência sobre o pensamento jurídico dos tempos modernos.

contrato, visto que à parte que ingressava em juízo consentia com a decisão judicial, favorável ou desfavorável, ocorrendo um nexo entre autor e juiz, independente da adesão espontânea do réu ao debate da lide, assevera LEAL²⁰. Partia tal premissa de erro metodológico fundamental, por se querer enquadrar o processo, a todo custo, nas categorias de direito privado, esclarece CINTRA (*et al*)²¹.

As críticas lançadas às duas idéias são similares: partes ou autor estão submetidos, coercitivamente, a decisão proferida pelo juiz, que não necessita de prévio assentimento de qualquer daqueles para impor a sentença. Ademais, permanecia o processo no plano do direito material, sem qualquer tratamento científico e confundido com o procedimento, interessando apenas o seu aspecto evolutivo, na seqüência de atos coordenados até a sentença, esclarece FERNANDES²².

4. O PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA

Deve-se, a OSKAR VON BÜLOW, a autonomia do processo frente ao direito material, em face da publicação, em 1868, do clássico: *Teoria das Exceções Processuais e dos Pressupostos Processuais*. Inspirado em BULGARO, para quem o processo seria ato de três personagens – juiz, autor e réu – BÜLOW estabeleceu pressupostos de constituição e desenvolvimento do processo por meio da relação entre tais atores, visto que, para a validade e legítima constituição do mesmo, deveriam aqueles cumprir o disposto em lei processual, remetendo o direito disputado para a matéria de mérito. Afirmou o autor, que:

*El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluidas, la relación jurídica procesal se encuentra en embrión. Esta se prepara por medio de actos particulares. Sólo se perfecciona con la litiscontestación, el contrato de derecho público, por el cual, de una parte, el tribunal asume la concreta obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio, y de otra, las partes quedan obligadas, para ello, a prestar una colaboración indispensable y a someterse a los resultados de esta actividad común.*²³

Sistematizando a relação jurídica processual, ordenadora da conduta dos sujeitos do processo em suas ligações recíprocas, BÜLOW deu realce a duas situações distintas: a de direito material, que se discute no processo; e a de direito processual, que é o continente em que se coloca a discussão sobre aquela. A relação jurídico-processual se distinguiria da de direito material por três aspectos: pelos seus sujeitos (autor, réu e Estado-juiz), pelo objeto (prestação jurisdicional) e pelos seus pressupostos (pressupostos processuais), conforme registro de CINTRA (*et al*)²⁴.

²⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Op cit.*, p. 76.

²¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER; Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op cit.*, p. 278.

²² FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2ª ed. Rev. e Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 33.

²³ BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1964, p. 1-3.

²⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op cit.*, p. 278.

Distingue, ainda, BÜLOW²⁵, os conceitos de processo e procedimento. Observa que a relação jurídica processual, que considera de natureza pública, está em constante movimento e transformação, fato a que a ciência processual de então dava extrema importância, destacando, unicamente, aquele aspecto que saltava à vista da maioria: sua marcha ou andamento gradual, ou seja, o procedimento, descuidando-se de mostrar a relação processual, como a outra parte do conceito.

Muito ainda se debateu acerca das maneiras de se considerar esta relação processual. WACH²⁶ entendia a relação processual entre o juiz e as partes como de direito público, e das partes entre si como de direito privado, graficamente representada como triangular, assevera TORNAGHI²⁷. KOHLER²⁸ afirmou que a relação seria de natureza privada, estabelecendo-se somente entre as partes, sendo o juiz mero colaborador e não partícipe, numa perspectiva linear (autor-réu), registra ARAÚJO²⁹. O sistema concebido por PLANCK³⁰ e HELLWIG³¹ demonstrava que as partes não estavam vinculadas uma à outra, mas ligadas ao juiz, sendo, pois, uma relação exclusivamente de direito público e angular, explica TORNAGHI³². A idéia linear foi, de plano, descartada, visto que o interesse do juiz no processo é prestar a jurisdição, solucionando a pendenga, e sua participação o insere na relação processual, transformando-a em pública. Em nosso meio jurídico, os tratadistas de processo penal manifestam sua predileção, ora pela teoria angular, conforme TORNAGHI³³, ora pela teoria triangular, conforme TOURINHO FILHO³⁴.

Com o acréscimo do conceito de direito subjetivo feito através do debate entre WINDSCHEID e MUTHER³⁵ à teoria da relação jurídica, com importantes reflexos também para a conceituação do direito de ação, esta se aperfeiçoa, sendo conceituada como o vínculo normativo que liga sujeitos, em dois pólos – passivo e ativo – atribuindo ao sujeito ativo o poder de exigir do sujeito passivo uma determinada conduta, e impondo a este o dever de prestá-la, conforme assevera GONÇALVES³⁶.

Hodiernamente, os juristas não discrepam da idéia primeva, vislumbrando, no processo, uma força que motiva e justifica a prática dos atos do procedimento, interligando os sujeitos processuais. O processo pode ser encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e, igualmente, pelo aspecto das relações entre os sujeitos. Procedimento, seria o meio extrínseco pelo qual se instaura, se desenvolve e se conclui o processo; é a manifestação extrínseca do processo, sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é teleológica, pois se caracteriza por sua finalidade de exercício de poder, como

²⁵ BÜLOW, Oskar von. *Op cit.*, p. 03-04.

²⁶ WACH, Adolf. *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*. Lipsia, 1885.

²⁷ TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 17.

²⁸ KOHLER, Josef. *Der process als rechtsverhältniss*. Mannheim, 1888.

²⁹ ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. *Teoria geral do processo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 51.

³⁰ PLANCK, Julius Wilhelm von *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*. Nördlingen, 1887.

³¹ HELLWIG, Konrad. *Lehrbuch des deutschen Zivlprozessrechts*. Lipsia, 1903/1909. 3 v.

³² TORNAGHI, Hélio. *Op cit.*, p. 23.

³³ *Ibidem*, p. 47.

³⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 16ª ed. ver. e atual. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 18.

³⁵ WINDSCHEID, Bernhard. & MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "actio"*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.

³⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 77.

instrumento da jurisdição para eliminar conflitos, e fazer justiça mediante a atuação concreta da lei, prossegue GONÇALVES³⁷.

A teoria da relação jurídica é encampada pela maioria dos processualistas brasileiros, inspirando o digesto e a processualística civil por obra de LIEBMAN. Também os penalistas a adotam, pois retira o acusado da condição de mero objeto do processo e o transforma em sujeito de direitos, vinculado às determinações da lei e não à discricção do juiz. As relações entre acusado, acusador e juiz são relações jurídicas com direitos, faculdades, encargos e obrigações específicas, defende TORNAGHI³⁸.

Observa-se, que em uma concepção democrática, o processo não é instrumento da jurisdição, mas seu validador e disciplinador, mormente, quando o direito de ação instaura o procedimento, e não, a jurisdição. Esta concepção peca, ainda, por não conseguir distinguir o procedimento do processo, além do conceito de direito subjetivo ser ultrapassado, na medida em que o autor não pode, à margem da lei, exigir uma contraprestação do réu, registra LEAL³⁹.

5. A ESCOLA INSTRUMENTALISTA DO PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA

Notadamente, no Direito Brasileiro, a concepção da relação jurídica vem sofrendo constante evolução, através do movimento conhecido como Escola Instrumentalista do Processo, nascido no Estado Bandeirante. Em obra clássica, DINAMARCO⁴⁰ eleva os ensinamentos da escola do processo como relação jurídica, impondo argutas observações. Concebe, o doutrinador, a jurisdição como poder do Estado e centro da teoria processual, numa perspectiva publicista, onde o processo é concebido como instrumento de exercício daquele poder, para cumprimento de seus objetivos. Advém a sua instrumentalidade, por não ser um fim em si mesmo, mas um meio para a consecução dos fins jurisdicionais.

Por estar destituído de uma maior expressão substancial dentro do sistema que integra, uma vez marcado pelo formalismo (aspecto negativo da instrumentalidade), é que o processo não merece ser colocado como fonte substancial de emanação e alvo de convergência de idéias, princípios e estruturas que integram a unidade do direito processual. Portanto, deve ser extraído dele o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos, os escopos do sistema e a efetividade processual (aspecto positivo da instrumentalidade).

O exercício da jurisdição, através do processo, deve observar o devido processo legal, mediante o qual é imposta, ao juiz, uma estrutura de oportunidades e respeito a faculdades e poderes processuais, pela Constituição e pela lei. Portanto, a jurisdição não pode ser vista apenas no seu aspecto jurídico, pois sendo expressão do poder estatal, tem implicações com a estrutura política do Estado. Está inserida em um contexto de poder, e não como um poder, devendo ser descortinado o panorama sócio-político em que inserida sua real função. Passa a ter *escopos* jurídicos e extrajurídicos (sociais e políticos).

Sendo assim, o principal escopo jurídico do processo seria a atuação da vontade concreta do direito, não pela composição das lides ou o estabelecimento da regra que as disciplina e soluciona, no caso concreto, mas pela efetividade à regra, no caso concreto, que

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ TORNAGHI, Hélio. *Op cit.*, p. 13.

³⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Op cit.*, p. 77.

⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

lhes pré-existia.

Muitas são as críticas formuladas a tal concepção, visto que permanece o senso do exercício da jurisdição pelos vínculos de subordinação, comando, autoridade e ordenação, que na prática forense se degeneram em vínculos de autoritarismo. Sendo o juiz colocado como órgão *suprapartes* ou *superpartes*, as partes, verdadeiros interessados, sofrerão os efeitos do provimento final, pois são desprezadas, amesquinhas, convertendo-se em súditos, pois sujeitos a atos de império emanados do juiz, conclui ARAÚJO⁴¹.

6. O PROCESSO COMO SITUAÇÃO JURÍDICA

Imputa-se a GOLDSCHMIDT⁴² a formulação da teoria do processo como situação jurídica, por volta de 1925, em obra publicada na Alemanha, teoria esta, alavancada por BONNECASE⁴³ e ROBIER⁴⁴.

Utilizando um paralelo entre a guerra e o processo, GOLDSCHMIDT ensina que o vencedor da batalha desfruta de situações vantajosas pela simples conquista, tendo ou não direito anterior. O processo seria o direito numa condição dinâmica, mudando estruturalmente: o que era direito subjetivo, transforma-se em meras possibilidades (de praticar atos para que o direito seja reconhecido), expectativas (de obter o reconhecimento do direito), perspectivas (de uma sentença desfavorável) e ônus (encargo de praticar certos atos, cedendo a imperativos ou impulsos do próprio interesse, para evitar a sentença desfavorável), conforme registro em CINTRA (*et al*)⁴⁵.

Significou o rompimento com a idéia de relação jurídica. Constituída, a situação jurídica passa a ser o complexo de direitos e deveres de uma pessoa, vistos concretamente na perspectiva de determinado sujeito, esclarece GONÇALVES⁴⁶. Logo, o fato ou ato jurídico produzido pela norma determinaria a situação do sujeito no processo, conferindo-lhe um complexo de direitos e deveres. A situação jurídica de filho é que daria, ao sujeito, o direito de pleitear alimentos dos ascendentes, exemplifica o mesmo autor.

Mal comparando, o processo como situação jurídica assemelha-se a uma luta de boxe, em que o juiz apenas afere qual dos boxeadores foi melhor na contenda, na utilização dos meios lícitos postos a seu dispor. Daí, advêm as maiores críticas à teoria, visto que o direito subjetivo migrou para a atividade jurisdicional do juiz, esclarece LEAL⁴⁷. Também argumenta pela exceção, utilizando-se como regras as deformações do processo, sendo este um complexo de situações jurídicas, que seriam os compostos da relação jurídica. Ademais, o que é posto em dúvida, não é o processo, mas o direito subjetivo material.

Embora pouco adotada pelos doutrinadores, esclareceu tal doutrina as idéias de ônus, sujeição e relação funcional do juiz com o Estado, acredita CINTRA (*et al*)⁴⁸.

⁴¹ ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. *Op cit.*, p. 124.

⁴² GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona, 1936.

⁴³ BONNECASE, Julien. *Introduction à l'étude du droit*. Paris: Sirey, 2ª ed., 1931.

⁴⁴ ROBIER, Paul. *Théorie générale du droit*. Paris: Sirey, 1946.

⁴⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op cit.*, p. 279.

⁴⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op cit.*, p. 88.

⁴⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Op cit.*, p. 78.

⁴⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op cit.*, p. 280.

7. O PROCESSO COMO INSTITUIÇÃO

Essa teoria não tem inspiração jurídica, mas sociológica, sendo desenvolvida pelo espanhol GUASP 49, por volta de 1940, e tem seu relevo e citação nos manuais jurídicos em razão de sua adoção por COUTURE⁵⁰, que logo a abandonou, para integrar a escola do processo como relação jurídica.

No dizer de GUASP, instituição seria:

*[...] um complexo de atividades relacionadas entre si pelo vínculo de uma idéia comum objetiva, à qual surgem ligadas, seja ou não aquela a sua finalidade específica, as diversas vontades individuais dos sujeitos, dos quais procede a referida atividade.*⁵¹

Assim, a instituição se compõe de uma idéia objetiva, fora da vontade dos sujeitos e acima dela, e do conjunto das vontades que se vinculam àquela idéia. Aplicando o conceito ao processo, a idéia objetiva comum que nele aparece é a afirmação ou a negação da pretensão, as vontades ligadas a essa idéia são as dos diversos sujeitos que figuram no processo, entre os quais, a idéia comum cria uma série de vínculos de caráter jurídico. Ao encampar tal teoria, COUTURE conceitua o processo como *uma instituição submetida ao regime da lei, a qual regula a condição das pessoas, a situação das coisas, e o ordenamento dos atos que tendem à obtenção dos fins da jurisdição*⁵², considerando que da mesma forma que a família, a associação, a comuna, entram pela multiplicidade de suas relações na categoria de instituições, também é acertado incluir, no gênero, o processo.

Essa teoria concebe o processo como uma instituição histórico-cultural (e portanto, existente na realidade sociológica), um complexo de atos, um método, um modo de ação unitário que é regulado pelo direito, para obter um fim, esclarece LEAL⁵³. Porém, por seu fundo sociológico e sua concepção primária, ela foi afastada por COUTURE, com a ressalva de que o fazia, até o dia que a concepção institucional do direito projetasse suas idéias em planos mais rigorosos, explica ASSIS⁵⁴.

8. O PROCESSO COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO

A diferenciação entre processo e procedimento sempre representou uma árdua tarefa para os processualistas. Para os adeptos da escola da relação jurídica, um permanecia no campo metafísico, e outro, no campo naturalístico, o que representava, muitas vezes, conceitos antinômicos. Coube a FAZZALARI⁵⁵ a correta individuação dos conceitos, criticando o inadequado “clichê” pandetístico da relação jurídica processual, e amparando-se em estudos de administrativistas, gravar o contraditório como característica própria do processo, explica NASSIF⁵⁶, representando marco evolutivo daquela ideação, como se pode constatar na obra GONÇALVES⁵⁷.

⁴⁹GUASP, Jaime. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*. Madrid, 1943.

⁵⁰ COUTURE, Eduardo José. *Op cit.*, p. 103.

⁵¹ GUASP, Jaime. *Op cit.*, p. 22. *Apud.* COUTURE, Eduardo José. *Op cit.*, p. 101.

⁵² COUTURE, Eduardo José. *Op cit.*, p. 103.

⁵³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Op cit.*, p. 79.

⁵⁴ ASSIS, Jacy. *Couture e a teoria institucional do processo*. Uberlândia: Faculdade de Direito de Uberlândia, 1959. *Apud.* LEAL, Rosemiro Pereira. *Op cit.*, p. 79.

⁵⁵ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Ottava Edizione, Milano: CEDAM, 1996, p. 75-76.

⁵⁶ NASSIF, Elaine Noronha. *Op cit.*, p. 111.

⁵⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op cit.*, p.102-132.



Concebida FAZZALARI o procedimento como uma série de atos normatizados, que levariam a um provimento final dotado de imperatividade. Em tal seqüência normativa, o ato só é validado, se baseado na norma, ou seja, se atendido seu pressuposto, que é um ato anterior válido. O provimento, ato final do procedimento, só é válido se amparado neste, pois este é o meio de sua preparação. A noção de processo começa a ser construída com a participação dos interessados na preparação do provimento, considerados estes, como aqueles em cuja esfera particular o provimento interferirá. Mas tal participação deve ser em contraditório entre as partes, com simétrica paridade. Parte, pois, da noção de procedimento como gênero, e do processo como espécie daquele, gravado pela característica do contraditório. Logo, o processo é um procedimento.

Com tal definição, pode haver processo administrativo, legislativo e judicial, como também procedimentos em tais esferas. O pedido de licença de porte de arma ou o pleito de jurisdição voluntária se incluem nesta última exegese. Mas, se porventura, surgir o contraditório em um pedido de tutela, por exemplo, instalar-se-á o processo (nesta hipótese, a matéria administrativa deve estar submetida à jurisdição). Assim, o processo é um procedimento, no qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a produzir efeitos: *em contraditório, e de modo que o autor do ato final não possa obliterar a atividade deles*, enfatiza FAZZALARI⁵⁸.

Melhor explicitando, o procedimento equivale a uma estrutura técnica normativa, sendo construído pelas partes, em contraditório, com vistas a uma sentença – consequência e expressão jurídica racionalizada e conclusiva dos atos realizados, explica LEAL⁵⁹. A preocupação atual atendida por tal teoria, que a dota de extraordinária legitimidade, é que a sociedade não quer apenas que as decisões sejam justas, mas que também haja justiça no processo, enfatiza ARAÚJO⁶⁰. A relação jurídica processual é retirada do conceito de processo, inserindo-se o módulo processual representado pelo procedimento realizado em contraditório, conclui CINTRA (*et al*)⁶¹.

Tal argumentação vem merecendo aquiescência dos adeptos da idéia do processo como relação jurídica, que, não se afastando desta, adotam o conceito de procedimento aqui explicitado como um modo distinto de se ver a mesma realidade, enfatiza FERNANDES⁶². Isto porque, na opinião de DINAMARCO⁶³, a introdução do contraditório seria uma exigência política para a instrumentação jurídica da relação processual.

9. TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO PROCESSO

Hodiernamente, a estreita vinculação entre Processo e Constituição vem sendo observada por vários juristas, visto determinar muitos dos institutos básicos processuais, originando o ramo do Direito Processual Constitucional, com detença no estudo sistemático dos conceitos, categorias e instituições processuais consagradas nos dispositivos da Constituição,

⁵⁸FAZZALARI, Elio. *Op cit.*, p. 82. *Apud*. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Editora e Livraria Del Rey, 1998, p. 143.

⁵⁹LEAL, Rosemiro Pereira. *Op cit.*, p. 81.

⁶⁰ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. *Op cit.*, p. 124.

⁶¹CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op cit.*, p. 283.

⁶²FERNANDES, Antonio Scarance. *Op cit.*, p. 42.

⁶³DINAMARCO, Cândido Rangel, *Op cit.*, p. 314.

considerada como fundamento de validade das normas processuais, informa BARACHO⁶⁴. Tal imbricação é explícita no tocante ao Processo Penal, em face da estruturação das garantias processuais do acusado.

Culmina, tal corrente, nos estudos de ANDOLINA & VIGNERA, idealizadores de um modelo constitucional do processo, estruturado em normas e princípios constitucionais que se referem ao exercício das funções jurisdicionais, se considerados na sua complexidade, permitindo ao intérprete a determinação de um verdadeiro e próprio esquema geral do processo⁶⁵. Assentam as características gerais de tal sistemática:

a) na expansividade, consistente na sua idoneidade (acerca da posição primária das normas constitucionais na hierarquia das fontes), para condicionar a fisionomia dos procedimentos jurisdicionais singulares introduzidos pelo legislador ordinário, a qual (fisionomia) deve ser comumente compatível com as conotações de tal modelo;

b) na variabilidade, a indicar sua atitude em assumir formas diversas, de modo que a adequação ao modelo constitucional (da obra do legislador ordinário) das figuras processuais concretamente funcionais possa advir-se, segundo várias modalidades, em vista da realização de finalidades particulares;

c) na perfectabilidade, a designar sua idoneidade, a ser aperfeiçoada pela legislação infraconstitucional, a qual (*scilicet*: no respeito comum de qual modelo, e em função da consecução dos objetos particulares) bem pode construir procedimentos jurisdicionais caracterizados pelas garantias (ulteriores) e pela instituição de institutos ignorados pelo modelo constitucional.⁶⁶

Nesse contexto, seria o processo uma instituição constitucionalizada na principiologia do devido processo legal e seus colorários (reserva legal, ampla defesa, isonomia e contraditório), convertendo-se em direito-garantia impostergável e referente constitucional lógico-jurídico, de interferência expansiva e fecunda na regência axial das estruturas procedimentais nos segmentos da administração, legislação e jurisdição, assevera LEAL.⁶⁷

10. A TEORIA DO GARANTISMO E SUA APLICAÇÃO AO PROCESSO PENAL

A idéia do *garantismo* vem sendo elaborada pelo professor italiano LUIGI FERRAJOLI, encontrando-se inserta nas obras *Derecho y Razón – Teoria del Garantismo Penal* e *Derecho y Garantias – La Ley del Más Débil*, buscando uma nova perspectiva do Direito, visto como um sistema de garantias individuais em contraposição ao Estado. A matriz da teoria se encontra na seara penal, derivando para uma abstração geral, com reflexos no modelo de Direito, na teoria jurídica das normas e na filosofia do Direito.

Para um estudo metodológico, observar-se-á primeiramente as assertivas afeitas à teoria geral do *garantismo*, e, em seguida, suas repercussões no campo penal e processual penal.

Epistemologicamente, ela se embasa no conceito de centralidade da pessoa, em nome

⁶⁴BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op cit.*, p. 122 e ss.

⁶⁵ANDOLINA, Ítalo & VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli, 1997.

⁶⁶ANDOLINA, Ítalo & VIGNERA, Giuseppe. *Op cit.*, p. 13-15. *Apud*. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Op cit.*, p. 148.

⁶⁷LEAL, Rosemiro Pereira. *Op cit.*, p. 82.

de quem deve o poder constituir-se e servir. O Estado, concebido como Estado de Direito, é um artifício criado pela sociedade, que é logicamente anterior e superior ao poder político, explica CADEMARTORI.⁶⁸

Pelo acima exposto, o conceito de *garantismo* é constituído de três acepções: um modelo normativo de Direito, uma teoria jurídica das normas e uma abordagem da filosofia do Direito.

O modelo normativo de Direito, aplicado ao direito penal, é um modelo de estrita legalidade, próprio do Estado de Direito. No campo epistemológico, caracteriza-se como um sistema cognoscivo ou de poder mínimo; no plano político, como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência do sistema penal e maximizar a liberdade; e no plano jurídico, como um sistema de limites impostos ao poder punitivo do Estado em garantia dos direitos do cidadão. Neste sentido, o Garantismo é distinguido em graus medidos entre as determinações do modelo constitucional e o funcionamento prático do sistema – quanto mais observadas as disposições constitucionais pelo sistema infraconstitucional, maior o grau de Garantismo. Uma dada Constituição pode ser avançadíssima principiológicamente, mas carecedora de técnicas coercitivas, ou com práticas infraconstitucionais em desacordo, atesta FERRAJOLI.⁶⁹

O modelo de Estado de Direito transcende o plano formal e atinge uma perspectiva substancial. O primeiro caracteriza-se pela adoção do princípio da legalidade, onde todo poder público está subordinado a leis gerais e abstratas, que disciplinam a forma de exercício, e cuja observância é submetida a controle de legitimidade judicial; subordina todos os atos à lei, qualquer que seja esta. Em claro avanço, no plano substancial, todos os poderes do Estado estão a serviço dos direitos fundamentais dos cidadãos, com previsão constitucional das proibições de lesão aos direitos de liberdade (como no Estado Liberal), e obrigações de dar satisfação aos direitos sociais (como no Estado Social), com a possibilidade dos cidadãos ativarem a tutela judicial. Todos os atos e leis estão submetidos aos conteúdos dos direitos fundamentais, inderrogáveis, mesmo que pela maioria.

O projeto garantista propõe, pois, um Estado minimizador das restrições das liberdades dos cidadãos dentro de um Estado Social maximizador das expectativas sociais, com correlatos deveres, do próprio Estado, de satisfazer tais necessidades, conclui CADEMARTORI.⁷⁰

No tocante à teoria jurídica, esta encampa uma distinção entre validade e efetividade, entre existência e vigência da norma. Em níveis baixos de práticas institucionais, vislumbra-se a validade/invalidade da norma. No plano constitucional, é possível aferir sua efetividade/inefetividade, explica FERRAJOLI.⁷¹

Rejeita-se o conceito tradicional de validade da norma pela sua simples existência, vigente até que seja declarada a sua ineficácia, sendo substituído por diferentes predicados: justiça, vigência, validade e eficácia (efetividade).⁷²

a) uma norma é *justa*, quando responde positivamente a determinado critério de valoração ético-político (logo, extrajurídico);

⁶⁸CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 72.

⁶⁹FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1998, p. 851.

⁷⁰CADEMARTORI, Sérgio. *Op cit.*, p. 161.

⁷¹FERRAJOLI, Luigi. *Op cit.*, p. 852.

⁷²CADEMARTORI, Sérgio. *Op cit.* p. 79.

b) uma norma é *vigente*, quando é despida de vícios formais, ou seja, quando emanada ou promulgada pelo sujeito ou órgão competente, de acordo com o procedimento prescrito;

c) uma norma é *válida*, quando está imunizada contra vícios materiais, ou seja, quando não está em contradição com nenhuma norma hierarquicamente superior;

d) uma norma é *eficaz*, quando é de fato observada pelos seus destinatários (e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação).

Nesse contexto, o juiz estaria sujeito à Constituição, com o papel de garantir os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, sendo este o principal fundamento da legitimação da jurisdição e da independência do poder judiciário frente aos demais poderes, exigindo-se um juiz terceiro independente, subtraído a qualquer vínculo com os poderes assentes na maioria, e em condições de poder censurar, como inválidos ou como ilícitos, os atos praticados no exercício desses poderes, assevera FERRAJOLI.⁷³

Como filosofia do Direito e crítica da política, o Garantismo impõe ao Direito e ao Estado o ônus da justificação externa, isto é, um discurso normativo e uma prática coerentes com a tutela e garantia de valores, bens e interesses que justificam sua existência. Adotando a concepção heteropoiética, o Estado é um meio que se legitima unicamente pela finalidade de preservar e promover os direitos e garantias individuais. O ponto de vista da aferição da legitimação é externo ao Estado, partindo da sociedade e dos indivíduos que a compõem, explica CADEMARTORI⁷⁴.

No que tange ao Garantismo aplicado ao Direito Penal, parte-se da análise das vicissitudes do sistema penal, que não oferece a segurança jurídica necessária ao cidadão comum, caracterizando-se pela criminalização excessiva de condutas, em nome de uma hipotética intervenção estatal contra a violência em detrimento dos direitos básicos individuais, ocasionando pouca ou nenhuma efetividade das leis penais, com grave lesão aos princípios constitucionais. Elabora o ideário do Direito penal mínimo, redutor da intervenção estatal penal, por meio da criação de mecanismos de controle social não abusivos.

A situação é demonstrada pelo próprio FERRAJOLI, ao comentar o reflexo que a aplicação desproporcional das penas tem tido sobre a humanidade⁷⁵, concebendo o direito penal mínimo como modelo garantista, que se assenta no respeito aos seguintes axiomas:

A1 Nulla poena sine crimine

A2 Nullum crimen sine lege

A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate

⁷³FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999, p. 26-27.

⁷⁴CADEMARTORI, Sérgio. *Op cit.*, p. 155.

⁷⁵FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1998, p. 385-386: “La historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos: porque más despiadas, y quizá más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las penas y porque mientras que el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia infligida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno. Frente a la fabulada función de defensa social, no es arriesgado afirmar que el conjunto de las penas conminadas en la historia la producido al género humano un coste de sangre, de vidas y de padecimientos incomparablemente superior al producido por la suma de todos los delitos.”

A4 *Nulla necessitas sine iniuria*

A5 *Nulla injuria sine actione*

A6 *Nulla actio sine culpa*

A7 *Nulla culpa sine iudicio*

A8 *Nullum iudicium sine accusatione*

A9 *Nulla acusatio sine probatione*

A10 *Nulla probatio sine defensione.*⁷⁶

Afetos ao tema de que se ocupa este estudo jurídico, os axiomas A7, A8, A9 e A10 são garantias processuais, para as quais o mencionado autor dedica um dos capítulos de sua obra, intitulado: *El juicio. Cuando y Como Juzgar.*⁷⁷

Embora não aborde, explicitamente, a polêmica da natureza jurídica do processo, o Garantismo encampa a idéia do processo como relação processual triangular entre três sujeitos, dois em condição de partes na causa (acusador e defensor) e o terceiro como super-partes (o juiz). Inspirado por tal concepção, o papel do juiz é muito valorizado, posto que o processo é concebido para o descobrimento da verdade, mas em uma estrutura acusatória e cognoscitiva, sendo o magistrado vetor e canalizador das garantias.

É certo que tal concepção não representa um avanço na discussão, até aqui empreendida, acerca da natureza jurídica do processo. Todavia, como se verá a seguir, os subsídios aqui enfocados serão de grande ajuda para a conclusão da polêmica.

11. CONCLUSÃO

O paradigma do Estado Democrático de Direito, que nos orienta no presente trabalho e significa uma nova visão para toda a ciência do Direito, impõe uma concepção de Processo epistemologicamente adequada.

A idéia do processo como relação jurídica se perfaz em relações de poder, hoje, incompatíveis com uma concepção democrática. O autor teria direito de exigir do réu uma contraprestação, e este, teria o dever de prestá-la, enquanto o juiz seria um observador privilegiado da contenda, intervindo para que tal relação atendesse aos ditames legais, manipulando o processo como instrumento de sua vontade jurisdicional. A impregnação de princípios do Estado Liberal e Estado Social é evidente, chegando a ser autoritária, no sentido da intervenção estatal se mostrar como principal característica de tal concepção. Como forma de atender o avanço teórico necessário ao estudo do Processo, procura-se conceder à jurisdição maiores poderes para a aplicação de uma interpretação legal condizente com a democracia, aumentando-lhe a discricionariedade, permanecendo o processo como instrumento a serviço do poder.

⁷⁶FERRAJOLI, Luigi. *Op cit.*, p. 93. Complementa o citado autor: “Llamo a estos principios, además de a las garantías penales y procesales por ellos expresadas, respectivamente: 1) principio de *retributividad* o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) principio de *legalidad*, en sentido lato o en sentido estricto; 3) principio de *necesidad* o de economía del derecho penal; 4) principio de *lesividad* o de la ofensividad del acto; 5) principio de *materialidad* o de la exterioridad de la acción; 6) principio de *culpabilidad* o de la responsabilidad personal; 7) principio de *jurisdiccionalidad*, también en sentido lato o en sentido estricto; 8) principio *acusatorio* o de la separación entre juez y acusación; 9) principio de la *carga de la prueba* o de verificación; 10) principio del *contradictorio*, o de la defensa, o de refutación.”

⁷⁷FERRAJOLI, Luigi. *Op cit.*, p. 537-692.

O Constitucionalismo, tal como resulta da positivização dos direitos fundamentais como limites e vínculos substanciais para a legislação positiva, corresponde a uma segunda revolução na natureza do Direito, que se traduz em uma alteração interna do paradigma positivista clássico. Considerando a primeira revolução como a afirmação da onipotência do legislador, ancorada no princípio da legalidade formal, esta segunda revolução apregoa uma legalidade substancial, submetendo a lei a vínculos não só formais, mas também, impostos pelos direitos fundamentais. Neste sentido, a Constituição, como conjunto de normas substanciais, passa a garantir a divisão dos poderes e direitos fundamentais de todos, assevera FERRAJOLI.⁷⁸

Especialmente no processo penal, o Garantismo do sistema apresentará maior grau com a adoção do modelo constitucional do processo, que se vislumbra na Constituição Brasileira, se estudada epistemologicamente com base na idéia democrática. Os princípios ali erigidos, que se iniciam no devido processo legal, estão a indicar a adoção do processo como instituição, não no sentido trazido por GUASP, mas como direito-garantia fundamental; não mais como direito adjetivo, e sim, como direito substancial; não mais como instrumento da jurisdição, e sim, como seu limitador e balizador; não mais limitado ao processo judicial, e sim, estendido ao processo legislativo e administrativo. A participação, principal característica da democracia, passa a integrar a idéia do Processo, concebido como queria FAZZALARI, ou seja, como procedimento em contraditório, com participação das partes na preparação do provimento final em simétrica paridade.

Não se quer, com isso, desmerecer a contribuição da jurisdição para o avanço da idéia democrática. Porém, como todo poder deve ser limitado por vínculos constitucionais, sua discricionariedade é dirigida para a consecução dos fins estabelecidos pelo devido processo legal, com a observância do contraditório, ampla defesa e isonomia das partes. O juiz continua no exercício de seu mister a procurar a pacificação social, mas passa a contar com a participação dos interessados conflitantes, o que fará com que o provimento final tenha legitimidade substancial democrática.

12. ABSTRACT:

The present article aims to search for an adequacy of the process to the new paradigm brought by the Democratic State of the Law, analyzing its juridic nature. The many historical theories about this question are itemized and summarized, at first studying the private phase: the process conceived as a contract or almost like one. In the publicist phase, it is enhanced the autonomy of the material law process, with the triangular juridic relation described by Büllow, in which the brazilian law deserved a modern theory through the Instrumental School. The theory of the process as a juridic situation, of Goldschmidt, and of the process as an institution, of Guasp, adopted initially by Couture, procede more recent studies of processual science, in which Fazzalari distinguishes the process of procedure. With the advent of the constitutionalistic theory of the process, of Andolina and Vignera, and the new institutionalistic theory of Rosemiro Pereira Leal, complemented in the penal area with the guarantee of Ferrajoli, the intention is to demonstrate the birth of the process in the Magnum Letter.

Key-Words: Penal Process. Democracy. Constitutionalistic Theory. New Institutiona-

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999, p. 66-68.

listic Theory.

13. REFERÊNCIAS

- ANDOLINA, Ítalo & VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli, 1997.
- ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. *Teoria geral do processo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.
- ASSIS, Jacy. *Couture e a teoria institucional do processo*. Uberlândia: Faculdade de Direito de Uberlândia, 1959.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BONNECASE, Julien. *Introduction à l'étude du droit*. 2ª ed. Paris: Sirey, 1931.
- BÜLOW, Oskar Von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1964.
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 277.
- COUTURE, Eduardo José. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução de Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Ottava Edizione, Milano: CEDAM, 1996.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.
- _____. *Derecho y razón – teoria del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1998.
- _____. *O direito como sistema de garantias. O Novo em Direito e Política*. Traduzido por Eduardo Maia Costa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- GODOI, Marciano Seabra de. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999.
- GOLDSCHMIDT, James. *Teoria general del proceso*. Barcelona, 1936.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- GUASP, Jaime. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*. Madrid, 1943.
- GUÉNYVAU, Arnaut de. *Du quase-contrat judiciaire*. Poitiers, 1859.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio

de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HELLWIG, Konrad. *Lehrbuch des deutschen zivilprozessrechts*. Leipzig: A. Deichert, 1907.

KOHLER, Josef. *Der process als rechtsverhältniss*. Alemanha: 1905.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Síntese, 1999.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro & LIBERATI, Wilson Donizeti (coordenadores). *Direito penal e constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MARINHO, Guilherme. Tutela jurisdicional e tutela legal (aspectos antecipatórios). *Estudos continuados de teoria do processo. A pesquisa jurídica no curso de Mestrado em Direito Processual*. Vol. I. Coord: Rosemiro Pereira Leal. Vol. I. Porto Alegre: Síntese, 2000.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

NASSIF, Elaine Noronha. *Fundamentos da flexibilização. Uma análise de Paradigmas e paradoxos do direito e do processo do trabalho*. São Paulo: LTR, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Editora e Livraria Del Rey, 1998.

PLANCK, J.W. *Lehrbuch*. Alemanha: 1887.

ROBIER, Paul. *Thpéorie générale du droit*. Paris: Sirey, 1946.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, Tadeu Antonio Dix. *Liberdade de expressão e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

SYLLA, Antonio Roberto. O preâmbulo da constituição brasileira e sua relevância para o direito penal. *Direito penal e constituição*. Coord: Maurício Antonio Ribeiro Lopes e Wilson Donizeti Liberati. São Paulo: Malheiros, 2000.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 16ª ed. ver. e atual. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1994.

WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Traducción del alemán por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1977.

WINDSCHEID, Bernhard. & MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "actio"*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1974.





A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Ana Lúcia Porcionato¹

RESUMO

Este trabalho visa estudar a Lei 9.882/1999, analisando os pressupostos de cabimento e legitimidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A ADPF é uma das formas de controle de constitucionalidade com suas peculiaridades como a subsidiariedade e a discussão acerca do conceito de preceito fundamental, o qual será trazido à baila no presente artigo. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi criada com a função de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos, violados pelo poder público, previstos no texto constitucional, tendo em vista que a própria Constituição tem por sua característica principal a defesa desses direitos. Trata-se de típica ação que exsurge do novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, que tem como pilares básicos a defesa dos direitos fundamentais e a democracia.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. ADPF. Legitimidade. Direitos fundamentais. Constituição.

SUMÁRIO:

1. Controle de Constitucionalidade no Brasil – 1.1 Controle difuso – 1.2 Controle concentrado - 2. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – 2.1 Conceito – 2.2 Legitimidade para propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – 2.3.- Pressupostos Gerais de Cabimento – 2.4 Natureza Jurídica da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – 2.4.1 Modalidades de arguição – 2.4.2 Natureza jurídica da arguição – 2.5 Subsidiariedade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – 3. Conclusão – 4. *Abstract* – 5. Referências.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O controle de constitucionalidade pode ser efetuado enquanto projeto de lei (controle preventivo), ou quando a lei já faz parte do ordenamento jurídico (controle repressivo). O controle preventivo ocorre quando há necessidade de evitar que norma maculada por vício de inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico. Esse controle ocorre por meio de Comissões de Constituição e Justiça, que possuem a função de analisar se há compatibilidade com a Constituição do projeto de lei ou proposta de emenda. Há controle preventivo também por meio do veto, ato político, emanado pelo chefe do Poder Executivo.

Há dois sistemas ou métodos de controle Judiciário de Constitucionalidade:

1) Sistema *aberto* ou difuso: existindo um caso concreto e através da alegação incidental de uma das partes, qualquer órgão do poder judiciário estará apto a apreciar a inconstitucionalidade de uma lei;

2) Sistema *concentrado* ou reservado: “concentra” a apreciação de inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal, ou ao Tribunal de Justiça, dependendo da matéria.

¹Mestre em Direito pela UNAERP. Professora do Instituto Municipal de Ensino Superior de Bebedouro-SP (IMESB-VC). Advogada.



Excepcionalmente, porém, a Constituição Federal previu duas hipóteses em que o controle de constitucionalidade repressivo será realizado pelo próprio Poder Legislativo. Em ambas as hipóteses, o Poder Legislativo poderá “retirar” normas editadas, com plena vigência e eficácia, do ordenamento jurídico, que deixarão de produzir seus efeitos, por apresentarem um vício de inconstitucionalidade.

Vejamos as exceções:

- Pela sustação dos efeitos de Lei Delegada, via Decreto Legislativo – Artigo 49, V, CF/88;²
- Pela apreciação das Medidas Provisórias – Artigo 62 da CF/88.

A primeira exceção está consagrada no artigo 49, V, da Constituição Federal, que prevê competir ao Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa: “Sempre que o Presidente da República extrapolar os limites fixados na resolução, concedente da lei delegada, o Congresso nacional poderá sustá-la via decreto legislativo, paralisando todos os seus efeitos”.³ Nesse caso, o ato que susta a lei delegada logra eficácia *ex nunc*, pois não produz efeitos retroativos, operando-se a partir da publicação do decreto legislativo. Por isso que inexistente declaração de nulidade da lei delegada, mas simples sustação de seus efeitos. Vale esclarecer, que esse dispositivo (art. 49, V, Constituição Federal) consagra uma espécie de controle legislativo que não suplanta a declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário. Assim, havendo violação dos requisitos formais do artigo 68 da Constituição Federal⁴, tal declaração poderá ser acionada. Nessa hipótese, o ato de sustação produzirá efeitos “*ex tunc*”, isto é, desde a edição da espécie normativa, desempenhando efeitos retroativos.

Pela segunda exceção, editada a Medida Provisória pelo Presidente da República,⁵ nos termos do artigo 62 da Constituição Federal, ela terá vigência e eficácia imediata, e força de lei, pelo prazo de 60(sessenta) dias, devendo ser submetida de imediato ao Congresso Nacional, que poderá aprová-la, convertendo-a em lei, ou rejeitá-la.

Preleciona Alexandre de Moraes:

“Na hipótese de o Congresso Nacional rejeitar a medida provisória, com base em inconstitucionalidade apontada no parecer da comissão temporária mista, estará exercendo controle de constitucionalidade repressivo, pois retirará do ordenamento jurídico a medida provisória flagrantemente inconstitucional”⁶.

Note-se que, enquanto espécie normativa, a medida provisória, uma vez editada, está perfeita e acabada, já tendo ingressado no ordenamento jurídico com força de lei independentemente de sua natureza temporária. Assim, o fato de o Congresso Nacional rejeitá-la, impedindo que se converta em lei, em face de inconstitucionalidade, consubstancia-se em controle repressivo. Em se tratando dos seus efeitos, “identicamente aquele modelo, cristalizado

²É da competência exclusiva do Congresso Nacional: V- sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”.

³BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2000,

⁴“As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional”

⁵“Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.

⁶MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo. Ed. Atlas.2000

na Constituição italiana de 1947 (art. 77), se a medida provisória sofrer rejeição expressa pelo Congresso Nacional, ela retroagirá, perdendo todos os efeitos que produziu⁷⁷. Ponto que deve ser anotado é a impossibilidade de reedição de medida provisória rejeitada, expressamente, pelo Congresso Nacional.

Neste sentido o Supremo Tribunal Federal julgou:

“a rejeição parlamentar de medida provisória – ou de seu projeto de conversão- além de desconstituir-lhe *ex tunc* a eficácia jurídica, opera em outra relevante consequência de ordem político-institucional, que consiste na impossibilidade de o Presidente da República renovar esse ato quase-legislativo⁷⁸”.

Enfatize-se, também, que o desrespeito à decisão do Supremo Tribunal Federal, no sentido de se reeditar medida provisória, rejeitada expressamente pelo Congresso, configura crime de responsabilidade (art. 85, II, Constituição Federal).

- Controle Repressivo pelo Poder Judiciário:

Como dito, no Brasil, o controle de constitucionalidade repressivo é misto, ou seja, é exercido tanto na forma *concentrada*, quanto da forma *difusa*. A Constituição Federal, no artigo 102, I, letra “a”, estabelece o controle concentrado:

“Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I- processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

Em contrapartida, no artigo 97 a Constituição Federal estende a possibilidade do controle difuso aos Tribunais, estabelecendo, porém, a regra de que “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

1.1. Controle difuso

Também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar, no caso concreto, a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal. Nesse controle difuso, o pronunciamento do Judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feito enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas, sim, sobre questão prévia, indispensável ao julgamento de mérito. Nessa via, o que é outorgado ao interessado é a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei Maior. Entretanto, esse ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros⁹.

Conforme lições de José Afonso da Silva sobre a eficácia da sentença que decide a inconstitucionalidade na via difusa,

“O problema deve ser decidido, pois, considerando-se dois aspectos. No que tange ao caso concreto, a declaração surte efeitos “*ex tunc*”, isto é, fulmina a relação

⁷⁷BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Editora Saraiva. 2000

⁷⁸STF, Pleno, ADIn 293/DF, rel. Min. Celso de Mello, decisão : 6-6-90

⁹MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas. 2000

jurídica fundada na lei inconstitucional desde o seu nascimento. No entanto, a lei continua eficaz e aplicável, até que o Senado suspenda sua executoriedade, esta manifestação do Senado que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira e eficácia, só tem efeitos, daí por diante, “ex nunc”. Pois, até então, a lei existiu. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validade seus efeitos.”¹⁰

Portanto, os efeitos da sentença declaratória de inconstitucionalidade reduzem-se às partes do processo, todavia, a sentença não faz coisa julgada em face da lei, de vez que, enquanto o senado não suspender a execução da lei por resolução, na forma do artigo 52, X, combinado com o artigo 102, III da Constituição Federal, qualquer juiz ou Tribunal poderá aplicá-la se a julgar constitucional. De modo que a via de defesa ou exceção é cabível em um caso concreto posto em juízo, no qual a declaração de inconstitucionalidade não é objetivo principal da ação, é uma questão incidente, por isso mesmo a decisão judicial opera seus efeitos *inter partes*, não opera efeitos perante terceiros. Não obstante, os efeitos *inter partes*, são determinantes para as partes, eis que a declaração de inconstitucionalidade é fulminante para a relação jurídica fundada na lei inconstitucional posta em juízo, uma vez que a invalida desde o seu nascimento. Neste sentido, para as partes os efeitos da sentença são *ex tunc*.

No que pertine à lei, o efeito da declaração de inconstitucionalidade assume aspecto interessante. É que em face da norma nada se altera para além da relação jurídica decidida em juízo, a lei continua em vigor e com plena eficácia, e, ainda que o Senado lhe suspenda a execução, até então a lei vigeu e gerou efeitos, portanto, os efeitos do ato de suspensão da execução por Resolução do Senado Federal geram efeitos somente daí em diante, ou seja, *ex nunc*. Em suma, a decisão judicial de inconstitucionalidade proferida no exercício do controle difuso somente aproveita a terceiros quando, em razão de recurso extraordinário, uma das partes submete o exame da questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal e este decide pela inconstitucionalidade, enviando-a ao Senado Federal para que este atue de acordo com o artigo 102, III, combinado com a competência do artigo 54, X, da Constituição Federal, suspendendo a execução da lei.

1.2. Controle Concentrado

Por meio do controle concentrado, o que se tem em mira é a própria lei, não há um direito substancial imediato a tutelar. Busca-se, por meio desse controle, reprimir a lei inconstitucional, retirando-se a sua eficácia com a declaração de inconstitucionalidade. Trata-se de um processo objetivo, sem lide.

Sintetizando, pela via direta do controle da constitucionalidade das leis não há efetivamente um caso concreto a ser solucionado. O que se busca, o objeto da ação, é expurgar do ordenamento jurídico a lei ou o ato que o vicia, independentemente de interesses pessoais ou materiais imediatos¹¹. Através desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto¹².

¹⁰SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª edição revista, Malheiros Editores Ltda., São Paulo, 1997, p. 498.

¹¹CARNEIRO SANTOS, Maria Emília. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Puc/São Paulo, 1999

¹²MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Atlas, 2000

O controle de constitucionalidade concentrado pode ser realizado por vários meios:

1) *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn)* - que pretende retirar lei ou ato normativo do ordenamento, provando ser este inconstitucional;

2) *Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)* - que visa confirmar a constitucionalidade de lei ou ato, mantendo-o no ordenamento;

3) *ADIn por Omissão* - que visa questionar a inexecução de determinado dever constitucional;

4) *ADIn Interventiva* - ação eventual na qual se decreta a redução da autonomia de determinado ente federativo, para preservar o Pacto Federativo, os princípios constitucionais e o Estado Democrático de Direito;

5) *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)* - que visa declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato que fira não uma norma constitucional diretamente, mas um preceito fundamental da Constituição. A ADPF é uma forma de controle concentrado de constitucionalidade que passou a ser utilizada há pouco no país, pois, apesar de estar presente na Carta Constitucional desde 1988, o STF decidiu que não era auto-aplicável, deixando sua aplicabilidade sujeita à regulamentação por lei infraconstitucional, o que só veio a ocorrer em 1999, pela lei 9.882.

2. A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

2.1 Conceito

A Constituição Federal de 1988 ampliou o sistema de controle de constitucionalidade, dentre outros modos, com a criação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, com a amplitude de legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade e com a previsão da arguição de descumprimento de preceito fundamental, no seu artigo 102, parágrafo único.

A inclusão da arguição de descumprimento de preceito fundamental foi uma inovação trazida pela atual Carta Política, vez que nunca tinha figurado nas outras Constituições que a precederam. O constituinte de 1988, portanto, introduziu uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Com a Emenda Constitucional nº 03/93, que instituiu a ação declaratória de constitucionalidade, ocorreu um acréscimo de parágrafos ao artigo 102 da Carta Magna, e a arguição de descumprimento de preceito fundamental passou a ser tratada em seu artigo 102, §1º, *verbis*: Art. 102, § 1º. “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

O constituinte originário apenas estabeleceu como competente para julgar a arguição o Supremo Tribunal Federal, deixando ao legislador ordinário a tarefa de fixar os contornos da lei de regulamentação.¹³ A arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista na Constituição Federal, não é uma norma constitucional auto-executável ou auto-aplicável. Na classificação adotada por JOSÉ AFONSO DA SILVA,¹⁴ a arguição é uma norma constitucional

¹³CARVALHO, Luiz Henrique Sousa de. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Publicado no site da revista eletrônica Jus Navigandi, na Internet: www.jus.com.br/doutrina

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 3ª edição, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 126

de eficácia limitada ou reduzida, necessitando de uma norma que lhe dê operatividade.¹⁵ Por conseguinte, depois de muitas discussões, e muitos projetos de Lei, a arguição de descumprimento de preceito fundamental foi regulamentada pela Lei 9882/99.

GILMAR FERREIRA MENDES, comentando o teor da regulamentação do art. 102, § 1º da Carta Magna, pela Lei nº 9.882/99, preleciona:

“O novo instituto, sem dúvida, introduz profundas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Em primeiro lugar, porque permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da “interpretação autêntica” do Supremo Tribunal Federal. Em segundo lugar, porque poderá ser utilizado para – de forma definitiva e com eficácia geral – solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição que, até o momento, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário. Em terceiro, porque as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal federal nesses processos, haja vista a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais. A solução oferecida pela nova lei é superior a uma outra alternativa oferecida, que consistiria no reconhecimento da competência dos Tribunais de Justiça para apreciar, em ação direta de inconstitucionalidade, a legitimidade de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. Além de ensejar múltiplas e variadas interpretações, essa solução acabaria por agravar a crise do Supremo Tribunal Federal, com a multiplicação de recursos extraordinários interpostos contra as decisões proferidas pelas diferentes Cortes estaduais”.¹⁶

Regulamentada a arguição de descumprimento de preceito fundamental, constante no art. 102, parágrafo 1º, da Constituição Federal, através da edição da Lei 9882 de 03/12/1999, tornando-a integrante de nosso controle concentrado de constitucionalidade, insurge saber quais seriam esses preceitos.

Alexandre de Moraes¹⁷ conceitua:

“entendemos que, em virtude de a finalidade da arguição ser a maior proteção às normas básicas da Constituição Federal, o conceito de preceito fundamental deve ser abrangente, englobando direitos e garantias fundamentais da Carta magna, não necessariamente só os previstos no artigo 5º, além dos objetivos e fundamentos da República, em especial, a dignidade da pessoa humana”.

¹⁵STF- Como esclareceu o Ministro Sydney Sanches, “para arguição de descumprimento de preceito fundamental dela decorrente, perante o STF, exige lei formal, não autorizando, à sua falta, a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito” (STF – Ag. Rg. Em Petição nº 1140-7- Rel. Min. Sidney Sanches, Diário da Justiça, 31.05.96, p. 18.803)

¹⁶MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental (I) (§1º do Art. 102 da Constituição Federal)*, Revista Jurídica Virtual, Volume 1, nº 7, dezembro de 1999

¹⁷MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional-6.edição atualizada até Ecnº 52/06-* São Paulo:Atlas, 2006

Na concepção de José Afonso da Silva¹⁸,

“os preceitos fundamentais são, além dos princípios fundamentais, todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais”

Para Gilmar Ferreira Mendes¹⁹, o conceito de preceitos fundamentais não é uma tarefa fácil:

“É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, entre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétreia do art. 60, § 4º, da Constituição: princípio federativo, a separação dos poderes, o voto direto, universal e secreto.”

Maria Garcia²⁰ interpreta assim a idéia de preceito fundamental:

“o termo decorrente (decursivo, derivado, conseqüente, segundo o Dicionário Aurélio) faz concluir, primeiramente, pela possibilidade de localização do preceito externamente à Constituição. Porquanto, se é decorrente da Constituição não deverá estar, necessariamente, contido na Constituição. Não expressamente. E, neste particular, obrigatória se torna a lembrança do disposto no § 2o do art. 5º, o qual admite a existência de ‘outros direitos e garantias’, além daqueles expressos na Constituição, ‘decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados’ (ou dos tratados internacionais firmados)”

Nelson Nery Júnior²¹ diz que

“não é todo e qualquer preceito constitucional que pode ser fiscalizado pelo STF, por intermédio da arguição de descumprimento. Somente os preceitos que têm magnitude máxima na ordem constitucional é que se caracterizam como *fundamentais* para os efeitos previstos na CF 102 parágrafo 1º e na LADPF.”

Prescreve o artigo 1º da Lei 9882/99 que a arguição prevista no parágrafo 1º do artigo 102 da Constituição federal será proposta perante o Supremo Tribunal federal, e terá por

¹⁸SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª edição revista, Malheiros Editores Ltda., São Paulo, 1997, p. 530.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Parâmetro de Controle e Objeto*. In *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*, São Paulo, Atlas, 2001, p. 128.

²⁰ GARCIA, Maria. *Arguição de descumprimento: direito do cidadão*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 32, p. 99/106

²¹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder Público. Porém, o Tribunal, examinando questão de ordem apresentada pelo Ministro Néri da Silveira, relator, não conheceu de arguição de descumprimento de preceito fundamental (CF, 102, parágrafo 1º) ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B, contra ato do prefeito do Município do Rio de Janeiro que, ao vetar parcialmente, de forma imotivada, projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal – que eleva o valor do IPTU para o exercício financeiro de 2000 –, teria violado o princípio constitucional da separação dos Poderes (CF, art. 2º). Considerou ser incabível na espécie a arguição de descumprimento de preceito fundamental, dado que o veto constitui ato político do Poder Executivo, insuscetível de ser enquadrado no conceito de ato do poder público, previsto no art. 1º da Lei 9.882/99²². Essa lei não esclarece o sentido e o alcance da arguição de descumprimento de preceito fundamental.²³ Cumpriu, e ainda cumpre, ao Supremo Tribunal Federal delimitar a dimensão do instituto, podendo inclusive superar as intenções inicialmente pretendidas pelo legislador.

Para Celso Ribeiro Bastos e Alexis Galiás de Souza Vargas²⁴:

“A legislação em comento cria uma forma inovadora na fiscalização da constitucionalidade. Entre as novidades, destaca-se a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal, que antes só era possível pela via *difusa*. Além disso, fica criado, também, o controle de constitucionalidade de atos não normativos, bem como de atos anteriores à Constituição. Em que pese o alargamento do espectro dos atos atingidos pelo controle, as hipóteses de sua utilização restringem-se drasticamente, em relação aos demais instrumentos. Isto porque, ao contrário do que ocorre na Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, em que se discute qualquer norma constitucional, na ADPF só se pode discutir desrespeito aos preceitos fundamentais. (...) o Excelso Pretório cumpre o seu papel primordial de guardião-mor da Constituição e da ordem jurídica, bem como faz uma ponte entre o controle concentrado e o difuso, uma vez que sua decisão incidirá diretamente sobre os diversos processos judiciais. Para tanto, poderá suspender liminarmente as ações judiciais ou processos administrativos em curso, que deverão acatar a orientação pretoriana, a ser proferida no final do processo. Com isso, permite-se antecipar o deslinde de uma questão jurídica que percorreria a *via crucis* do sistema difuso até chegar ao Supremo Tribunal Federal, para então,

²² STF – Pleno – ADPF (QO)1 Rel. Min. Néri da Silveira, decisão: 3-2-2000 – Informativo STF, nº 176

²³ Alguns juristas como Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*in*: O Sistema Constitucional Brasileiro e as Recentes inovações no controle de constitucionalidade, RDA 220/14) e Gustavo Binenbojm (*in*: A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira, 2001, p.189 e 192-3) chegaram a alertar para o perigo ao Estado Democrático de Direito se a ADPF fosse utilizada semelhantemente à Avocatória, ação existente na época do regime militar, através da qual o Supremo Tribunal Federal podia chamar para si o julgamento de qualquer matéria politicamente interessante. Porém, não se confunde com essa temerária medida. A ADPF é um mecanismo de controle da constitucionalidade, originalmente previsto na Constituição Federal, que ampliou a cidadania brasileira e a segurança jurídica. Por meio dela, ensina-nos Celso Ribeiro Bastos, “o Excelso Pretório poderá suspender os processos liminarmente e proferir decisões com efeito vinculante apenas sobre a questão constitucional. O juiz de direito não é mais afastado da sua posição de julgador, como era anteriormente. Não há, no caso, julgamento do feito, mas tão somente uma baliza exata daquilo que se considera fundamental para a ordem jurídica. O deslinde da questão constitucional através da arguição de descumprimento de preceito fundamental não contraria o princípio do juiz natural, uma vez que o magistrado fica mantido no seu papel de julgador e o Supremo no papel de guardião da Constituição”.

²⁴ BASTOS, Celso Ribeiro e VARGAS, Alexis Galiás de Souza. *A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a Avocatória*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/arg_descump_Celso.htm>. Acesso em 30/08/06.

após decisão definitiva, ser comunicado o Senado Federal, que poderá suspender a eficácia da lei impugnada, podendo sanar definitivamente a inconstitucionalidade. Porém, a novel ação serve somente aos preceitos fundamentais, e nesse caso não se admite controvérsia ou demora. Há que se decidir univocamente sobre o tema magno, sob pena de ser atropelada a segurança jurídica e o Estado de Direito, que ficam seriamente prejudicados diante do dissenso acerca dos seus pilares de sustentação, que são os preceitos fundamentais da Lei Maior”.

Percebe-se que, mesmo em vigor a Lei 9.882/99 há mais de 6 (seis) anos, precisa-se aparar certas arestas conceituais, visto que muitos doutrinadores consideram preceito fundamental de forma ampla, enquanto outros o consideram de forma restrita. Ainda não existe uma unicidade de pensamentos para uma forma tão importante de controle de constitucionalidade.

2.2 Legitimidade para propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Artigo 2º da Lei nº 9.882/99 aponta como co-legitimados para propositura da ação de descumprimento de preceito fundamental os mesmos co-legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade. Com o veto ao inciso II do art. 2º da Lei 9.882/99, que permitia o ajuizamento da arguição a qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público, sua propositura ficou reservada, exclusivamente, aos co-legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (art. 2º, I, da Lei 9.882/99, c/c art. 103 da CF). Ao lado disso, foi mantido o §1º do mesmo artigo, que, trazendo preceito dependente do inciso II mencionado, faculta a qualquer interessado, “*mediante representação, solicitar a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.*”. No entanto, a despeito da dependência normativa apontada, esse preceito continua eficaz, até porque o direito de petição está consagrado na própria Constituição (art. 5º, XXXIV, a)²⁵.

Assim, podem propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade e ADPF:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”⁽²⁷⁾

²⁵BERNARDES, Juliano Taveira. *Lei 9882/99: arguição de descumprimento de preceito fundamental. Texto extraído do Jus Navigandi* <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=237>



Importante esclarecer que vigora, em relação à ação de descumprimento de preceito fundamental, a necessidade de pertinência temática, que o Supremo Tribunal Federal entendeu como condição objetiva para a legitimidade ativa *ad causam* das ações ajuizadas por Mesa de Assembléia Legislativa dos Estados e do Distrito Federal, por Governador de Estado e do Distrito Federal, Confederação Sindical e entidade de classe de âmbito nacional, em sede de controle normativo abstrato. Em regra, nos processos de controle de constitucionalidade não existem partes nem lides, pois trata-se de ação de descumprimento de preceito fundamental de um processo objetivo, sendo as partes apenas formais.²⁶

Na lição de J. J GOMES CANOTILHO²⁷:

“Não obstante se ter falado de legitimidade processual activa e de legitimidade processual passiva, o processo abstracto de controlo e de normas não um processo contraditório, no qual as partes “litigam” pela defesa de direitos subjectivos ou pela aplicação de direitos subjectivamente relevantes. Trata-se fundamentalmente, de um processo objectivo sem contraditores, embora os autores do acto normativo submetidos a impugnação possam ser ouvidos (daí a utilidade de se falar em legitimidade processual passiva).”

Os legitimados passivos da ação de descumprimento de preceito fundamental seriam os Órgãos, Entidades ou Autoridades chamadas ao processo para prestarem informações sobre um ato de sua autoria que lesionou ou ameaçou de lesão um preceito fundamental. Ademais, preceitua a Lei 9.882/99 que a decisão final da arguição terá **eficácia contra todos e efeito vinculante** relativamente aos demais órgãos do Poder Público (Lei 9.882/99, art. 10, §3º). Importante ressaltar que se admite, também, a ADPF chamada *incidental*, ou seja, aquela que versa sobre matéria que está sendo discutida em algum litígio. Nessa hipótese, os processos em tramitação devem ficar suspensos, consoante prevê o art. 5º, §3º, da Lei 9.882/99, e vinculados ao julgamento do Supremo Tribunal Federal, por força do efeito *erga omnes* previsto no art. 10, §3º, do mesmo diploma. Assim, embora o juiz de primeiro grau continue sendo o competente para julgar a demanda, não poderá ele, nem o Tribunal *ad quem*, contrariar a premissa lógica estabelecida na decisão da arguição²⁸.

2.3 Pressupostos Gerais de Cabimento

Dispõe o art. 1º da Lei 9.882/99: “Art. 1º. A arguição de descumprimento de preceito fundamental prevista no §1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

Pode-se dividir em três os requisitos dessa ação, a saber: a) ameaça ou violação a preceito fundamental; b) um ato estatal ou equiparável capaz de provocá-la; e c) a inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade (subsidiariedade). Nas hipóteses em que o

²⁶CARVALHO, Luiz Henrique Sousa de. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Publicado no site da revista eletrônica Jus Navigandi, na Internet: www.jus.com.br/doutrina

²⁷CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina, Coimbra, Portugal, 3ª edição, p. 943 e 944.

²⁸BARROSO, Luis Roberto; e BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos Fundamentais, Questões Ordinárias e Jurisdição Constitucional: Limites e Possibilidades da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. *Revista de Direito do Estado*. nº.01. jan/mar. São Paulo, Renovar, 2006. p. 40-41.

ato impugnado da ADPF se tratar de decisão judicial e a lesão alegada envolver controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo, incluídos os anteriores à Constituição, será exigida a demonstração da relevância.

2.4 Natureza Jurídica da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

2.4.1 Modalidades de arguição

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, como dito, pode apresentar-se sob duas modalidades: a autônoma ou direta e a incidental ou indireta. A arguição sob a forma autônoma está contida no art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.882/99:

“Art. 1º. A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

A arguição autônoma tem natureza de ação, que pode ser proposta para reparar lesão decorrente de um ato do poder público, seja esse ato federal, estadual ou municipal.

A arguição sob a modalidade incidental ou indireta está contida no parágrafo único do artigo 1º:

“Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.”

Este segundo caso revela a natureza incidental ou indireta da arguição de descumprimento de preceito fundamental, pressupondo a existência de controvérsia sobre lei ou ato normativo, de todos os órgãos políticos autônomos, bem como dos anteriores à Constituição.

2.4.2 Natureza jurídica da arguição

Em relação à natureza jurídica da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o legislador ordinário estabeleceu o seu caráter subsidiário ao instituir:

“Art. 4º [...]”

Parágrafo primeiro. Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.”

2.5 Subsidiariedade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

A lei expressamente veda a possibilidade de arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Em uma análise simples, poderia parecer que somente na hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz para afastar a eventual lesão poder-se-ia manejar, de forma útil, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É fácil ver que uma leitura excessivamente literal dessa disposição, que tenta introduzir entre nós o princípio da subsidiariedade vigente no direito alemão e no direito espanhol para, respectivamente, o recurso constitucional e o recurso de amparo, acabaria por retirar desse instituto qualquer significado prático²⁹.

²⁹MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz*. Texto extraído do Jus Navigandi. <http://jus2.uol.c>



Explica Gilmar Ferreira Mendes³⁰: “De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial”. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que, na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo, deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade – inexistência de outro meio eficaz de sanar lesão – contido no art. 4º, parágrafo 1º, da Lei 9882/99, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global. Nesse sentido, se se considera o caráter enfaticamente objetivo do instituto (o que resulta inclusive da legitimação ativa), meio eficaz de sanar a lesão parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.

Alexandre de Moraes³¹ preleciona: “Obviamente, esse mecanismo de efetividade dos preceitos fundamentais não substitui as demais previsões constitucionais que tenham semelhante finalidade, tais como hábeas corpus, hábeas data, mandado de segurança individual e coletivo, mandado de injunção, ação popular, ações diretas de inconstitucionalidades genérica, interventiva e por omissão e ação declaratória de constitucionalidade, desde que haja efetividade em sua utilização, isto é, sejam suficientes para evitar ou reparar a lesão a preceito fundamental causado pelo Poder Público”.

Observe-se, porém, que o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental não exige a inexistência de outro mecanismo jurídico, mas seu prévio esgotamento sem real efetividade, ou seja, sem que tenha havido cessação à lesividade a preceito fundamental, pois a lei não previu exclusividade de hipótese para utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, mas sua subsidiariedade.

É possível afirmar que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais – vias processuais ordinárias – não poderá servir de óbice à formulação da arguição de descumprimento. Ao contrário, tal como explicitado, a multiplicação de processos e decisões sobre um dado tema constitucional reclama, na maioria das vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia³².

Para Luis Roberto Barroso, “a subsidiariedade será ilegítima se for tomada em sentido literal radical, tornando imprestável a arguição. Torna-se, portanto, uma questão de razoabilidade da interpretação, não de uma invalidade da norma. [...] A simples possibilidade de propositura de ações de natureza subjetiva, ou o cabimento de recursos processuais, não é de *per se*, impedimento à arguição se aquelas medidas não forem idôneas a produzir solução imediata e abrangente, nas hipóteses em que o interesse público relevante ou a segurança jurídica assim o exigam.”³³

³⁰MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz*. Texto extraído do Jus Navigandi. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=236om.br/doutrina/texto.asp?id=236>

³¹ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional-6.edição atualizada até Ecnº 52/06*- São Paulo:Atlas, 2006

³² LOBO, Arthur Mendes e GALVÃO Heveraldo. *A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Coisa Julgada*. Revista de Processo n. 145, ano 32, março de 2007, Revista dos Tribunais.

³³ BARROSO, Luis Roberto; e BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos Fundamentais, Questões Ordinárias e Jurisdição Constitucional: Limites e Possibilidades da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Revista de Direito do Estado. n.01. jan/mar. São Paulo, Renovar, 2006. p. 48 e 50

3. CONCLUSÃO

A argüição de descumprimento de preceito fundamental regulamentou-se para suprir, no ordenamento jurídico brasileiro, algumas lacunas no sistema de controle concentrado de constitucionalidade, visando, assim, a possibilidade de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal de algumas matérias, como as normas pré-constitucionais e as normas municipais, que antes só era possível por outras ações de controle difuso (exemplos: Recurso Extraordinário e Reclamação).

Se bem aplicada, a argüição de descumprimento de preceito fundamental poderá resolver muitos casos que envolvam preceitos fundamentais, e isso significa retirar do campo da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade tais preceitos, que hoje são defendidos por essas ações.

Uma ação que se compromete a defender os preceitos fundamentais, que são tão importantes na vida política de um povo, que os autores nacionais acham difícil conceituar, talvez pela sua magnitude, não poderá ser colocada em um patamar inferior ao das demais ações de controle de constitucionalidade, mas, sim, em igual nível ou até mesmo superior.

É evidente, também, que, a partir do momento em que a doutrina e a jurisprudência fixarem um conceito de preceitos fundamentais, a argüição passará a ter uma importância no direito brasileiro de grandes proporções, porque, se for admitido que só ela poderá defender os preceitos fundamentais, que são os pilares da Constituição Federal, então essa ação se constituirá na mais importante das ações de controle de constitucionalidade.

Um outro dado significativo em relação à argüição é o seu efeito vinculante e sua eficácia *erga omnes*, porque, se os preceitos fundamentais são tão primordiais, esses efeitos tornam-se essenciais, ao não permitir que a Constituição seja sistematicamente violada por decisões conflitantes, pondo em perigo toda a estrutura constitucional.

Enfim, corroborando com entendimento de Luiz Henrique Sousa de Carvalho³⁴, a argüição de descumprimento de preceito fundamental deve ser encarada como uma ação capaz de proteger todo o ordenamento jurídico, permitindo um controle abstrato mais efetivo da constitucionalidade, uma vez que alcança as normas pré-constitucionais e municipais, protegendo os preceitos fundamentais e, assim, protegendo o próprio direito a partir do momento que protege os preceitos fundamentais, protegendo, assim, o próprio direito.

4. ABSTRACT

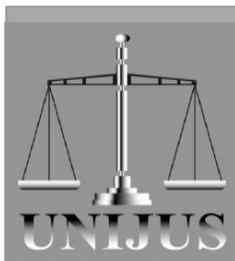
This work aims at to study Law 9.882/1999, analyzing the presupposed acceptance and admittanceability of Unaccomplishment of Fundamental Precept Pleading. The UFPP is one of the forms of constitutionality control with its peculiarities as the subsidiarity and the quarrel concerning the concept of basic rule, which will be brought in the present article. The UFPP was created with the function to protect the basic rights of the citizens, violated for the public power, foreseen in the constitutional text, in view of that the proper Constitution has for its main characteristic the defense of these rights. One is about typical action that appear of the new paradigm instituted for the Democratic State of Right, that has as basic pillars the defense of the basic rights and the democracy.

Key words: *Constitutionality Control. UFPP. Legitimacy. Basic rights. Constitution.*

³⁴ CARVALHO, Luiz Henrique Sousa de Carvalho. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002.

5. REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luíz Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARROSO, Luis Roberto; e BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos Fundamentais, Questões Ordinárias e Jurisdição Constitucional: Limites e Possibilidades da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. *Revista de Direito do Estado*. n.º 01. jan/mar. São Paulo, Renovar, 2006. p. 40-41.
- BASTOS, Celso Ribeiro e VARGAS, Alexis Galiás de Souza. *A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a advocatária*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/arg_descump_Celso.htm>. Acesso em 30/08/06.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora: 2002
- BERNARDES, Juliano Taveira. *Lei 9882/99: arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Texto extraído do **Jus Navigandi** <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=237>
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *A arguição de descumprimento de preceito fundamental e sua regulamentação pela lei n.º 9882, de 3 de dezembro de 1999. Incidente de inconstitucionalidade?* Disponível em: <www.infojus.com.br> e <www.buscalegis.ccj.ufsc.br>. Acesso em 18/09/2006.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina, Coimbra, Portugal, 3.ª edição, p. 943 e 944
- CARVALHO, Luiz Henrique Sousa de. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Publicado no site da revista eletrônica Jus Navigandi, na Internet: www.jus.com.br/doutrina
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GARCIA, Maria. *Arguição de descumprimento: direito do cidadão*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n.º 32, p. 99/106
- LOBO, Arthur Mendes e GALVÃO Heveraldo. *A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Coisa Julgada*. *Revista de Processo* n. 145, ano 32, março de 2007, *Revista dos Tribunais*
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 26.ª edição, atualizada por Arnol Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Parâmetro de Controle e Objeto*. In *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99*, São Paulo, Atlas, 2001, p. 128.
- _____. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental (§ 1.º do art. 102 da Constituição Federal)*, publicado no site da revista eletrônica Jus Navigandi, na Internet: www.jus.com.br/doutrina/incinco, coletado em 12/05/2001.
- _____. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental (I) (§1.º do Art. 102 da Constituição Federal)*, *Revista Jurídica Virtual*, Volume 1, n.º 7, dezembro de 1999
- _____. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz*. Texto extraído do Jus Navegandi. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=236>
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional- 6.ª edição atualizada até Ecn.º 52/06-* São Paulo: Atlas, 2006
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20.ª edição. São Paulo: Atlas, 2006.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 3.ª edição, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 126



O CRIME DO COLARINHO BRANCO E A FALÁCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE*

Jacques Damiani Macedo**

RESUMO:

As teorias da criminalidade baseadas no labeling approach ou teoria da reação social criticaram diversos princípios sustentados pela ideologia penal da defesa social, principalmente, o da igualdade. Este princípio estabelece que a lei penal é criada e aplicada igualmente para todos. No entanto, o crime do “colarinho branco” demonstra a desigualdade com que o sistema penal opera, devido a sua escassa identificação, perseguição e punição, gerando um falso quadro de distribuição da criminalidade nos grupos sociais mais débeis. O presente artigo se propõe a demonstrar a negação do princípio da igualdade à luz da análise das teorias que tratam do crime do “colarinho branco” no âmbito legislativo, policial e judicial.

Palavras-chave: Princípio da igualdade. Teoria da reação social. Sistema penal. Crime do colarinho branco.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. A ideologia da defesa social – 3. Breve análise sobre o crime do “colarinho branco” – 4. O momento da criação da norma penal – 5. A perseguição policial seletiva – 6. A seletividade judicial – 7. Conclusão – 8. Abstract – 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O sistema penal como o conjunto de instituições¹ (policial, judiciária e penitenciária) incumbidas de realizar o direito penal², não age por igual com os criminosos do “colarinho branco” e com os infratores convencionais. Desde o momento da criação da lei penal, passando por todo o processo de filtragem até a instituição penitenciária, o sistema age de forma seletiva, deixando escapar quase por completo os infratores de elevado poder sócio-econômico. O presente artigo busca demonstrar a negação do *princípio da igualdade* sustentada pela ideologia penal da defesa social à luz da análise das teorias que tratam do crime do “colarinho branco”.³

* Artigo elaborado no curso da disciplina Criminologia com a Professora Cristina Zackseski.

** Advogado. Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Pós-graduando pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - FESMPDFT. Pós-graduando em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. E-mail: jacquesdamiani@pop.com.br.

¹“É óbvio que do sistema penal não podem ser excluídos os legisladores nem o público. [...] O público exerce um poder seletivo importantíssimo, pois com a denúncia tem em suas mãos a faculdade de pôr em funcionamento o sistema. Costuma-se afirmar que também controla o funcionamento, o qual em boa parte não é mais que uma ficção. É óbvio que, quando o público se retrai, as denúncias diminuem e o sistema se vê impedido de criminalizar mais pessoas.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – parte geral**. São Paulo: RT, 1997, p. 72.

²BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 25.

³BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 102.

2. A IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL

A Escola Clássica⁴ detinha seu foco de estudo, principalmente, sobre o delito, como uma violação do direito. O delito surgia do livre arbítrio do indivíduo normal⁵. O enfoque baseado sobre características biopsicológicas, diferenciando o indivíduo normal do delinquent, considerado “anormal”, foi o objeto de estudo da criminologia positivista⁶. Apesar das diferenças, ambas as escolas da criminologia tradicional têm em comum a afirmação “[...] de uma ideologia da defesa social, como nó teórico e político fundamental do sistema científico”.⁷

A ideologia da defesa social surgiu à época da revolução burguesa, e, enquanto o direito penal demonstrava ser essencial ao sistema jurídico burguês, a ideologia assumia o papel ideológico predominante dentro do setor penal⁸. Essa ideologia se baseava em uma série de princípios que condensava os maiores avanços realizados pelo direito penal moderno, dentre os quais se encontra o *princípio da igualdade*. Este preceitua que a reação penal se aplica de modo igual aos infratores da lei, e que essa é criada igualmente para todos.⁹

As teorias da criminalidade baseadas no *labeling approach*¹⁰ abalaram as bases da ideologia penal da defesa social, principalmente, em relação ao *princípio da igualdade*¹¹. Alguns estudiosos da Criminologia Contemporânea estudaram o crime do “colarinho branco” que demonstra a desigualdade com que o sistema penal opera.

3. BREVE ANÁLISE SOBRE O CRIME DO “COLARINHO BRANCO”

Edwin H. Sutherland empregou, pela primeira vez, o termo “crime do colarinho branco” ou *white-collar crime* durante um discurso proferido à *American Sociological Society* em 1939¹². Considerado um dos fundadores da criminologia norte-americana e um dos maiores criminólogos de sua época, Sutherland foi eleito presidente da referida sociedade¹³. Por meio destes estudos sua finalidade era “[...] desmoralizar o castelo que foi erguido em torno

⁴A Escola Clássica surgiu à época do Iluminismo e de uma transformação estrutural da sociedade e do Estado, no período de transição da ordem feudal e do Estado absolutista para o capitalismo e o Estado de Direito liberal na Europa. Há autores que dividem a Escola Clássica em dois períodos: num primeiro momento filosófico, depois sucedido por um jurídico. O representante mais autorizado do primeiro período foi Cesare Beccaria e sua obra “*Dei delitti e delle pene*”, publicada em 1764. Do segundo período foi Francesco Carrara. ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 45.

⁵BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 31.

⁶Idem, p. 29.

⁷Idem, p. 41.

⁸BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 41.

⁹ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A construção social da criminalidade pelo sistema do controle penal**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/busca.php?acao=abrir&id=17837>>. Acesso em: 15 nov. 2006.

¹⁰O *labeling approach* ou teoria da reação social foi uma das teorias de mais destaque da Criminologia Liberal Contemporânea. Nesta teoria houve a mudança de paradigma, do etiológico que buscava investigar as “causas” do crime, para o da reação social que analisava a ação das instâncias oficiais de controle. Não estuda o crime como um dado ontológico, pré-constituído, mas como uma realidade social. A distinção entre regra e meta-regra constitui uma das premissas teóricas fundamental do estudo de Fritz Sack que procurava explicar o fenômeno da criminalidade oculta. BARATTA, Alessandro. Op. cit. p. 86-105.

¹¹BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 112-113.

¹²COLEMAN, James William. **A elite do crime: para entender o crime do colarinho branco**. Tradução: Denise R. Sales. 5. ed. São Paulo: Manoele, 2005, p. 2.

¹³VELLOSO, Renato Ribeiro. O crime do colarinho branco. Visão geral. **Jus Vigilantibus**, Vitória, 15 jun. 2005. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/2648>. Acesso em: 15 nov. 2006.

da idéia de que a criminalidade deriva em grande parte das pessoas provenientes das classes sociais menos favorecidas”.¹⁴

O crime do “colarinho branco” é aquele praticado por pessoa de elevada respeitabilidade e posição social no exercício da atividade profissional¹⁵. Esta definição surge em contraposição a todos os demais delitos, chamados crimes convencionais¹⁶. Esta espécie de crime demonstra que a criminalidade não pode ser explicada por razões de pobreza, falta de educação, pouca inteligência, nem por instabilidade emocional¹⁷. Pelo contrário, são pessoas de elevado status social que praticam o crime do “colarinho branco”.

4. O MOMENTO DA CRIAÇÃO DA NORMA PENAL

O processo de criação do direito e que de modo ele funciona dentro de uma sociedade está intrinsecamente relacionado com fatores, dentre outros, sociais e econômicos¹⁸. O direito penal é legislado “[...] para cumprir funções concretas dentro de e para uma sociedade que concretamente se organizou de determinada maneira”.¹⁹

No período feudal, o direito penal funcionava como mecanismo de controle dos servos pelos senhores feudais, tendo em vista que estes eram proprietários de terras e pertencentes à classe dominante à época.²⁰

Advindo a Revolução Industrial na segunda metade do século XVIII, passando do sistema feudal ao capitalismo, da produção agrícola para a manufatureira, o senhor feudal cedeu espaço para os novos proprietários dos bens de produção: a burguesia emergente. Com isso surgiu uma nova relação, de um lado, o homem detentor do capital, do outro, o homem que tinha sua força de trabalho para oferecer. A população se concentrou nas cidades, aumentando a demanda e reduzindo a oferta de emprego, tornando-se perigosa. Os capitalistas precisavam controlar as massas insatisfeitas que representavam um perigo as suas riquezas, mas o controle social indiscriminado era exercido pelo Estado. Diante dessa situação, mister foi recorrer novamente ao Estado, e este ao Direito Penal para exercer um controle social de contenção em benefício da nova classe dominante.²¹

Houve certa tolerância, por parte da burguesia, da ilegalidade dos direitos ou de certas infrações penais, até a primeira metade do século XVIII. Quando se tratava de ilegalidade dos seus direitos de propriedade, a burguesia a suportava muito mal²². As práticas toleradas serão controladas e tipificadas, como condutas ilícitas, para proteger os interesses da classe dominante, a partir da segunda metade do século XVIII. Michel Foucault relata que:

Com as novas formas de acumulação de capital, de relações de produções e de estatuto jurídico da propriedade, todas as práticas populares que se classificavam, seja numa

¹⁴FRANCO, Rodrigo Strini. Criminalidade do colarinho branco como fonte de desigualdade no controle penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4042>>. Acesso em: 26 out. 2006.

¹⁵COLEMAN, James William. Op. cit., p. 3.

¹⁶ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da reação social**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 77.

¹⁷Idem, p. 78.

¹⁸BATISTA, Nilo. Op. cit., 18-19.

¹⁹BATISTA, Nilo. Op. cit., p.18-19.

²⁰ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 258-260.

²¹Idem, Ibidem.

²²FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 72.

forma silenciosa, cotidiana, tolerada, seja numa forma violenta, na ilegalidade dos direitos, são desviados à força para a ilegalidade dos bens. O roubo tende a tornar-se a primeira das grandes escapatórias à legalidade, nesse movimento que vai de uma sociedade da apropriação jurídico-política a uma sociedade da apropriação dos meios e produtos do trabalho. Ou para dizer as coisas de outra maneira: a economia das ilegalidades se reestruturou com o desenvolvimento da sociedade capitalista. A ilegalidade dos bens foi separada da ilegalidade dos direitos. Divisão que corresponde a uma oposição de classes, pois, de um lado, a ilegalidade mais acessível às classes populares será a dos bens – transferência violenta das propriedades; de outra a burguesia, então, se reservará a ilegalidade dos direitos: a possibilidade de desviar seus próprios regulamentos e suas próprias leis; de fazer funcionar todo um imenso setor da circulação econômica por um jogo que se desenrola nas margens da relação – margens previstas por seus silêncios, ou liberadas por uma tolerância de fato. E essa grande redistribuição das ilegalidades se traduzirá até por uma especialização dos circuitos judiciários; para as ilegalidades de bens – para o roubo – os tribunais ordinários e os castigos; para as ilegalidades de direitos – fraudes, evasões, fiscais, operações comerciais irregulares – jurisdições especiais com transações, acomodações, multas atenuadas, etc.²³

A respeito da utilização do direito penal como defesa dos interesses da classe dominante, Rodrigo Strini Franco cita como exemplo o caso que, se um trabalhador subtrair para si uma pequena parcela do que produz para o seu empregador, será considerada tal conduta como crime de furto pela legislação penal. Mas, a conduta do empregador que deixa de pagar o salário ao trabalhador, não será punida, por falta de legislação.²⁴

Com efeito, não existe um delito natural que tenha sido reprovado por todas as sociedades e em todos os tempos²⁵. Lola Aniyar de Castro define o delito como “[...] um ponto de vista sobre o anti-social que logrou impor-se sobre outros pontos de vista, em um dado momento e lugar”²⁶. Portanto, o crime não tem uma natureza ontológica. É uma definição imposta por uma categoria de pessoas que detêm o poder de criar a lei penal em detrimento de outros grupos sociais de estratificação social inferior²⁷. Criminalizam-se comportamentos próprios desses grupos e deixam uma lacuna na lei penal quando os comportamentos são peculiares da classe alta.

O Direito Penal busca legitimar o processo de criação dos delitos previstos no estatuto repressivo como sendo os que representam ofensas aos interesses fundamentais e comuns a todos os cidadãos²⁸. Essa justificativa não se sustenta ante a análise do gravame decorrente do crime do “colarinho branco” diante dos delitos convencionais. Aqueles raramente passam pelo sistema penal e, ainda assim, representam um dos problemas mais sérios do crime e acarretam conseqüências tão graves e devastadoras, que faz o crime de rua parecer sem importância²⁹. Quando ocorre um homicídio, a reação social é muito grande, entretanto, quando um crime contra a ordem econômica é cometido, acarretando indiretamente a morte de centenas de

²³Idem, p. 73-74.

²⁴FRANCO, Rodrigo Strini. Op. cit.

²⁵ANIYAR DE CASTRO, Lola. Op. cit., p. 63-65.

²⁶Idem, Ibidem.

²⁷BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 113.

²⁸Idem, p. 42.

²⁹COLEMAN, James William. Op. cit., p. 14.

peças, a reação social é muito inferior ao dano ocasionado. Várias crianças morrem de desnutrição devido ao desemprego dos pais. Milhões de pessoas permanecem analfabetas por falta de investimento na educação.³⁰

Alessandro Baratta afirma que, o caráter fragmentário utilizado no Direito Penal, para justificar a criminalização de determinadas condutas, como sendo as mais perniciosas para o convívio social, ou seja, baseadas sobre a natureza das coisas, é uma ingênua justificação. Estas justificações são:

[...] uma ideologia que cobre o fato de que o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas. Isto ocorre não somente com a escolha dos tipos de comportamentos descritos na lei, e com a diversa intensidade da ameaça penal, que frequentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos, mas com a própria formulação técnica dos tipos legais. Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que contradizem às relações de produção e de distribuição capitalistas, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é freqüentemente muito larga quando os tipos legais têm por objeto a criminalidade econômica, e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder.³¹

A desigualdade se estende não só na criação dos tipos penais, mas nas suas respectivas sanções. Para os criminosos convencionais as sanções se restringem, basicamente, em pena de privação de liberdade, e para os delinqüentes do “colarinho branco”, a lei prevê penas de multas ou medidas administrativas, tendo em vista que o seu poder sócio-econômico ameniza o momento da aplicação da pena³². O criminoso do “colarinho branco”, ao contrário do que ocorre com o criminoso convencional, tem a seu favor, ainda, a lei que dispõe certas imunidades e foros privilegiados para o julgamento de suas condutas.³³

Há uma enorme distância entre o *desviante* e o *delituoso* nos crimes do “colarinho branco”. Podem-se mencionar pelo menos duas situações. Na primeira a conduta é considerada *desviante*, mas não *delituosa* pela lei, uma vez que toda a comunidade representa o fato como corrupção e o reprova, porém ela escapa pelas malhas, sempre muito largas, da legislação penal. Na segunda, o fato é *delituoso*³⁴, porém o sistema penal é passivo, e faz com que nada aconteça.³⁵

³⁰LEÃO, Maria do Carmo. Os crimes do colarinho branco. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1043>>. Acesso em: 26 out. 2006.

³¹BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 165.

³²ANIYAR DE CASTRO, Lola. Op. cit., p. 80.

³³BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 113.

³⁴Cf. Lei 1521/51 (Crimes Contra a Economia Popular); Lei 7.492/86 (Crimes Contra o Sistema Financeiro); Lei 8.137/90 (Crimes contra Ordem Tributária).

³⁵BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 45.

5. A PERSEGUIÇÃO POLICIAL SELETIVA

As estatísticas criminais oficiais apresentam falhas, restringindo seu alcance na criminalidade identificada e perseguida que representa um falso quadro de distribuição da criminalidade nos estratos sociais inferiores e, por conseguinte, relacionados com a pobreza³⁶. Portanto, se as estatísticas demonstram que a maioria dos infratores é pobre, isso não significa que os ricos não praticam ou praticam menos crimes, mas sim que o sistema penal é seletivo e não igualitário como se apresenta. Essa ilusória concentração da criminalidade nos estratos sociais mais pobres implica na falsa criação dos estereótipos da criminalidade, influenciando no modo de atuação dos órgãos da justiça penal, tornando-se socialmente seletiva³⁷. Esse falso modelo de criminoso influencia maciçamente no modo de atuação da polícia, que recai, principalmente, sobre a população mais desfavorecida.

A Polícia é um dos primeiros filtros do sistema penal. São vários os motivos que explicam a razão dessa filtragem que impede o conhecimento do fato pelo Poder Judiciário. Luiz Flávio Gomes, utilizando-se da teoria dos “filtros de Pilgran”³⁸, cita quais são esses filtros:

3 – Filtro da abertura da investigação (nem todos os casos noticiados são investigados): são incontáveis os fatores que levam à seletividade (discriminatoriedade) e impunidade nesta fase: (a) falta de estrutura material (da Polícia e do MP); (b) falta de estrutura humana; (c) falta de conhecimentos técnicos (sobre contabilidade, operações na bolsas de valores, criminalidade informática, lavagem de capitais etc.) (resumindo até aqui: falta *hardware, software e humanware*); (d) corrupção generalizada (o que não que “todos” os policiais são corruptos); (e) ao lado dessa “banda podre” existe, é verdade, a “banda pobre” (miserável, paupérrima), que é composta dos policiais – totalmente desestimulados – que vivem do *hollerith*, sem fazer “bicos”; (f) infiltração “criminoso” de policiais no crime organizado; (g) falta de controle funcional da polícia (o MP vem sendo omissos no seu dever constitucional de controle externo da polícia).

4 – Filtro da investigação (nem todos os casos investigados são devidamente apurados): a autoria e a materialidade ficam comprovadas em poucos casos: (a) as vítimas e testemunhas às vezes não colaboram; (b) falta de recursos técnicos (a pobreza das polícias científicas é franciscana); [...] (f) nos crimes financeiros, a investigação é manipulada (80,5% são arquivados). A investigação policial funciona bem nos crimes em que o sujeito é preso ainda com o produto do crime na mão. Nos crimes que envolvem “poderosos” há a chamada “paralisação prescricional”³⁹.

³⁶As estatísticas oficiais se restringem a criminalidade aparente que é aquela que chega até o conhecimento dos órgãos de controle social (polícia, ministério público, juiz). A criminalidade real corresponde a todos os crimes acontecidos. A diferença entre uma e outro recebe a denominação de *cifra obscura, cifra negra ou delinqüência oculta*. O “crime do colarinho branco” é, também, denominado de *cifra dourada*. ANIYAR DE CASTRO, Lola. Op. cit., p. 67-75.

³⁷ANIYAR DE CASTRO, Lola. Op. cit., p. 102-103.

³⁸O autor afirma que essa teoria é: “[...] uma das melhores formas de explicar esse fenômeno da criminalidade, bem como o da impunidade e da seletividade do sistema penal [...], segundo a qual os próprios autores, réus, a polícia, os tribunais, o Ministério Público, mais do que o próprio legislador, atuam como filtros determinantes na seleção de quais acontecimentos devem ser definidos como crimes, quais pessoas devem ser qualificadas como delinqüentes etc., contribuindo, todos, para a impunidade”. GOMES, Luiz Flávio. A impunidade no Brasil: de quem é a culpa? (esboço de um decálogo dos filtros da impunidade). *Revista CEJ*, Brasília, n. 15, p. 35-50, set./dez. 2001. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero15/mesaredonda34.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2007.

³⁹GOMES, Luiz Flávio. Op. cit.

Conforme observa Nilo Batista:

Assim, o sistema penal é apresentado como *igualitário*, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é *seletivo*, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas.⁴⁰

Rodrigo Strini Franco cita, como exemplo, as batidas policiais, conhecidas como *blitz*, que se concentram nas áreas sociais mais carentes, nas quais:

[...] se realiza um verdadeiro espetáculo de busca às bruxas, invadindo casas (pois barraco não é domicílio) sem mandado judicial e detendo pessoas para submetê-las a corriqueira “averiguação dos seus antecedentes” sem qualquer fundamentação que não seja a “cara de prontuário” estampada na face. A mesma operação sem dúvida não teria o mesmo sucesso se fosse direcionada para as classes média e alta.⁴¹

A polícia limita sua atividade no âmbito das classes sociais menos favorecidas. Quanto mais precária as condições do indivíduo, mais visíveis serão os delitos praticados, os chamados “crimes de rua”. Em contrapartida, os criminosos do “colarinho branco” praticam os seus crimes em boates de luxo, apartamentos, escritórios, gabinetes, estando de certa forma imunizados da atuação policial, que se restringe praticamente nas ruas.⁴²

6. A SELETIVIDADE JUDICIAL

O Poder Judiciário, também, não está imune a essa desigualdade ocorrente. Theo Rasehorn⁴³ afirma que a Justiça é um sistema que “senta um estrato social diante do outro no tribunal: enquanto o estrato superior fornece os juízes, é o estrato inferior que dá os acusados”. A criminologia do conflito ou a criminologia radical adota uma representação de Justiça semelhante: os juízes são oriundos da classe média e alta, e os delinquentes são provenientes das classes baixas.⁴⁴

Na lição de Jorge Figueiredo Dias e Manoel da Costa Andrade, os juízes não estão imunes a esses estereótipos e que:

[...] os indivíduos e os grupos sociais interagem em um tribunal em condições de insuperável desigualdade. Os argüidos das classes superiores e aqueles que usualmente com eles sustentam a mesma construção da realidade (as “suas” testemunhas, os “seus” declarantes, etc.) encontram no tribunal um universo simbólico de linguagem, gestos, estilos de vida, tiques, temas de conversas nos intervalos das sessões, que é o seu próprio universo. As pessoas concretas que desempenham os papéis de juiz ou de ministério público são personagens do seu cotidiano, do seu bairro, dos seus restaurantes, das suas festas, dos seus círculos, os pais dos amigos dos seus filhos. Já tudo é diferente em relação aos argüidos das classes inferiores.⁴⁵

A distinta atitude emotiva e valorativa por parte dos juízes, de acordo com a posição

⁴⁰BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 25-26.

⁴¹FRANCO, Rodrigo Strini. Op. cit.

⁴²Idem, Ibidem.

⁴³Apud DIAS, Jorge Figueiredo. ANDRADE, Manoel da Costa. **Criminologia: o homem delinquentes e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 542.

⁴⁴DIAS, Jorge Figueiredo. ANDRADE, Manoel da Costa. Op. cit., p. 553.

⁴⁵Idem, p. 542-543.

social ocupada pelo indivíduo, tem papel decisivo na apreciação do elemento subjetivo do crime (dolo ou culpa), circunstâncias atenuantes, a causa do delito e presciência da futura conduta do sujeito. Em virtude disso, há maior preponderância para se considerar um crime como culposos, aplicar uma pena pecuniária, de se esperar um comportamento conforme à lei ou conceder a suspensão condicional da pena aos indivíduos de alto status social. Diametralmente oposto ocorre com um indivíduo pobre, onde a tendência é aplicar a pena detentiva, e de considerá-la como a mais adequada, tendo em vista que é o que geralmente acontece.⁴⁶

A contribuição germânica ao *labeling approach* adverte para a questão das metaregras. Estas constituem métodos de interpretação das regras, influenciando no processo de filtragem dos indivíduos criminosos⁴⁷. Isso significa dizer, que não basta o indivíduo praticar uma conduta que corresponda ao tipo penal, mas é necessário que essa conduta seja considerada criminosa pelo intérprete.

Para Fritz Sack, citado por Alessandro Baratta, o crime não é uma entidade construída anterior à atividade dos juízes, mas uma realidade atribuída por estes últimos a determinadas pessoas. A sentença judicial impõe uma nova qualidade aos condenados. A criminalidade pode ser vista como um “bem negativo”, semelhante aos “bens positivos”, como dinheiro, patrimônio, privilégio. A distribuição dos bens negativos se manifesta da mesma maneira como ocorre com os bens positivos, ou seja, segundo critérios, dentre outros, de posição social do indivíduo.⁴⁸

Luiz Flávio Gomes assevera que:

Os órgãos da persecução penal atuam, consciente ou inconscientemente, de modo seletivo e discriminatório. O princípio da igualdade definitivamente não é observado. A pena é imposta segundo essa seletividade e isso não contribui (ou contribui muito pouco) para a tão almejada paz jurídica. A pena de prisão, por exemplo, na realidade prática prisional, tem como pressuposto a pobreza, a falta de escolaridade etc..⁴⁹

Jorge Figueiredo Dias e Manoel da Costa Andrade mostram que os delinquentes do “colarinho branco” que aparecem em um tribunal sem o peso dos antecedentes criminais, serão vistos pelos juízes como menos carecidos de um tratamento ressocializador:

Quer dizer é o mesmo estereótipo epidemiológico do crime que aponta a um delinqüente as celas da prisão e poupa a outros os seus custos. É, de resto, em nome de considerações de oportunidade ou de política criminal que a generalidade dos juízes só à custa de confessado mal-estar se vêem por vezes compelidos a aplicar a pena de prisão a algum delinqüente de “colarinhos brancos”.⁵⁰

Em razão de fatores de natureza econômica, o criminoso do “colarinho branco” pode recorrer a nata dos advogados, ou, ainda, exercer pressões sobre os denunciante⁵¹. O criminoso convencional quase sempre é assistido pela Defensoria Pública, órgão do Estado que apresenta escassez de recursos, falta de pessoal e estrutura precária de trabalho, que não

⁴⁶BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 177-178.

⁴⁷Idem, p. 105.

⁴⁸Idem, p. 107-108.

⁴⁹GOMES, Luiz Flávio. Teoria diferenciada de Schmidhäuser e o sistema penal brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1037, 4 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8335>>. Acesso em: 15 nov. 2006.

⁵⁰DIAS, Jorge Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit., p. 552.

⁵¹BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 102.

pode, ou com muita dificuldade, realizar uma adequada defesa àqueles que não tem condições de pagar um advogado.

Os dados do Censo Penitenciário Nacional, do Ministério da Justiça, de 1994, demonstram que 95% da clientela do sistema penal são de presos pobres⁵². O último relatório do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias, do Ministério da Justiça, do mês de Junho de 2007, não tem a categoria do nível sócio-econômico dos presos, mas mostra outros dados relevantes. O número total⁵³ de presos e internados no Sistema Penitenciário é de 360.539. Desse total, 292.981 presos, ou seja, mais de 80%, possuem no máximo o ensino fundamental completo.⁵⁴

7. CONCLUSÃO

Conclui-se que os indivíduos que caem na engrenagem do sistema da justiça penal são indivíduos selecionados pelo complexo sistema de filtros daquele. Essa seleção funciona desde a criação das normas à sua aplicação, que se desenvolve praticamente nos estratos sociais inferiores e parece não alcançar a “delinquência dourada”. O princípio da igualdade é uma falsa afirmação para sustentar um sistema penal seletivo e discriminatório.

Os poucos presos que fogem a regra geral (pobres, marginalizados) constituem exceção, e só confirmam a regra. “O delito é ubíquo (todas as classes sociais delinquentes). Mas só vão para a cadeia (como regra geral) os desfavorecidos”⁵⁵. Sérgio Salomão Shecaira ensina que “O controle do crime é uma máquina que produz dor para muitos e riqueza para alguns”.⁵⁶

8. ABSTRACT:

The theories of crime based in labeling approach or theory of reaction social had criticized diverse principle supported for the criminal ideology of the social defense, mainly, of the equality. This principle establishes that the criminal Law is created and applied equally for all. However, the “white-collar crime” demonstrates the inequality with that the criminal system operates, due its scarce identification, persecution and punishment, generating a false picture of distribution of crime in the weaker social groups. The present article if considers to demonstrate the negation of the principle of the equality the light of the analysis of the theories that deal with the “white-collar crime” in the legislative, police and judicial.

Keywords: *Principle of the equality. Theory of reaction social. Criminal System. White-collar crime.*

⁵²Cf. item 36: Nível sócio-econômico da clientela dos sistemas. **Censo Penitenciário Nacional 1994**. Ministério da Justiça/Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 1994, p. 65.

⁵³Inclui presos provisórios, em regime fechado, semi-aberto, aberto, cumprindo medida de segurança-internação e tratamento ambulatorial.

⁵⁴Cf. categoria População e Perfil do Preso. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen, 2007, p. 1-3.

⁵⁵GOMES, Luiz Flávio. Op. cit.

⁵⁶SHECAIRA, Sérgio Salomão. A Lei e o Outro. **AIDP – Associação internacional de Direito Penal**. Disponível em: <<http://www.aidpbrasil.org.br/artigos.asp>>. Acesso em: 15 nov. 2006.



9. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A construção social da criminalidade pelo sistema do controle penal**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/busca.php?acao=abrir&id=17837>>. Acesso em: 15 nov. 2006.

_____: **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da reação social**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

_____: **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

COLEMAN, James William. **A elite do crime: para entender o crime do colarinho branco**. Tradução: Denise R. Sales. 5. ed. São Paulo: Manoele, 2005.

DIAS, Jorge Figueiredo. ANDRADE, Manoel da Costa. **Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra, 1997.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 72.

FRANCO, Rodrigo Strini. Criminalidade do colarinho branco como fonte de desigualdade no controle penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4042>>. Acesso em: 26 out. 2006.

GOMES, Luiz Flávio. A impunidade no Brasil: de quem é a culpa? (esboço de um decálogo dos filtros da impunidade). **Revista CEJ**, Brasília, n. 15, p. 35-50, set./dez. 2001. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero15/mesaredonda34.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2007.

_____: Teoria diferenciada de Schmidhäuser e o sistema penal brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1037, 4 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8335>>. Acesso em: 15 nov. 2006.

LEÃO, Maria do Carmo. Os crimes do colarinho branco. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1043>>. Acesso em: 26 out. 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. A Lei e o Outro. **AIDP – Associação internacional de Direito Penal**. Disponível em: <<http://www.aidpbrasil.org.br/artigos.asp>>. Acesso em: 15 nov. 2006.

VELLOSO, Renato Ribeiro. O crime do colarinho branco. Visão geral. **Jus Vigilantibus**, Vitória, 15 jun. 2005. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/2648>. Acesso em: 15 nov. 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – parte geral**. São Paulo: RT, 1997.



DIREITO AMBIENTAL E NANOTECNOLOGIA: IMPLICAÇÕES ÉTICAS, SOCIAIS E JURÍDICAS

Marlene de Paula Pereira¹

RESUMO

Este artigo analisa as implicações éticas, sociais e jurídicas da nanotecnologia e da nanociência. O objetivo do estudo é ressaltar que o progresso científico é desejável, mas deve vir acompanhado das preocupações com relação à sociedade e ao meio ambiente. Diante da insuficiência de disposições legislativas sobre o assunto, serão invocados princípios do direito nacional e internacional no sentido de demonstrar que a sociedade tem o direito de ser informada, de forma ampla e clara, e que o Poder Público tem o dever de exigir e fiscalizar a tomada de precauções quando do desenvolvimento de uma atividade econômica.

PALAVRAS-CHAVE: nanotecnologia, precaução, sociedade, meio ambiente.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Considerações gerais sobre nanotecnologia e nanociência – 3. O direito de ser informado até os limites do átomo – 4. Considerações Finais – 5. *Resumè* – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A vontade humana de criar seres e objetos perfeitos e programáveis tem, ao longo do tempo, funcionado como força propulsora para o desenvolvimento de técnicas científicas, que, cada dia mais, aproxima o homem de seu sonho de criador.

A possibilidade de um experimento laboratorial ser incorporado à vida ou até mesmo de ganhar vida é cada vez mais comum. Faz muito tempo que o homem deixou de ser criatura e passou a ser criador.

No entanto, o homem ainda não é capaz de prever todas as conseqüências que uma criação sua podem gerar quando inserida na natureza. Embora busque a eliminação completa dos riscos, este continua sendo uma ameaça constante em todas as áreas do conhecimento.

A nanotecnologia e a nanociência são exemplos de que o homem de fato superou a sua condição de criatura. Por meio delas é possível manipular átomos e moléculas e dar origem a novos produtos e processos nunca vistos anteriormente.

Máquinas programáveis, medicamentos eficientes, materiais mais resistentes e mais baratos que tornarão a vida mais fácil e prática. Isto é o que a nanotecnologia promete. Mas estes são apenas alguns dos aspectos. Assim como qualquer inovação tecnológica, nesta seara também existem riscos e incertezas. Os estudos com relação aos aspectos negativos do desenvolvimento desta tecnologia ainda são escassos, mas já apontam que a introdução na natureza

¹Advogada. Especialista em Direito Agrário e Ambiental pela Universidade Federal de Viçosa (MG). Mestranda em Direito pela UERJ. E-mail: depaulamarlene@yahoo.com.br



de produtos por ela desconhecidos, oferecem riscos ao meio ambiente e à vida no planeta.

Este trabalho pretende analisar a nanotecnologia e a nanociência pela ótica das implicações éticas, sociais e jurídicas. Para tanto serão invocados princípios orientadores do Ordenamento Jurídico pátrio no sentido de se demonstrar que o progresso técnico-científico deve ocorrer, mas de forma segura, com precauções e que a possibilidade de ganho econômico jamais pode servir de argumento para justificar a degradação do meio ambiente e o comprometimento da qualidade de vida das gerações presentes e futuras.

A relevância do tema encontra-se no fato de estes produtos estarem sendo livremente comercializados, sem que os seus rótulos informem a sociedade a respeito de suas características e isto em função da falta de regulamentação e de discussão que visem abordar o tema por outro aspecto que não o econômico.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE NANOTECNOLOGIA E NANOCIÊNCIA

Nanômetro (nm) é uma unidade de medida que corresponde à bilionésima (10^{-9}) parte do metro. É tipicamente o tamanho de uma molécula pequena. Para que se tenha uma idéia, os átomos têm dimensões de aproximadamente 0,1 a 0,4 nm. Já um vírus pode ter de 10 a 100 nm.² É algo muito difícil de imaginar. Mesmo cientistas que trabalham com átomos todos os dias, precisam de muita prática e imaginação para se familiarizarem com quantidades tão pequenas. Segundo eles, grosso modo, é como se considerássemos uma praia começando em Salvador, na Bahia, e indo até Natal, no Rio Grande do Norte. As dimensões de um grão de areia desta praia estariam para o comprimento da praia, como o nanômetro está para o metro.³

O ano de referência para o nascimento da nanociência e da nanotecnologia é o de 1959, ano em que no dia 29 de dezembro, no CalTech, Califórnia, o físico Richard Feynman proferiu, na Reunião Anual da American Physical Society, a palestra “There’s plenty of room at the bottom” (“Há mais espaços lá embaixo”). Feynman anunciava ser possível condensar, na cabeça de um alfinete, as páginas dos vinte e quatro volumes da Enciclopédia Britânica para, desse modo, afirmar que muitas descobertas se fariam com a fabricação de materiais em escala atômica e molecular. Para isso todo um novo instrumental miniaturizado seria necessário para realizar essa “nanomanipulação” própria dessa nova ordem de produção industrial. 4

Contudo, só nos anos 80 o visionarismo de Feynman começou a encontrar condições de apoio econômico e de investimento científico e tecnológico para começar a tornar-se realidade. Desde então, os estudos vêm se desenvolvendo com sistemática regularidade e os governos de diferentes países têm incluído as nanociências e as nanotecnologias na agenda de prioridades de seus investimentos, sendo que em 1997, um conjunto de países, incluindo alguns da Europa Ocidental, os EUA e o Japão, já havia investido perto de 500 milhões de dólares em programas na área.⁵

Hoje as maiores potências mundiais possuem importantes centros que têm a nano-

²RATTNER, Henrique. *Nanotecnologia – Para melhor ou para pior*. Revista Espaço Acadêmico, n. 41, outubro de 2004.

³SILVA, Cylon Gonçalves da. *O que é nanotecnologia?* Disponível em <http://www.comciencia.br/reportagens/nanotecnologia/nano10.htm>.

⁴VOGOT, Carlos. *Admirável Nano - Mundo – Novo*. Disponível em <http://www.comciencia.br/reportagens/nanotecnologia/nano01.htm>

⁵Idem.

ciência e a nanotecnologia como prioridades de seus programas de pesquisa e de desenvolvimento.

O objetivo da nanotecnologia, seguindo a proposta de Feynman, é o de criar novos materiais e desenvolver novos produtos e processos baseados na crescente capacidade da tecnologia moderna de ver e manipular átomos e moléculas. Nanotecnologia não é, portanto, uma tecnologia específica, mas todo um conjunto de técnicas, baseadas na Física, na Química, na Biologia, na ciência e Engenharia de Materiais, e na Computação, que visam estender a capacidade humana de manipular a matéria até os limites do átomo.⁶ As aplicações possíveis incluem: aumentar espetacularmente a capacidade de armazenamento e processamento de dados dos computadores; criar novos mecanismos para entrega de medicamentos, mais seguros e menos prejudiciais ao paciente do que os disponíveis hoje; criar materiais mais leves e mais resistentes do que metais e plásticos, para prédios, automóveis, aviões; e muito mais inovações em desenvolvimento ou que ainda não foram sequer imaginadas. Economia de energia, proteção ao meio ambiente, menor uso de matérias primas escassas, são possibilidades muito concretas dos desenvolvimentos em nanotecnologia que estão ocorrendo hoje e podem ser antevistos.⁷

O Brasil, que tem aumentado os investimentos no setor, dispõe da melhor infraestrutura em nanociência e nanotecnologia da América Latina, segundo dados do Ministério da Ciência e Tecnologia.⁸ A “língua eletrônica”, na verdade um sensor polimérico, composto por membranas com nanosensores que permitem diferenciar os sabores básicos como doce, azedo, salgado e amargo, foi desenvolvida na Empresa Brasileira de Pesquisas Agropecuárias (Embrapa) e já está sendo utilizada na indústrias de fármacos, vinhos e cafês.⁹

Outros projetos em nanotecnologia já mostram a aplicabilidade possível dos conhecimentos produzidos pelas nanociências, no Brasil. É o caso do projeto para a criação de nanoímãs que poderão ter papel importante nos programas de despoluição de águas por vazamento de petróleo.¹⁰

Já há empresas que trabalham com perspectivas de nos próximos dez anos estarem produzindo artefatos para os mais diversos campos de aplicação, que vão, potencialmente, desde a indústria de construção, de alimentos, de fármacos, de informática, de editoração, de armamento, até aplicações na medicina, na ecologia, nas tecnologias aeroespaciais, nas artes e nos programas de inteligência artificial.

Considerada a quinta Revolução Industrial, a nanotecnologia possibilita a fabricação de produtos com características diferenciadas ao modificar a composição dos átomos dos materiais. Mas, apesar das esperanças de que esse conhecimento possa gerar conseqüências positivas para a qualidade da vida em sociedade e para a qualidade de suas relações com o meio ambiente, esse maravilhoso mundo tecnológico está apenas se desenhando. Aqui, como em outras grandes transformações científicas e tecnológicas, o sentimento também é de medo pelo que a manipulação do átomo para fins industriais possa trazer à natureza e à vida no planeta.

⁶SILVA, Cylon Gonçalves da. *O que é nanotecnologia?*

⁷*Idem.*

⁸www.mct.gov.br.

⁹CABRAL, Daniele Trindade. *Nanotecnologia e sua Aplicação Contemporânea*. Disponível em www.espacoacademico.com.br.

¹⁰VOGOT, Carlos. *Admirável Nano - Mundo - Novo*.

Embora a nanotecnologia, neste limiar do século XXI, esteja sendo aclamada como uma nova revolução tecnológica é necessário cautela. Não se trata de querer parar o desenvolvimento da nanotecnologia, mas é preciso levantar algumas questões fundamentais sobre suas relações com a equidade social e a qualidade do meio ambiente. Impõe-se, portanto, um processo de avaliação baseado no Princípio de Precaução, Informação e Participação, mesmo porque as diretrizes existentes referentes à produção, consumo e fiscalização de alimentos, drogas e cosméticos, bem como as condições de segurança nos locais de trabalho e para o meio ambiente em geral ainda são insuficientes.

3. O DIREITO DE SER INFORMADO ATÉ OS LIMITES DO ÁTOMO

Sem dúvida, as inovações de maior impacto, nas últimas décadas, foram derivadas da introdução da microeletrônica. Não falta literatura sobre os aspectos econômicos e técnicos de computadores e microprocessadores e de suas inúmeras aplicações em praticamente todos os setores das atividades humanas. As consequências sociais, contudo, não têm merecido a mesma atenção dos pesquisadores e os recursos alocados para incentivar pesquisas e análises críticas sempre foram, e continuam sendo, escassos.¹¹

Embora a mídia e as grandes indústrias preocupem-se em divulgar os mais fantásticos resultados decorrentes dos avanços da tecnologia, os aspectos negativos como a degradação ambiental, o risco dos produtos, o desemprego e as más condições de trabalho são comumente omitidos.

De acordo com o Princípio da Precaução, elevado à categoria de regra de direito internacional ao ser incluído na Declaração do Rio como resultado da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – ECO 92, a falta de certeza absoluta não deverá ser utilizada para postergar a adoção de medidas eficazes para prevenir a degradação ambiental.¹²

O estado atual da pesquisa científica e tecnológica não permite afirmar se e até que ponto as nanopartículas ou produtos delas derivados representam uma real ameaça. Apesar disso, existem numerosos produtos e partículas em circulação, sem que tenha havido uma avaliação prévia de seus riscos. Produtores e comerciantes não estão preocupados se os seus produtos representam potenciais riscos ao meio ambiente ou aos cidadãos.

Um levantamento sumário nas publicações que circulam sobre nanotecnologia aponta para os seguintes produtos e serviços que já estariam no mercado:¹³

- Tecidos resistentes a manchas e que não amassam;
- Raquetes e bolas de tênis;
- Capeamento de vidros e aplicações antierosão a metais;
- Filtros de proteção solar;
- Material para proteção (“screening”) contra raios ultravioleta;
- Tratamento tópico de herpes e fungos;
- Pó antibactéria;

¹¹RATTNER, Henrique. *Nanotecnologia – Para melhor ou para pior*.

¹²RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. *Aspectos Jurídicos da Biossegurança no Brasil*. In: Princípio da Precaução, VARELLA, Marcelo Dias e PLATIAU, Ana Flávia Barros (org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 101.

¹³RATTNER, Henrique. *Nanotecnologia – Para melhor ou para pior*.

- Diversas aplicações na medicina como cateteres, válvulas cardíacas, marca-passo, implantes ortopédicos;
- Produtos para limpar materiais tóxicos;
- Produtos cosméticos;
- Sistemas de filtração do ar e da água.

Diante dos benefícios que a nanotecnologia garante – de melhores produtos a cura para doenças - os riscos associados à introdução de novas tecnologias estão sendo deixados em segundo plano.

Evidente que não se quer certeza absoluta. Essa não existe na natureza, na ciência ou no direito. Mas se existe dúvida a respeito da possibilidade de ocorrência de dano, então as medidas de precaução devem ser tomadas. Esta é a inovação do Princípio da Precaução: a dúvida científica não dispensa a precaução.¹⁴ O Princípio da Precaução traz, antes de tudo, uma exigência de cálculo precoce dos potenciais perigos para a saúde ou para a atividade de cada um, quando o essencial ainda não surgiu.

De acordo com estudos já realizados, há indicações de que nanopartículas são quimicamente mais reativas e, por isso, potencialmente mais tóxicas.

Segundo informações disponíveis, a utilização da nanotecnologia gera a produção de resíduos não intencionados (partículas liberadas por combustão) e nanopartículas “livres” que penetram o corpo humano e sedimentando-se em alguns órgãos. As nanopartículas entram no corpo humano via aparelhos digestivo, respiratório ou pela derme. Uma vez no organismo, as nanopartículas deslocam por órgãos e tecidos distantes do ponto de entrada e podem transpor as barreiras da circulação do sangue, entrar no cérebro e criar riscos para a saúde (como, exemplo, os vapores de polímeros que causam danos aos pulmões).¹⁵

Ainda é bastante incipiente a discussão sobre os aspectos negativos da nanotecnologia no meio ambiente. Porém, numa reunião realizada na US Environmental Protection Agency (EPA), órgão do governo dos Estados Unidos para a proteção do meio ambiente, pesquisadores relataram que foram encontradas nanopartículas no fígado de animais usados em pesquisas. Segundo a EPA, elas podem vazar em células vivas e, talvez, entrar na cadeia alimentar através de bactérias.¹⁶

Os cientistas reclamam também que o uso comercial do carbono em escala nanométrica não possui regulamentações, ou um corpo de leis para supervisionar essa nova tecnologia. Mesmo sem esse cuidado, empresas já estão produzindo toneladas de nanomateriais para que sejam usados como catalisadores, em cosméticos, tintas, revestimentos e tecidos.

Outro agravante apontado pelos pesquisadores é o fato de que alguns materiais são compostos familiares que nunca foram comercializados, enquanto outros materiais são produzidos a partir de elementos atômicamente modificados que não existem na natureza, do que se conclui que seus efeitos negativos são ainda desconhecidos.

Hipóteses levantadas sobre as características inéditas da nanotecnologia e que exigiriam medidas de controle e de responsabilidade redobradas, apontam para a INVISIBILIDA-

¹⁴MACHADO, Paulo Affonso Leme, Direito Ambiental Brasileiro, 10 ed., São Paulo : Malheiros, 2002, p. 62..

¹⁵RATTNER, Henrique. *Nanotecnologia – Para melhor ou para pior*.

¹⁶Vantagens e riscos da nanotecnologia ao meio ambiente . Disponível em <http://www.comciencia.br/reportagens/nanotecnologia/nano04.htm>



DE e suas implicações para atividades secretas e bélicas; a MICRO-LOCOMOÇÃO e suas potencialidades para invadir ou superar barreiras, muros e outros obstáculos, inclusive a pele humana e a AUTO-REPLICAÇÃO – o aspecto mais problemático e perigoso que evoca o espectro do “aprendiz feiticeiro”. Essas três características colocam em evidência os desafios de monitoramento, apropriação e propriedade e o controle social da tecnologia.¹⁷

Face à mobilidade das nanopartículas no meio ambiente durante o ciclo de vida e a exposição de seres humanos às mesmas, algumas medidas fazem-se necessárias como a realização de testes de toxicologia, desenvolvimento de instrumentos de medição e métodos de avaliação padronizados, colocação de rótulos contendo as devidas informações, etc.

Os riscos inerentes à introdução de novas tecnologias exigem ainda um diálogo constante com a sociedade civil. De acordo com o Princípio da Informação, também presente na Declaração do Rio de Janeiro/92, cada pessoa tem o direito de ser informado e consultado sobre planos, decisões e atividades suscetíveis de afetar ao mesmo tempo o ambiente e a saúde. A informação visa, acima de tudo, dar condições à pessoa informada de posicionar-se a respeito do assunto. Estando claramente informada a sociedade pode pronunciar-se e participar das decisões que afetam seus interesses.

O progresso científico e tecnológico é desejável, mas é necessário zelar pela saúde da população e pelo equilíbrio do meio ambiente. Inovações tecnológicas devem ser não somente tecnicamente possíveis, mas também ambiental e biologicamente seguras, economicamente vantajosas, socialmente benéficas e eticamente aceitáveis.

Segundo o professor Singer, vinculado ao centro de bioética da universidade de Toronto, “a ética e a ciência estão em rota de colisão.” Ao passarmos da ciência de ficção para a realidade, afirma ele, surge um confronto similar ao proveniente da questão dos organismos modificados geneticamente.¹⁸

De acordo com Singer, para evitar que se repita o que aconteceu com a biotecnologia, deve ser realizado um debate público urgente sobre os benefícios e riscos desta nova tecnologia. Ele afirma:

“A despesa com a nanotecnologia se multiplicou muito nos últimos cinco anos, mas as deliberações éticas e discussões públicas estão esquecidas. Enquanto aumenta a distância entre a ciência e a ética surge um enorme risco indiretamente público. Por exemplo, utilizando-se a nanotecnologia na segurança podem ser produzidos aparelhos de rastreamento e detecção com apenas pequenas moléculas, o que permite introduzi-los facilmente no corpo humano e de forma não-detectável”.¹⁹

Assim, percebe-se que não apenas o aspecto legal deve ser observado, mas também os limites éticos. Como compatibilizar o direito à privacidade com a possibilidade concreta de controlar alguém que está sob vigilância, como um prisioneiro, por exemplo, com a simples inserção de um chip em seu corpo?

Ainda existe a idéia da ciência como produtora de uma verdade única. A maioria dos cientistas que trabalha com a matemática, com a física, com a engenharia, pensa a ciência

¹⁷RATTNER, Henrique. *Nanotecnologia – Para melhor ou para pior*.

¹⁸Rejeição pública ameaça nanotecnologia, disponível em <http://noticias.terra.com.br/ciencia/interna/0,,OI87331-EI300,00.html>, Sexta, 14 de fevereiro de 2003.

¹⁹Rejeição pública ameaça nanotecnologia, disponível em <http://noticias.terra.com.br/ciencia/interna/>, 14 de fevereiro de 2003.

como a busca por uma verdade pontual, a busca pela resposta a certas perguntas. Mas cabe aos cientistas sociais a busca e o resgate dos valores éticos e sociais.

A nanotecnologia poderá trazer o enriquecimento das nações. Mas de que nações? E a que custo? Se as grandes potências globais já contam com anos de pesquisa nesta área, ao passo que outros países ainda desconhecem esta tecnologia, então, as desigualdades entre os países ricos e os pobres não estão sendo ampliadas? O que será das cidades pólos têxteis brasileiras quando os nanotecnológicos tecidos chineses, que não precisam ser passados ou até lavados, chegarem ao Brasil?

Sabe-se que no Brasil, a maior parte dos mestres e doutores encontra-se nas Universidades. Lá realizam pesquisas, testes, experimentos, desenvolvem produtos e processos, que em pouco tempo são transferidos para grandes empresas transnacionais que passam a auferir lucro produzindo e comercializando produtos a partir da tecnologia aqui desenvolvida, mas por elas aprimoradas. O atual sistema de patentes conduz a isto: uma inovação vai superando a outra, e ao final, ganha quem tem mais dinheiro para investir em tecnologia.

Na busca desenfreada pelo lucro, tenta-se esconder os efeitos negativos trazidos pelo desenvolvimento de uma nova tecnologia, pois se estes efeitos forem divulgados poderá haver uma oposição à produção destes ou até uma rejeição ao consumo dos mesmos. No entanto, dessa forma, vários direitos são desrespeitados como o direito à informação, à participação, ao tratamento com dignidade. A sociedade precisa ser informada a respeito de todos os aspectos para que possa exercer seu direito de escolha, fiscalizar atividades que representem risco, responsabilizar o causador do dano, se este advier e o Estado é responsável por garantir o respeito a tais direitos.

De acordo com o artigo 225 da Constituição da República impõem-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente. O artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor garante ao consumidor o direito de proteção à vida, saúde, segurança, o direito à informação clara e adequada, a liberdade de escolha. Apesar disso, nota-se um fechar d'olhos do Poder Público toda vez que a questão envolve interesses econômicos de importantes corporações. Foi assim em relação aos produtos geneticamente modificados, está sendo assim em relação aos produtos nanotecnológicos. A professora Patrícia Aurélia Del Nero afirma: “na fase atual, o econômico guia e até mesmo absorve o político.”²⁰

Certamente a solução não é parar o desenvolvimento e perder o bonde da história, nem é isto que se deseja. Mas, tanto no plano interno quanto no plano internacional, aquele que se propõe a desenvolver um novo produto ou processo e auferir lucro com a colocação do mesmo no mercado deve arcar com os custos e com a responsabilidade da precaução e o Estado deve estar atento para exigir e fiscalizar a tomada destes cuidados.

Pelo Princípio do Poluidor-Pagador, disposto no artigo 4º, VII da Lei 6.938, de 31.8.1981, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, o utilizador dos recursos naturais com fins econômicos deve arcar com os custos de sua atividade. Segundo Paulo Affonso Leme Machado: “o poluidor que usa gratuitamente o meio ambiente para nele lançar poluentes invade a propriedade pessoal dos outros que não poluem, confiscando o direito de propriedade alheia.”²¹

²⁰DEL NERO, Patrícia Aurélia. Humanismo Latino: o estado brasileiro e as patentes biotecnológicas. In: Humanismo Latino e estado no Brasil. MEZZAROBBA, Orides (org.), Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003, p.301.

²¹MACHADO, Paulo Affonso Leme, *op. Cit.*, p. 50.

Na União Européia a preocupação com o meio ambiente, com os consumidores e como os trabalhadores permeiam as discussões a respeito da nanotecnologia. No Parlamento Europeu já existem propostas de resoluções para que até 2009 haja regulamentações a respeito da necessidade de serem realizados testes em ambientes controlados antes de as nanopartículas serem libertadas no meio ambiente, da necessidade de os consumidores serem informados a respeito de todas as características dos produtos através de seus rótulos, da importância de o público ser envolvido nestas discussões.

Nota-se que os países membros da União Européia desejam avançar e assumir posição de liderança mundial no que se refere à nanotecnologia, mas não a qualquer custo. Diferentemente do que ocorre na China e no Japão, os países europeus reconhecem que além das metas econômicas é necessário atentar para metas sociais e ambientais. Além disso, estes países estão se desenvolvendo de maneira conjunta. As oportunidades trazidas por esta nova ciência estão sendo interpretadas como uma forma de o grupo se desenvolver e se fortalecer. A mentalidade de desenvolvimento sustentável e de forma coletiva aponta para a grande probabilidade de, em pouco tempo, estes países obterem destaque no cenário global.

No Brasil, o assunto ainda é discutido quase exclusivamente pelo seu viés econômico. Considerações a respeito dos aspectos éticos, sociais e ambientais ainda são incipientes. Existem programas governamentais de incentivo ao desenvolvimento da nanociência e da nanotecnologia, mas todos visando o aumento da competitividade da indústria nacional. Sabe-se que produtos nanotecnológicos já estão sendo aqui desenvolvidos, fabricados, comercializados e consumidos e a sociedade sequer tem conhecimento de quais são estes produtos e que conseqüências o consumo dos mesmos pode trazer. O Estado brasileiro, embora tenha conhecimento das incertezas e dos riscos, mantém-se omissivo e mais preocupado com as oportunidades. Não existe legislação específica sobre a matéria, que é tratada basicamente por resoluções.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As sociedades contemporâneas não se caracterizam somente pela capacidade de produção de riquezas, mas também pelos riscos que produzem através de seus sistemas produtivo e científico. Desta maneira, as pessoas hoje estão expostas a riscos de toda natureza – sociais, sanitários, tecnológicos, ecológicos - ligados à modernização da sociedade. É a chamada sociedade de risco.

Faz parte das aspirações humanas desenvolver e aprimorar tudo o que está sobre a Terra, de modo que isto possa tornar a vida mais prática e fácil. A nanotecnologia representa uma forma de o homem alcançar muitas destas aspirações. Por esta ciência, a partir de um rearranjo de átomos, é possível alcançar os mais impressionantes resultados, que chegam a confundirem-se com a magia.

No entanto, nesta seara assim como em qualquer outra área do conhecimento o desenvolvimento de algo nunca antes visto pode representar riscos e trazer incertezas.

Estudos mostram que o desenvolvimento de produtos nanotecnológicos e a introdução destes na natureza, têm como conseqüência a liberação de resíduos não intencionados capazes de causar dano ao meio ambiente e até à vida humana.

Afora isto, outras discussões de caráter ético e jurídico, como o direito da sociedade de ser informada das características dos produtos e dos possíveis riscos que eles representam

e a obrigação do Poder Público de zelar pela vida digna e pelo equilíbrio ambiental também permeiam esta matéria.

O Brasil tem se destacado no desenvolvimento de pesquisas e projetos neste setor. No entanto, até o momento, poucas abordagens têm sido feitas quanto a outros aspectos que não o econômico. Por enquanto, com amparo no argumento de que o assunto ainda não sofreu regulamentação, os produtos estão sendo produzidos e comercializados sem que os rótulos informem qualquer característica a respeito dos processos ou partículas utilizadas na fabricação dos mesmos, o que retira da sociedade o direito de realizar uma escolha consciente.

Apesar disso, regras e princípios adotados pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, como o Princípio da Precaução, da Informação, da Participação, do Poluidor-pagador, permitem concluir que não se trata de um tema pertencente somente ao mundo da tecnologia, ao qual a legislação não alcança e onde tudo é permitido. Os cuidados em relação ao meio ambiente e à vida segura fazem parte dos aspectos que devem ser analisados quando se realiza uma atividade econômica, seja no plano nacional ou internacional.

A idéia de que evitar por prudência é um exagero e obstaculiza o desenvolvimento não pode ser acolhida, se existem indícios de danos à saúde e ao meio ambiente.

Se vivemos em uma sociedade de riscos é preciso então questionarmos: risco para quem? Qual é o risco que as empresas produtoras correm? O risco de perder o investimento? No caso do homem e do meio ambiente os riscos são maiores e muitas vezes irreparáveis.

Mais uma vez é necessário ressaltar: não se trata de querer evitar o progresso. O que se quer é que o assunto seja tratado como de interesse social. Que o Poder Público tome conhecimento do problema, estabeleça uma legislação, fiscalize o cumprimento das normas e exija que a sociedade seja informada.

Mesmo na sociedade de riscos, na qual as necessidades do homem obrigam que se recorra aos avanços tecnológicos que, por sua vez, geram riscos, as pessoas precisam estar informadas para decidirem se querem correr este risco.

Embora o desenvolvimento tecnológico e conseqüentemente econômico seja necessário e desejável, ele não pode vir desacompanhado das preocupações éticas, sociais e jurídicas. Observar o equilíbrio ambiental e o bem-estar da sociedade é essencial para progredir.

5. RESUMÉ

TITRE: IMPLICATIONS ÉTHIQUES, SOCIALES ET JURIDIQUES DE LA NANOTECHNOLOGIE E DE LA NANOSCIENCE

Cet article analyse les implications éthiques, sociales et juridiques de la nanotechnologie et de la nanoscience. L'objectif de l'étude est de remarquer que le progrès scientifique est désirable, mais doit être accompagné des préoccupations sur la société et sur l'environnement. Devant l'insuffisance de dispositions législatives sur tel sujet, les principes du droit national et international seront invoqués pour montrer que la société a le droit d'être bien et clairement informée et que le Pouvoir Public a l'obligation d'exiger et de contrôler la prise de précautions dans le processus de développement d'une activité économique.

MOTS CLEF: nanotechnologie, précaution, société, environnement.

6. REFERÊNCIAS

- BRASIL, Código de Defesa do Consumidor, Brasília: Ministério da Justiça, 2003.
- BRASIL, Congresso Nacional. Lei n. Lei 6.938, de 31.8.1981 - Lei da Política Nacional do Meio Ambiente. Brasília, 1981.
- BRASIL, Constituição Federal, ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- CABRAL, Daniele Trindade. Nanotecnologia e sua Aplicação Contemporânea. Disponível em www.espacoacademico.com.br.
- DEL NERO, Patrícia Aurélia. Humanismo Latino: o estado brasileiro e as patentes biotecnológicas. In: Humanismo Latino e estado no Brasil. MEZZAROBBA, Ordes (org.), Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme, Direito Ambiental Brasileiro, 10 ed., São Paulo : Malheiros, 2002.
- RATTNER, Henrique. Nanotecnologia – Para melhor ou para pior. Revista Espaço Acadêmico, n. 41, outubro de 2004.
- Rejeição pública ameaça nanotecnologia, disponível em <http://noticias.terra.com.br/ciencia/interna/0,,OI87331-EI300,00.html>, Sexta, 14 de fevereiro de 2003.
- RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. Aspectos Jurídicos da Biossegurança no Brasil. In Princípio da Precaução, VARELLA, Marcelo Dias e PLATIAU, Ana Flávia Barros (org.), Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SILVA, Cylon Gonçalves da . O que é nanotecnologia? Disponível em <http://www.comciencia.br/reportagens/nanotecnologia/nano10.htm>.
- Vantagens e riscos da nanotecnologia ao meio ambiente . Disponível em <http://www.comciencia.br/reportagens/nanotecnologia/nano04.htm>
- VOGOT, Carlos. Admirável Nano - Mundo – Novo. Disponível em <http://www.comciencia.br/reportagens/nanotecnologia/nano01.htm>
<http://www.mct.gov.br>.



OBSERVAÇÕES SOBRE A IM(P)UNIDADE PENAL NOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

Cláudio da Silva Leiria¹

RESUMO

No presente artigo, defende-se que as imunidades previstas no artigo 181 do Código Penal não são absolutas, mas dependem de representação, sob pena de entendimento contrário ferir o princípio da igualdade de todos perante a lei e os direitos fundamentais à propriedade e segurança.

Palavras-chaves: Crimes patrimoniais. Imunidades. Segurança. Propriedade. Ação.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Da necessidade de uma nova interpretação do artigo 181 do Código Penal – 2.1 Colisão de direitos fundamentais – 2.2 Do direito fundamental à segurança e à propriedade – 2.3 Lei Maria da Penha e imunidades penais – 3. A objeção ideológica – 4. Breves conclusões – 5. *Abstract* – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

“Na história da sociedade há um ponto de fadiga e enfraquecimento doentios em que ela até toma partido pelo que a prejudica, pelo criminoso, e o faz a sério e honestamente” (F. Nietzsche, Para além do bem e do mal).

Prescreve o artigo 181 do Código Penal que é isento de pena quem comete delitos contra o patrimônio em prejuízo do cônjuge, na constância da sociedade conjugal (inciso I) e de ascendentes ou descendentes, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, civil ou natural (inciso II).

Já nos incisos I, II e III do artigo 182 do Diploma Repressivo é previsto que somente se procede mediante representação se os crimes contra o patrimônio forem praticados em detrimento de cônjuge desquitado ou judicialmente separado; de irmão, legítimo e ilegítimo; de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.

Não se aplica o disposto nos dois artigos acima citados se o crime é de roubo ou extorsão, ou, em geral, quando haja o emprego de grave ameaça ou violência à pessoa; ao estranho que participa do crime; se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 anos, conforme dispõem os incisos I, II e III do artigo 183 do Código Penal.

No presente artigo, pretende-se demonstrar que a norma veiculada no artigo 181, inciso I, do Código Penal, deve ser relativizada, pois, dentre outros motivos, sua ‘interpretação tradicional’ (literal) fere o princípio constitucional da isonomia, além de servir de fomento à impunidade.

¹ Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: claudiobleiria@hotmail.com

2. DA NECESSIDADE DE NOVA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 181 DO CÓDIGO PENAL

Refere NUCCI que

imunidade é um privilégio de natureza pessoal, desfrutado por alguém em razão do cargo ou da função exercida, bem como por conta de alguma condição ou circunstância de caráter pessoal. No âmbito penal, trata-se (art. 181) de uma escusa absolutória, condição negativa de punibilidade ou causa pessoal de exclusão da pena. Assim, por razões de política criminal, levando em conta motivos de ordem utilitária e baseando-se nas circunstâncias de existirem laços familiares ou afetivos entre os envolvidos, o legislador houve por bem afastar a punibilidade de determinadas pessoas”.

O citado autor prossegue afirmando que

Ensina Nélson Hungria que a razão dessa imunidade nasceu, no direito romano, fundado na co-propriedade familiar. Posteriormente, vieram outros argumentos: a) evitar a cizânia entre os membros da família; b) proteger a intimidade familiar; c) não dar cabo do prestígio auferido pela família. Um furto, por exemplo, ocorrido no seio familiar deve ser absorvido pelos próprios cônjuges ou parentes, afastando-se escândalos lesivos à sua honorabilidade (Comentários ao Código Penal, v. 7, p. 324).

No entanto, o legislador não poderia, pura e simplesmente, face ao princípio de que todos são iguais perante a lei, blindar contra a ação persecutória do Estado o agente que pratica crimes patrimoniais em prejuízo de seus ascendentes, descendentes e cônjuges.

Está-se, vez mais, diante do problema de colisão de direitos fundamentais. De um lado, o direito fundamental à segurança e à propriedade de que a vítima é titular; de outro, o direito do réu a uma imunidade penal, qual seja, não ver-se processado pelo Estado por uma conduta ilícita.

2.1 Colisão de direitos fundamentais

É pacífico na doutrina e na jurisprudência que os direitos fundamentais não são intocáveis e absolutos. Como o homem vive em sociedade, estando em contato permanente com seu semelhante - que também goza de direitos e garantias -, natural que surjam situações de conflitos e choques entre esses direitos.

Tem-se colisão ou conflito de direitos sempre que a Constituição proteja, ao mesmo tempo, dois valores ou bens que estejam em contradição em um caso concreto.

Conforme CANOTILHO, uma colisão autêntica de direitos fundamentais ocorre quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular.

E, no âmbito penal, não se pode ter visão monocular do Direito. Os interesses da sociedade também devem ser tutelados. Importante relembrar a lição do Supremo Tribunal Federal: **“A lei deve ser interpretada não somente à vista dos legítimos interesses do réu, mas dos altos interesses da sociedade, baseados na tranqüilidade e segurança social”**.²

² RHC 63.673-0-SP, DJU 20.06.1986, p. 10.929.

O princípio da proporcionalidade tem dupla face: se de um lado há a proibição de excesso, para conter o arbítrio do Estado, de outro existe a proibição da proteção deficiente aos que têm seus direitos fundamentais violados.

2.2 Do direito fundamental à segurança e à propriedade

Toda pessoa que se encontre no território do país tem direito à segurança e à propriedade, cabendo ao poder público promover este direito, garantindo à população o direito de ir e vir, de se estabelecer com tranquilidade, de ter sua intimidade preservada, sem que seu patrimônio, integridade física, moral ou psicológica sejam colocados em risco.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, datada de 1948, no seu artigo 3, prescreve que “todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” No art. 8 há a previsão de que **todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhes sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei**. E, por fim, prescreve o artigo 17, itens 1 e 2, da referida Declaração:

“I – Todo homem tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.

“II – Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.”

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (o famoso ‘Pacto de São José da Costa Rica’), no seu artigo 7º assegura que ‘toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais’.

A Constituição Brasileira garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito *à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade* – **art. 5º, ‘caput’**.

É absolutamente necessário que os operadores do Direito passem a enxergar que não somente o indivíduo tem direitos, mas que a coletividade pacata e ordeira precisa de ordem e segurança para levar em paz sua vida. O contrato social precisa ser protegido. O Estado tem sua razão maior de ser na proteção do todo, e não somente da parte. Invoca-se ensinamento de SAMPAIO DÓRIA (grifos não constantes do original):

*Em verdade, o Estado, que o homem organiza, se destina ao bem do homem, e não à sua desgraça. Ninguém constrói, por exemplo, uma estrada de ferro para ser esmagado por um desastre. Nem mesmo para servi-la. Mas para se servir dela. Da mesma forma, não é para ser anulado que o homem organiza o Estado. As sociedades se formam em função dos indivíduos, e para eles. **E, nas sociedades, a organização política, ou Estado, surge, mas é para garantir, igualmente, a cada um a liberdade, isto é, fazer, ou deixar de fazer, o que generalizado, não destrua, nem prejudique a vida social. Nunca para suprimir aos homens a dignidade da existência***³.

A solução que se alvitra para o conflito de direitos fundamentais é fazer interpretação condicionando à representação as situações previstas nos incisos do art. 181 do Código Penal.

³ DÓRIA, A. Sampaio. Direito Constitucional, 5ª edição, vol. I, Tomo I, São Paulo: Max Limonad, 1962, p. 244.

Muitos são os motivos pelos quais se deve considerar condicionada à representação a ação penal nos crimes contra o patrimônio em que são vítimas as pessoas referidas no artigo 181 do Código Penal.

Em **primeiro** lugar, face ao princípio da igualdade, o patrimônio dessas vítimas não é menos digno de proteção do que o das demais pessoas.

A Constituição brasileira, no ‘caput’ do art. 5º, prescreve que **todos são iguais perante a lei**, garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à **propriedade**.

A interpretação literal do art. 181 do CP gera teratóide: **cidadãos de segunda classe, cujo patrimônio não teria a proteção penal**. E lembre-se que o patrimônio é protegido pela Constituição e pelo Pacto de São José da Costa Rica.

A **igualdade perante a lei penal** exige que a mesma lei penal, com as sanções correspondentes, seja aplicada a todos quantos pratiquem o fato típico nela descrito.

Ao tratar sobre o tema ‘inconstitucionalidade’, JOSÉ AFONSO DA SILVA ensina que

A outra forma de inconstitucionalidade revela-se em se impor obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupos de pessoas, discriminando-as em face de outros na mesma situação que, assim, permanecem em condições mais favoráveis. O ato é inconstitucional por fazer discriminação não autorizada entre pessoas em situação de igualdade⁴.

Se a Constituição Federal de um lado impõe limites ao legislador ordinário na escolha dos bens jurídicos a serem tutelados pelo direito penal, de outro impõe a obrigação de incriminar a ofensa de certos bens jurídicos e determina a exclusão de certos benefícios.

Ao dispor que ‘a lei punirá **qualquer** discriminação atentatória aos **direitos e liberdades fundamentais**’ (art. 5º, inciso XLI), a Constituição está protegendo a propriedade (direito fundamental), e via de consequência, impedindo que de forma absoluta o legislador penal prescreva imunidades no que diz respeito aos crimes contra o patrimônio praticados pelas pessoas referidas no artigo 181 do Código Penal. Configura-se um direito constitucional a não ser discriminado em função dos direitos fundamentais.

Não pode o legislador infraconstitucional simplesmente negar proteção penal a bens jurídicos de primazia e fundamentalidade, como a propriedade, face a ataques repulsivos, como os delitos de furto, estelionato, apropriação indébita, abuso de incapazes, etc.

Na esteira do ensinamento de LUCIANO FELDENS,

Passamos a perceber, pois, uma situação de intrínseca conexão entre o dever de prestação normativa em matéria penal e o tema da prospecção objetiva dos direitos fundamentais, haja vista a exigência que se impõe ao Estado de protegê-los....Por essa razão, e tal como reconhecido por penalistas de primeira grandeza, a problematização em torno dos mandados constitucionais de criminalização deve partir de bases normativo-constitucionalistas⁵.

⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, p. 208.

⁵ A Constituição Penal – A dupla face da proporcionalidade no controle das leis penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 73.

Em **segundo**, a *meta optata* do artigo 181 do Código Penal é acobertar a intimidade familiar, protegê-la de escândalos perante terceiros. No entanto, há outras formas de se fazer isso e ainda assim dar proteção ao patrimônio das vítimas.

Isso poderia ser facilmente obtido determinando-se o segredo de justiça para o inquérito policial ou processo judicial criminal envolvendo as partes elencadas no art. 181 do CP. Preservada ficaria a honorabilidade da família (enquanto instituição) e de seus membros (no particular).

Em **terceiro**, em muitas situações, a vítima não tem qualquer sentimento de amor ou afeto pelo agente que lhe causou um desfalque patrimonial. Nem é preciso mencionar que são inúmeros os casamentos ‘de ‘fachada’, em que os cônjuges não nutrem o menor sentimento de amor um pelo outro, ou de pais que até odeiam seus filhos.

Nesses casos, que motivo racional haveria para tornar os autores dos ilícitos imunes a uma persecução penal?

Frise-se ainda que a família modificou-se radicalmente. Novos padrões de comportamento são adotados. Na década de 40, quando o Código Penal entrou em vigor, o Brasil ainda era uma sociedade agrária e patriarcal. A religião, especialmente a católica, era de enorme influência. Os sentimentos de unidade e de honra de uma família eram bem mais acentuados do que nos tempos atuais. A matriarca apenas cuidava dos filhos e dos afazeres domésticos. O dinheiro da família era guardado em cofres ou debaixo do colchão. O divórcio sequer existia.

Importante destacar que na seara infracional, o Tribunal de Justiça de São Paulo improveu recurso de adolescente contra a sentença que lhe aplicou a medida socioeducativa de internação porque subtraiu vários objetos de seus pais com o intuito de comprar substâncias entorpecentes. **No julgamento, os Desembargadores entenderam que os atos infracionais praticados foram mais danosos ao grupo familiar do que a preservação da instituição familiar.**

Em **quarto**, como consequência do ponto anterior, mencione-se que a vítima pode ter interesse em futura ação indenizatória, na esteira do que dispõe o art. 63 do CPP⁶, para o que será de enorme utilidade o trânsito em julgado de uma sentença condenatória na órbita criminal.

Em **quinto**, a imunidade prevista no artigo 181 do CP quebra a coerência interna do sistema jurídico. Ora, um crime no seio familiar seria sempre grave, independentemente do bem jurídico afetado. Então, qual a lógica de permitir a imunidade para os crimes patrimoniais quando ela não se aplica a delitos que afetam outros bens jurídicos? Por que conceder imunidade para delitos com maior quantitativo de pena e negá-la para delitos menos graves?

É de bom alvitre salientar que o Código Penal capitula como agravante o crime cometido contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, nos termos do seu artigo 61, inciso II, ‘e’. E assim sendo, os **delitos não-patrimoniais** cometidos contra as pessoas referidas no art. 181 do CP também não prejudicariam o ‘bom nome da família? Não semeariam a cizânia?

⁶ Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Não se pode olvidar, também, que a imunidade penal prevista no artigo 181 do CP é fator criminógeno, pois sabendo que não poderá haver a persecução penal pelo Estado, o indivíduo não se intimidará em realizar a conduta ilícita.

Para a pobre vítima, restaria apenas uma ação indenizatória contra o agente. Mas qualquer um que tenha os pés na realidade sabe a crise que atravessa a execução: muitos bens não são penhoráveis, o agente via de regra não terá bens para pagar o devido, o escamoteamento de bens é de fácil realização (venda do bem, colocação do bem em nome de terceiros, ocultamento de bens, etc).

Deve-se, sempre, portanto, deixar ao crivo do familiar ou cônjuge lesado a decisão de possibilitar a deflagração da ação penal. É a única forma de manter-se o equilíbrio entre os direitos da vítima e do acusado.

O Parlamento parece estar atento para a questão. Visando corrigir a absurda situação consagrada pelo art. 181 do Código Penal, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 3.764/2004, de autoria do Deputado Coronel Alves, prevendo a revogação desse artigo e dando nova redação ao artigo 182, nos seguintes termos:

Art. 1º. Esta lei revoga o art. 181 e dá nova redação ao art. 182 do Código Penal Brasileiro.

Art. 2º. Fica revogado o artigo 181 do Decreto-lei n.º 2848, de 7 de dezembro de 1940.

Art. 3º. O art. 182 do Decreto-lei 2848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 182.....

I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal ou judicialmente separado;

II – de ascendente, descendente e colateral até o 3º grau.

Na justificativa do Projeto de lei, o parlamentar argumenta:

Para melhor adequar o texto à realidade brasileira e não beneficiar o parente que praticou a infração contra a própria família, entendemos que a melhor hipótese seria a revogação do art. 181, pois traz a isenção de pena, quando o mais correto deve ser a representação, deixando para a família a decisão da responsabilidade penal ou não.

Assim, este projeto visa aperfeiçoar o texto e ampliar a ação familiar na correção dos atos delituosos, dentro do espírito das penas alternativas.

2.3. Lei Maria da Penha e Imunidades Penais

Com o advento da Lei Maria da Penha, tende a se formar um consenso doutrinário de que as imunidades penais entre cônjuges e parentes não teriam mais aplicabilidade quando se tratar de violência patrimonial contra a mulher, nos termos do artigo 5º, incisos I a III, c/c

o artigo 7º, inciso IV, da Lei n.º 11.340/06)⁷.

Nesse diapasão é o entendimento da doutra Desembargadora gaúcha Maria Berenice Dias, *verbis*:

A partir da vigência da Lei Maria da Pena, o varão que ‘subtrair’ objetos da sua mulher pratica violência patrimonial (art. 7º., IV). Diante da nova definição de violência doméstica, que compreende a violência patrimonial, quando a vítima é mulher e mantém com o autor da infração vínculo de natureza familiar, não se aplicam as imunidades absoluta ou relativa dos arts. 181 e 182 do Código Penal. Não mais chancelando o furto nas relações afetivas, cabe o processo e a condenação, sujeitando-se o réu ao agravamento da pena (CP, art. 61, II, f)⁸.

A interpretação acima é a única que se afina com o espírito da lei de garantir a proteção à mulher. Entender que as imunidades do artigo 181 do Código Penal prevalecem sobre o disposto no artigo 7º, inciso IV, da Lei Maria da Pena, seria tornar o último dispositivo mero ornamento legal e propiciar a continuidade das subtrações patrimoniais contra a mulher nas esferas familiar e residencial.

No mínimo, há de se entender pela derrogação dos artigos 181 e 182 do Código Penal face ao disposto no artigo 2º, 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil – a lei posterior revoga a anterior quando com ela incompatível.

3. A OBJEÇÃO IDEOLÓGICA

Com certeza, as posições externadas no presente artigo atrairão os protestos dos autodesignados ‘penalistas modernos’, que, escandalizados, focarão suas críticas no fato de que direitos dos acusados, expressos legislativamente, não poderiam ser suprimidos na ‘via interpretativa’.

Na dogmática ‘garantista’, o Direito Penal existe tão-somente para a proteção daquele que seus adeptos denominam ‘o mais débil’ (o acusado) diante do Leviatã (O Estado).

Nessa visão estreita e unilateral do fenômeno jurídico, o Direito Penal tem como única finalidade proteger o acusado da fúria punitiva do Estado.

Só não percebeu o ‘garantista’, ‘neto retardatário do Iluminismo’, que na realidade

⁷ Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

(...)

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I, II, III – (omissis)

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

⁸ A Lei Maria da Pena na justiça, RT, pp. 88-89.

brasileira o débil na relação penal é o Estado (depauperado, sem condições de equipar sua polícia e o Poder Judiciário, ou dar vida digna aos seus cidadãos), enquanto o Leviatã é o criminoso, cada vez mais ousado, organizado e bem armado. Isso é mais uma prova do equívoco que é transplantar-se doutrinas alienígenas para aplicação em solo pátrio, sem qualquer observância das realidades locais.

Na linha de pensamento ‘garantista’, conforme as necessidades de proteção do ‘mais débil’, ora a legalidade se flexibiliza (concedendo-se direitos sem previsão legal), ora torna-se uma muralha intransponível (restringindo-se interpretações desfavoráveis ao acusado).

Essa cegueira ideológica, no entanto, não se harmoniza com a Constituição brasileira, que deve ser a bússola na interpretação do Direito. Pode-se dizer que se extrai do sistema constitucional o mandamento de criminalizar os delitos patrimoniais praticados pelos agentes elencados no artigo 181 do Código Penal.

O ‘garantista’ constrói sobre areia movediça, ao interpretar o Código Penal e a Constituição com olho de Polifemo: ‘só o delinqüente tem direitos’.

Ora, análise ponderada da Constituição revela, como não poderia deixar de ser, que ela faz o justo equilíbrio entre a proteção dos direitos individuais do acusado e a defesa da sociedade (individual x coletivo). Pode-se dizer com todas as letras que a Constituição Federal não acolheu o comando normativo estampado no artigo 181 do CP.

A não ser assim, o Direito Penal chancelaria situações teratológicas e afrontosas aos mais elementares sentimentos de justiça, como, por exemplo, não punir o agente que lesa patrimonialmente a mãe com 59 anos de idade, cega e analfabeta; ou então, isentar de pena o agente relacionado no art. 181 do CP pela prática do grave delito de abuso de incapaz débil mental.

Como já referido neste texto, se de um lado o Estado não pode usar de arbítrio contra o cidadão, excedendo-se no rigor punitivo (proibição de excesso), também não pode pecar pela proteção deficiente à coletividade na seara penal.

E é justamente a tarefa do aplicador do direito encontrar o ponto de equilíbrio entre direitos do acusado e os direitos da sociedade, não permitindo o aniquilamento de uma espécie por outra. Não existem ‘modelos’ de interpretação pré-definidos, sujeitando-se o intérprete, também, às variáveis sociais.

No Brasil, infelizmente, os operadores do Direito que se intitulam ‘garantistas’ (termo que usurparam) cingem-se a criar doutrinas pró-delinqüentes, esquecendo que as vítimas também têm direitos, o que faz lembrar as agudas palavras de VOLNEY CORRÊA JÚNIOR⁹:

Todos os séculos registram surtos espasmódicos de contracultura e anticivilização. Neste fim de século, a revivescência cínica em voga é a bandidolatria. Cegos à dramática situação da população atormentada por assaltantes e surdos aos gemidos das vítimas, insensatos há que se propõem a identificar no ladrão-assaltante uma auréola robin-hoodiana: ele, a seu modo e em última instância, estaria a promover redistribuição de renda...Seria cômico, se não fosse trágico.

Humanismo sadio é o que se volta para o trabalhador pacato: para a faxineira e para a lavadeira (que não delinqüem); para o balconista e para o ascensorista

⁹ Crime e Castigo – Reflexões Politicamente Incorretas. Campinas: Millennium Editora, 2002, p. 90.

(que não delinqüem); para o metroviário e para o bancário (que não delinqüem); para o rurícola, cujo único crime é suplicar um pedaço de terra; para o funileiro, o carpinteiro, o operário em construção (que não delinqüem); para todos quantos se vêem submetidos a formas espoliativas de trabalho, abrigam-se em sub-habitações, alimentam-se precariamente, vestem-se mal, afligem-se em corredores de hospitais deficientes (e não delinqüem, não delinqüem, não delinqüem, porque mansos de espírito, puros, dotados de boa índole).

Falso e hipócrita humanismo é o que prodigaliza benesses aos que estupram, seqüestram, matam e roubam.”

4. BREVES CONCLUSÕES

1. A imunidade prevista no artigo 181 do Código Penal, tal como posta, é inconstitucional, pois: a) fere o princípio da igualdade, já que o patrimônio da vítima naquelas hipóteses é tão digno de proteção quanto o de qualquer cidadão; b) a proteção à intimidade familiar, buscada pelo instituto, pode ser alcançada por outros meios, tal como a decretação de sigilo no procedimento investigatório; c) muitas vezes não há vínculos afetivos a proteger entre autor e vítima; d) a vítima pode ter interesse na condenação do culpado para exercer a ação *ex delicto*; e) há uma quebra de coerência interna do sistema penal, já que a imunidade não é aplicada para outros delitos cometidos pelos agentes relacionados no art. 181 do CP, inclusive para os com menor quantitativo de pena.

2. Ainda, a imunidade positivada no artigo 181 do Código Penal estimula a impunidade, pois sabendo de antemão que não poderá ser perseguido penalmente, o simples temor de sofrer uma ação indenizatória, de difícil execução posterior, não intimidará o agente.

3. Contra as pessoas elencadas no artigo 181 do CP pode haver a deflagração de ação penal, mas condicionada à representação da vítima.

4. A Lei 11.340/06 (“Maria da Penha”) derogou tacitamente o artigo 181 do Código Penal, fazendo com que as imunidades penais entre cônjuges e parentes não tenham mais aplicabilidade quando se tratar de violência patrimonial contra a mulher (artigo 5º, incisos I a III, c/c o artigo 7º, inciso IV).

5. O Direito Penal não pode ser visto somente sob a ótica dos direitos do acusado (visão monocular), devendo sua interpretação levar em consideração os interesses da vítima, pois o princípio da proporcionalidade é uma via dupla: de um lado, contém o arbítrio do Estado, de outro proíbe proteção deficiente ao lesado em seus direitos fundamentais.

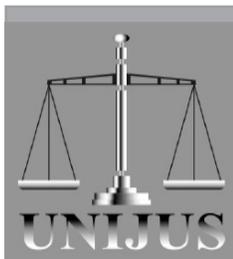
5. ABSTRACT:

In the present article, it is defended that the immunities foreseen in article 181 of the Criminal Code are not absolute, but depend on representation, duly warned contrary agreement to wound the principle of the equality of all before the basic law and rights to the property and security.

Keywords: *Larcenies. Immunities. Security. Property. Action.*

6. REFERÊNCIAS

- DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça. Editora RT, 2007.
- DÓRIA, A. Sampaio. Direito Constitucional, 5ª edição, vol. I, Tomo I, São Paulo: Max Limonad, 1962.
- FELDENS, Luciano. A Constituição Penal – A dupla face da proporcionalidade no controle das leis penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.
- JÚNIOR, Volney Corrêa Leite de Moraes. Crime e Castigo – Reflexões Politicamente Incorretas. Campinas: Millennium Editora, 2002.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores.



PRIVACIDADE E INTERNET: ALGUNS ASPECTOS DA REPARAÇÃO CIVIL

Zilda Mara Consalter¹

RESUMO

Estuda as possibilidades de afronta à privacidade dos usuários da *Internet* na busca de elementos adequados a viabilizar a indenização. Investiga a legislação e doutrina pátria e alienígena sobre o tema, além dos bancos de jurisprudência nacional, sendo as principais constatações: a) muitas são as maneiras de se causar prejuízos imateriais às pessoas através da Rede; b) a normatização estrangeira é adiantada em detrimento da nacional acerca do assunto, que esta somente o faz de forma pontual e não abrangente, cabendo aos Magistrados a colmatação das lacunas legais quando da análise desse tipo de caso concreto; d) a tecnologia de informação cria riscos à privacidade humana, mas também traz consigo soluções que previnem e amparam o aparato legal visando à proteção dos ofendidos, identificação dos ofensores e a reparação do patrimônio moral daqueles. Então, percebe-se que somente haverá efetividade e segurança nessas relações jurídicas – bem como da sua escurteira utilização como meio de comunicação – quando houver um efetivo conjunto legal que o limite e regule.

Palavras-chave: Privacidade. *Internet*. Indenização. Dano moral.

SUMÁRIO

1. Introdução – 2. Reparação civil e danos à privacidade via *Internet*: haverá limites? – 3. Das espécies de mecanismos causadores de danos aos usuários da *Web* – 3.1 Os *pop ups* – 3.2 Os *spams* – 3.3 Os *cookies* – 3.4 Os *trojans* – 3.5 Os redirecionadores de *sites* – 3.6 Os rastreadores de *e-mails* – 3.7 Os *sites* de relacionamento ou de divulgação de imagens – 4. Quem tem o dever de reparar – 4.1 Os provedores de acesso à *Internet* – 4.2 Os provedores de serviços da *Internet* – 4.3 Os *hackers* ou *crackers* – 5. A tecnologia como instrumento de proteção da privacidade – 6. Considerações finais – 7. *Abstract* – 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Em sua gênese, a comunicação entre os homens era somente oral. Depois vieram os grunhidos, gritos, a expressão corporal e o gesto, e, finalmente, veio a palavra.

Muitos séculos após, foram criadas as primeiras representações gráficas, a transposição de imagens, a música, os símbolos e a escrita, sendo esta a forma de comunicação utilizada por muitos séculos até a década de noventa, com a explosão da Rede Mundial de

¹ Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina-Pr. Ex-professora de Direito Civil da Universidade Estadual de Maringá. Professora das disciplinas de Direito Civil e Metodologia da Pesquisa Jurídica da Universidade Estadual de Ponta Grossa-UEPG, e da disciplina de Direito Obrigacional da pós-graduação em Advocacia Cível da Fundação Getúlio Vargas, unidade Ponta Grossa-Pr. Líder do Grupo de Pesquisa em Direito Obrigacional - <http://dgp.cnpq.br/buscaoperacional/detalhespesq.jsp?pesq=5471268018863867>.

Computadores – conhecida como *Internet*.

E, diante deste acontecimento, vem surgindo uma imensa preocupação no campo do direito à privacidade das pessoas, que têm sofrido alguns abalos causados via *Web*.

Esse assunto comporta dúplice análise: por um lado, informações e figuras que se encontram em algum *site* da *Internet* estão sujeitas aos inúmeros tipos de violação e a sua má utilização pelos usuários, podendo ensejar ofensa à privacidade daqueles que têm sua imagem e dados publicados via Rede. E, de outro lado, sendo este o foco da pesquisa, aquele anônimo usuário da *Web*, que igualmente poderá ter sua privacidade ofendida através de meios e métodos hoje existentes.

Neste último aspecto, pode-se investir de forma tão veemente na esfera privada das pessoas através da *Internet*, a ponto de se ter acesso a dados pessoais, números de identificação de documentos, endereços e senhas sem autorização por parte daquele que passa a estar sujeito a ataques de qualquer natureza.

Deste panorama até chegar-se a um ideal de fiscalização e punição – bem como de reparação nos moldes civis – será uma longa jornada que só a Ciência do Direito poderá mapear... e à frente de tantas dúvidas e diante de uma encruzilhada infinita de opções, há, necessariamente, que haver uma análise e aprofundada meditação sobre o assunto.

2. REPARAÇÃO CIVIL E DANOS À PRIVACIDADE VIA INTERNET: HAVERÁ LIMITES?

A verdade é que a vida em comunidade ainda não encontrou nada mais perfeito para embasar a tábua axiológica da responsabilidade civil que a máxima romana *neminem laedere*, traduzida livremente para o vernáculo como dever geral de não lesar ninguém.

Esta expressão fundamenta tanto os limites impostos pela moral e bons costumes quanto pelo próprio Direito, objetivando sempre uma convivência saudável e harmônica dentro do contexto social.

O que não pode ser deslembado é que, genericamente, a responsabilidade civil implica “violação de dever jurídico, através da prática do ato ilícito, e a ocorrência, é importante frisar, do correlato dano, material ou moral”², e que, desde que percebida uma ligação entre causa e efeito entre esses aspectos e não haja excludentes, surge o dever de indenizar, objetivando-se, dentro do possível, restabelecer o equilíbrio material e imaterial do ofendido.

Neste contexto, jamais poderá ser esquecido o quesito culpa, vez que esta qualifica o ato ilícito, conforme os ensinamentos de AGUIAR DIAS³, complementado por CAVALIERI FILHO⁴:

Não basta a imputabilidade do agente para que o ato lhe possa ser imputado. A responsabilidade subjetiva é assim chamada porque exige, ainda, o elemento culpa. A conduta culposa do agente erige-se, como assinalado, em pressuposto principal da obrigação de indenizar. Importa dizer que nem todo comportamento do agente será apto a gerar o dever de indenizar, mas somente aquele que estiver revestido de certas características previstas na ordem jurídica. A vítima de um dano só poderá

² PEREIRA, Ricardo Alcântara. *Ligeiras Considerações sobre a Responsabilidade Civil na Internet*. São Paulo: Edipro, 2001, p. 373.

³ AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 10^o. ed., v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 108.

⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 19.

pleitear ressarcimento de alguém se conseguir provar que esse alguém agiu com culpa; caso contrário, terá que conformar-se com a sua má sorte e sozinha suportar o prejuízo. Vem daí a observação: ‘a irresponsabilidade é a regra, a responsabilidade a exceção’ (De Page).

No âmbito da *Internet*, muitos danos podem ser causados aos seus usuários, atingindo o patrimônio material e o imaterial dessas pessoas: na **esfera patrimonial**, sites de compra e venda de produtos de qualquer natureza podem ser veículos para inúmeros mecanismos que possam atingir os direitos de personalidade, afrontados pelos efeitos nefastos dos *spams*, *cookies*, *trojans* etc.

Quanto aos **danos imateriais**, surge uma dúplice faceta a ser analisada: a privacidade aviltada em virtude de notícias, fotomontagens por meio de sites de relacionamento ou de vídeos; a invasão de privacidade e má utilização de dados pessoais, dentre outros meios de inserir na navegação daquele que utiliza a *Internet*, tendo como exemplos as propagandas não solicitadas, a visualização de páginas não desejadas, inserção de programas que causam danos no *hardware* ou no *software*, ou que violam a segurança dos computadores.

E, especialmente quanto à privacidade, primeiro círculo concêntrico da Teoria dos Círculos Concêntricos da Esfera da Vida Privada de HENKEL⁵, trata-se da parte mais exte-rnável da vida de alguém, donde se tiram as primeiras conclusões, geralmente baseadas na aparência de que muito se pode ofender e afrontar, mormente na esfera mais visível do caráter de um ser humano, como visto através da exemplificação acima efetuada.

Nos dizeres de ALVES DA FROTA⁶, trata-se essa esfera da

Extremidade da vida particular mais perceptível ao observador externo e menos reveladora da personalidade de cada um, serve de palco à faceta material da esfera privada e às relações interpessoais perfunctórias, ilustradas pelas amizades circunscritas ao coleguismo. Nesta seara perfilam quer noções ligeiras sobre a rotina diária do indivíduo, quer os dados indicativos do seu patrimônio.

E, nesse cenário, não se pode olvidar que as noções e conceitos de tempo e espaço precisam ser revistas por qualquer pessoa após o seu contato com a Rede mundial de computadores: pessoas em locais mais remotos e distantes entre si conseguem comunicar-se instantaneamente, efetuar negócios, participar de conferências, congressos, cursos, assistir a espetáculos, enfim...

Também não se deve deixar de apreciar a questão sob o prisma de que tanto quanto vantagens, o instituto trouxe inúmeras outras formas de praticar condutas danosas. E prejuízos esses que jamais poderiam ser cogitados em outra esfera temporal ou por outro meio que não a própria *Web*.

O fato é que a *Internet* é só um instrumento, eis que os danos são os mesmos como quando perpetrados através de jornal, revista, televisão ou rádio. O seu agente complicador é

⁵ HENKEL, Heinrich. Apud 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, p. 254.

⁶ FROTA, Hidemberg Alves da. A Proteção da Vida Privada, da Intimidade e do Segredo no Direito Brasileiro e Comparado. **Revista UNIJUS**, Uberaba-MG, V. 9, n. 11, p. 79- 108, nov. 2006, p. 82.

o alcance e a amplitude das relações geradas e efetuadas através da Rede.

O que vale ressaltar é que, ao que tudo indica, a responsabilidade civil aplicada a relações advindas ou criadas através da *Internet* deve receber substancialmente a mesma abordagem da teoria geral da responsabilidade civil contemporânea.

Daí afirmar-se que a responsabilidade civil por dano causado através da Rede é exatamente a mesma que para qualquer outro prejuízo, desde que se apreciem, respeitem e considerem as suas diferentes noções e dimensões completamente *sui generis* na quantificação do dano, que ganha proporções incontáveis e incontroláveis.

3. DAS ESPÉCIES DE MECANISMOS CAUSADORES DE DANOS AOS USUÁRIOS DA WEB

Como afirmado, muitas são as modalidades e métodos utilizados por usuários da *Internet* que causam danos à privacidade tanto de outros usuários quanto dos que possuem notoriedade e estão expostos através da Rede.

Diante da abrangência destes danos, impende tecer algumas considerações a essas formas utilizadas pelos causadores de prejuízos sob um dos dois aspectos já citados (do ponto de vista de quem sofre dano por estar exposto **na Web**, e daquele que tem a sua privacidade afrontada em razão do que efetivamente recebe em seu computador **através da Internet**), sendo o foco do estudo os que sofrem danos por intermédio do uso da Rede.

Diante de tal condição – instrumental, repita-se – da *Internet*, ela propriamente dita não merece aprofundado parecer, mas, sim, as formas em que se materializam os danos e o que o nosso ordenamento jurídico já dispõe para tutelar a privacidade de quem se utiliza de computadores, seja a trabalho, lazer, pesquisa, entre outras possibilidades que a Rede propicia.

Aquele que se utiliza da Rede Mundial de Computadores – seja como instrumento de trabalho, de lazer, de informação ou de comunicação –, vulgarmente conhecido e chamado de “internauta”, pode ser vítima de uma série bastante numerosa de ataques à sua privacidade, variando estas das mais graves às menos prejudiciais, a saber:

3.1 Os *pop ups*

Sem dúvida, a Rede é um dos mais eficazes meios de comunicação e mídia da atualidade. E, como veículo de informação, nas mensagens e *home pages* sempre há que haver a correspondência com a verdade e fidelidade de conteúdos.

A informação compreende duas facetas: a liberdade de informar e a liberdade de ser informado. Assim, deve ela apresentar-se em conformidade com a realidade, pena de cometimento de abuso, que é conduta sujeita a sanções penais, civis e administrativas. Não é diferente quando o abuso é cometido via *Internet*.

A Constituição Federal assegura o livre exercício do pensamento e da informação, em contrapartida instituiu sanções pelo uso abusivo desses direitos. Tal se dá especificamente no artigo 5º, incisos IV e V⁷, em que se consagra a liberdade de pensamento e de informação, mas também instituem-se sanções pelo seu uso abusivo, veda-se o anonimato e assegura-se o direito de resposta proporcional ao agravo sem prejuízo da indenização por danos materiais,

⁷ “Art. 5º [...] IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”

morais e à imagem.

Na legislação ordinária, o Código Penal, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Imprensa⁸ regulamentam também a atividade comunicacional e impõem saudáveis limites a ela, de modo a não causar danos ao público alvo, nem à ordem pública e aos bons costumes.

Ocorre que muitas vezes aquele que se utiliza da Rede se vê assediado – sem que tenha solicitado.

Na área da publicidade e comunicação, sempre que o usuário da *Internet* visualiza uma determinada página num *site*, o *pop-up* é uma janela independente que se abre automaticamente sobre parte da página selecionada⁹. Ela é inserida pelo autor do *site* (a pedido, ou muitas vezes até pago por isto), causando grande impacto e sendo capaz de desviar a atenção daquele que visita alguma página para a janela que se abre sobre aquela primeira página, redirecionando o seu interesse inicial.

Por enquanto, podem ser encontrados dois tipos de veiculação para os *pop ups*: um, na página principal, quando o *pop-up* é destinado para toda a audiência do *site*; e outro, nas outras páginas subsidiárias ou secundárias do *site* principal.

Não é despidendo lembrar que o *pop-up* é sempre veiculado para todos os interessados nas referidas páginas, sem que estes tenham solicitado a abertura daquela janela. Ela se abre automaticamente, e por vezes permanece no monitor depois que o *site* hospedeiro é fechado, somente desaparecendo do monitor se fechada também.

A esse tipo de situação é freqüentemente submetido o internauta, eis que as janelas *pop up* subitamente aparecem quando há a seleção de uma opção com o *mouse* ou quando é pressionada uma tecla de função qualquer.

Somente *pop ups* muito especiais são acionados quando um item do *site* principal é selecionado e pressionada a tecla *enter* ou através de comandos de voz. Geralmente essas janelas surgem com a movimentação do *mouse* ou então quando pressionada determinada tecla.

O *pop up*, via de regra, possui tamanho menor de janela que a chamada janela principal, podendo ficar em qualquer local da tela, aberto sobre esta última e impedindo a sua visualização total.

Geralmente o *pop up* contém um menu de comandos e fica na tela até o usuário selecionar o comando de seu fechamento (usualmente um “x” no canto direito superior da tela principal ou da janela). Uma vez acionada a referida tecla de finalização, o *pop up* desaparece do monitor.

⁸ Lei 8.078/90 e Lei 5.250/67.

⁹ Essa prática é mais bem explicada pelos norte americanos, que a adotam com maior incidência em *Sites* de qualquer natureza, e está em franca difusão em páginas nacionais: “A pop-up is a graphical user interface (GUI) display area, usually a small window, that suddenly appears (‘pops up’) in the foreground of the visual interface. Pop-ups can be initiated by a single or double *Mouse* click or rollover (sometimes called a *Mouseover*), and also possibly by voice command or can simply be timed to occur. A pop-up window must be smaller than the background window or interface; otherwise, it’s a replacement interface. On the World Wide *Web*, *JavaScript* (and less commonly *Java applets*) are used to create interactive effects including pop-up and full overlay windows. A menu or taskbar pulldown can be considered a form of pop-up. So can the little message box you get when you move your *Mouse* over taskbars in many PC applications.” (Disponível em <http://www.whatis.com/definition/0%2C%2Csid9_gci212806%2C00.html> acesso em 30 ago. 2004).

O grande diferencial do *pop up* é o de que este tipo de veiculação – muito utilizada para propaganda – jamais é solicitado e, caso não tenha interesse no produto veiculado, o usuário poderá fechar as janelas *pop up* sem maiores prejuízos.

É salutar lembrar que não trazem os *pop ups* vírus de qualquer natureza. Têm eles cunho publicitário ou indutor a algum assunto, visando o acesso do usuário.

O problema maior surge em duas situações: quando o número de janelas acionadas torna praticamente impossível a visualização do *site* desejado, eis que tornam a atividade do computador muito lenta; ou quando as janelas que se abrem têm conteúdo impróprio, como as que veiculam pornografia, violência, terrorismo, racismo e outros assuntos.

Nestes dois casos a privacidade do usuário da *Internet* sofre afronta, porque poderá ficar submetido a situações vexatórias ou então ver-se impedido de analisar o contido em determinada página de seu interesse. E tudo isto sem que tenha solicitado tal inserção em sua pesquisa (e muitas vezes pagando por isso, eis que a maioria dos usuários contrata um provedor de acesso).

3.2 Os *spams*

Na mesma seara da propaganda não solicitada, outra forma, bem mais conhecida de todos, é o chamado *spam*¹⁰.

O *spam* “é a mensagem eletrônica publicitária não solicitada”, no pragmático conceito de DRUMMOND¹¹. Isto significa que, mesmo que o usuário do computador e da Rede não tenha efetuado qualquer tipo de pedido ou solicitação, uma mensagem qualquer será enviada ao seu correio eletrônico e ele terá a possibilidade ou não de tomar ciência do seu teor.

Há que se ressaltar que esse teor é geralmente publicitário, com fins comerciais, não causando danos nos dados ou informações contidos no computador que recebe o *spam*:

O ‘spam’ é uma comunicação. Uma comunicação que não fora solicitada pelo usuário de uma determinada conta de correio eletrônico. Ou seja, ainda que não tenha feito qualquer tipo de pedido ou solicitação, uma mensagem qualquer irá ser enviada ao correio eletrônico de um usuário da *Internet* e este terá a possibilidade ou não de tomar conhecimento de seu teor¹².

E o *spammer* tem o único objetivo de dar conhecimento de seus serviços ou produtos, disponibilizando-os aos que utilizam a *Web*.

O primeiro dano que se vislumbra é aquele que afronta o direito do usuário de não ter a sua privacidade aviltada pelo envio de propaganda não solicitada.

O segundo ponto a considerar-se é o de que, se todos resolvessem adotar essa prática, os computadores – e a *Internet* em geral – ficariam sem condições de atividade, porque, pela facilidade e rapidez, criar-se-ia um verdadeiro congestionamento virtual, impossibilitando o seu uso para qualquer outro fim.

¹⁰ O nome originou-se da obra audiovisual dos artistas do grupo inglês *Monthy Python*, em uma cena em que se representava um garçom que, perguntado sobre o cardápio, respondia sempre o nome do prato mais o termo *Spam*. É claro que o cliente não tinha interesse no *Spam*, o que, aliás, não significava nada, mas era sempre oferecido. (N. da A.).

¹¹ DRUMMOND, Victor. *Op. cit.*, p. 107.

¹² DRUMMOND, Victor. *Op. cit.*, p. 108.

O terceiro aspecto é: quantidade excessiva de memória dos computadores desperdiçada com esses materiais enviados; perda de tempo na sua leitura até concluir-se pela inutilidade; perda de capacidade técnica do computador, porque alguns *spams* são muito “pesados” em virtude de conterem figuras, sons etc.

O quarto fator relevante é o referente ao acesso ao endereço do usuário e a forma como ele é conseguido. Isso tem gerado muita polêmica e, de fato, algumas empresas têm-se especializado exatamente nas chamadas *mailing lists*, que consistem no fornecimento de listas de endereços de *e-mails*, conforme o perfil do seu portador, faixa etária, grau de instrução, dentre outras qualificadoras.

Quanto a este aspecto particular, admoesta MONTENEGRO¹³:

Registra-se diariamente pela Rede uma enorme expedição de mensagens publicitárias relativas a televidas. [...] frequentemente a mensagem publicitária foi preparada em cima de uma informação pessoal, cuja divulgação não era de interesse do seu titular. Já salientamos alhures que os dados pessoais dos usuários da *Internet* possuem significante valor mercadológico, pois as informações pessoais identificáveis (*Personally Identifiable Information* – PII) servem de base para criação ou soerguimento de grandes empreendimentos empresariais. Em suma, esses dossiês contando dados pessoais dos usuários são usados e vendidos sem a sua autorização.

De fato, a posição que vem se firmado é a de que os *e-mails* enviados sem a autorização ou sem o pedido do usuário violam a sua intimidade, advogando-se em favor de uma certa tolerância da circulação de *e-mails* em nome da liberdade de expressão dentro da Rede (desde que sem abusividade ou prejuízos). O Projeto de Lei no. 2.186 de 2003 prevê, inclusive em rol disposto em um de seus artigos¹⁴, quais seriam as circunstâncias em que seria admitido o envio de *spams*.

Esse ponto de vista se agrava quando surge a consideração de que o próprio usuário da *Internet* é que paga pelo uso de seu *e-mail*, pagando indiretamente para receber uma propaganda que não solicitou.

ALCÂNTARA PEREIRA¹⁵ é um dos difusores desta tese:

Já o *spam*, é uma espécie de *junk mail*, um lixo virtual, generalizado, com objetivos comerciais, ou não, abarcando propagando, ‘correntes’, manifestações políticas, etc, caracterizando uma prática invasiva, que merece ser analisada no âmbito da responsabilidade civil, até porque, o primeiro aspecto, que chama a atenção, reside no fato de que o *spam*, ao contrário de uma correspondência convencional, recebida pelo correio, implica em gastos financeiros por parte do usuário, que paga a tarifa telefônica e o tempo de acesso para baixá-lo da sua caixa postal virtual.

¹³ MONTENEGRO. Antonio Lindberg. *Op.cit.*, p. 43.

¹⁴ PL no. 2.186/2003. “Art. 3º Será admitido o envio de mensagem não solicitada nas seguintes condições: I – a mensagem poderá ser enviada um única vez, sendo vedada a repetição, a qualquer título, sem o prévio consentimento pelo destinatário; II – a mensagem deverá conter, no primeiro parágrafo e na identificação do assunto, identificação clara de que se trata de mensagem não solicitada; III – o texto da mensagem conterá identificação do assunto, identificação clara de que se trata de mensagem não solicitada; IV – será oferecido um procedimento simples para que o destinatário opte por receber outras mensagens da mesma da mesma origem ou de teor similar.”

¹⁵ ALCÂNTARA PEREIRA. Ricardo. **Ligeiras Considerações sobre a Responsabilidade Civil na Internet**. In: BLUM. Renato Ópice. (Coord.). **Direito Eletrônico**. Bauru: Edipro, 2001. P.371-416.

Por derradeiro, considere-se que, havendo a perturbação da tranqüilidade pessoal do internauta destinatário do *spam* e, desta forma, ferindo-se as bases que estruturam e suportam a dignidade humana, é permitido concluir que o *spamming* é prática ilícita e passível de gerar reparação às suas vítimas¹⁶, desde que analisado o caso com bom senso e dentro do que se considera viável ou permitido dentro das práticas da *Web*.

3.3 Os *cookies*

Outro meio pelo qual a privacidade do usuário da *Internet* pode ser atacada ocorre através dos chamados *cookies*. Trata-se de um método usado para obter informações dos possuidores de correio eletrônico, bem como de navegadores de *sites* da *Internet*. De fato, esse programa fica guardado no computador do usuário e, à primeira vista, não lhe causa danos evidentes como os vírus ou *trojans*, por exemplo.

São eles definidos por GONÇALVES¹⁷ como “[...] pequenos arquivos de texto inseridos no computador do usuário com a finalidade principal de identificar usuários e possivelmente preparar páginas, informações e ofertas personalizadas para eles”.

Os dados e informações do usuário são gravados nos *cookies* do *site* visitado e passam a ser monitorados e alimentados pela própria utilização da Rede por aquele que, cada vez que visita determinado endereço, tem essa informação enviada e armazenada no *cookie*. E, ao final de um período, no *cookie* está armazenado um dossiê sobre as preferências do utilizador daquele determinado computador, que é identificado por um número de protocolo, chamado na linguagem computacional de *Ip*¹⁸.

Assim, todas as vezes que aquele acessar novamente a mesma página, o servidor identificá-lo-á e poderá enviar a abertura com o seu nome, com notícias que lhe chamem a atenção e com anúncios de produtos que despertem o seu interesse. E tudo isso é feito com base no arquivo dos dados fornecidos de início.

Os *cookies* dão aos *sites* informações sobre o internauta, mesmo que este não tenha se disposto a preencher formulário. Através do rastreamento da navegação, o *cookie* cruza informações e forma essa espécie de cadastro do usuário.

Vistos desta forma, os *cookies* parecem inofensivos, mas podem tornar-se uma ameaça à privacidade daquele que se utiliza da *Internet*.

Esses programas trazem problemas de três espécies, como a coleta, o armazenamento e a utilização de dados ou de informações do que se utiliza de um determinado PC.

Quanto à coleta, tem-se que, a rigor, não seria uma atividade ilícita por parte do *site*

¹⁶ Idéia defendida por, dentre outros, MORAES E SILVA NETO. Amaro. *Spam: Abuso de Direito ou Ilícito Civil?* In: KAMINSKI. Omar (Coord.). *Internet Legal – O Direito na Tecnologia da Informação*. Curitiba: Juruá, 2003, p.189-191.

¹⁷ GONÇALVES. Sérgio Ricardo Marques. *O Comércio Eletrônico e suas Implicações Jurídicas*. Bauru: Edipro, 2001, p. 245.

¹⁸ *Ip* (*Internet protocol*) é o número que um computador ligado à Rede possui para comunicar-se com os outros computadores. Ele identifica o computador na *Internet* como um número de RG identifica as pessoas físicas. Também o provedor de acesso de um computador atribui um *Ip* para cada usuário cadastrado seu, como se fosse o número de uma cota de clube para os associados. Assim, quando se envia ou se recebe um *e-mail* ou se digita um endereço de *site*, há um registro desta atividade e pode-se mapeá-la através do *Ip* do computador pessoal do usuário. (N. da A.).

“hospedeiro” do *cookie*.

No que pertine ao armazenamento, enquanto estiverem os dados somente guardados pelo programa *cookie*, não haverá problema, mas se esse *site* for utilizado por um *cracker*, poderão aquelas informações ser mal utilizadas ou até fornecidas a interessados, e aí, sim, haverá danos à privacidade do internauta. Por outro lado, se os dados armazenados forem repassados pelo *site* a terceiros, na forma de *mailling lists*, ou seja, recebendo valores pelo fornecimento da lista, também estará ocorrendo prejuízo à intimidade do usuário da *Internet*, que sequer imagina estarem seus dados e informações pessoais sendo motivo de comercialização e quiçá de especulação comercial ou de qualquer outra natureza.

Com referência ao terceiro aspecto – a utilização dos dados coletados e armazenados – é que surgem maiores preocupações. É que *sites* de comércio eletrônico podem arquivar números e dados de identificação bastante importantes do usuário, tais como o cartão de crédito, CPF, RG, conta bancária, entre outros, posto que necessário o seu fornecimento ao se efetuar uma compra ou negócio.

E esses dados, somados às informações já cadastradas no *cookie*, passam a fazer parte de um mesmo banco de dados, sendo que o cruzamento de ambos representa um perfil complexo e, o que é mais grave, identificador do usuário, colocando o *site* que contém o programa *cookie* muito proximamente da ilicitude, pois esses dados podem ser comercializados ou acessados por alguém não possuidor de boas intenções que irá utilizá-los para os mais variados fins.

MONTENEGRO¹⁹ assevera:

Insistimos na observação de que o endereço eletrônico é o elemento básico para acessar as páginas de um determinado servidor ou usuário. Representa, sem sombra de dúvida, a porta aberta da nossa privacidade. Dados pessoais sobre contas bancárias, investimentos, serviços, compras em supermercados, profissão, religião, sexo, endereços de amigos, entretenimentos, padrões de alimentação, remédios e médicos consultados formam um dossiê disponível a toda hora. Mais, esses dados, quando colocados por meio de cruzamento com outros dados de outros usuários, constituem-se em perfis de consumo de valor mercadológico. Da mesma forma como esses dados ensejam o seu aproveitamento como instrumento de marketing para fins puramente econômicos, podem ser utilizados contra os usuários. Trata-se de um risco que todos os usuários da *Internet* correm. Daí o cuidado que cada um deve ter em elaborar os seus dados pessoais.

A tendência mundial²⁰ segue no sentido de condenar qualquer destes aspectos do *cookie*, somente permitindo a sua utilização para o fim de melhor atendimento do usuário²¹.

¹⁹ MONTENEGRO. Antonio Lindberg. *Op. cit.*, p. 37.

²⁰ Seguindo neste sentido as regras de proteção geral da privacidade das constituições de Portugal, Holanda, Reino Unido, Rússia, Eslovênia, Bélgica, Espanha; bem como pela regra refletida na Diretiva 95/46/CE (Considerando 28) e na chamada *Safe Harbor* (Porto Seguro), de 26/07/2000, que é um ato pelo qual o Parlamento Europeu disciplina critérios para o tema da privacidade e os *Cookies*; na política de privacidade norte americana, pelo artigo 5º, X, CF/88 e artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor no Brasil, dentre outras legislações atuais mundiais.

²¹ Como quando, por exemplo, acessa-se um *Site* de um banco, de uma livraria, de uma loja virtual, já na sua página de início consta geralmente um cumprimento e o nome do usuário, passando a impressão de pessoalidade.

No Brasil, são considerados violação do direito à vida privada, nos termos do artigo 5º, X da Constituição Federal, o armazenamento e utilização destes dados fora do que se propõe o *cookie*, ou seja, caso utilizado para armazenamento e elaboração de *tracking networks*²², “... deixa um claro rastro eletrônico no qual a intimidade e a privacidade do usuário vão sendo, paulatinamente, mitigadas”²³.

A legislação específica ainda em formação em nosso País, consistente no Projeto de Lei nº 3.360, de 2000²⁴, que dispõe sobre a privacidade de dados e a relação entre usuários, provedores e portais em Redes eletrônicas, aponta no sentido de se proteger a intimidade do internauta sem exceções. No entanto, referido Projeto de Lei, ainda hoje, encontra-se em trâmite no Congresso Nacional.

Assim, a limitação na coleta de dados, a necessidade de permissão para o acesso aos dados, a responsabilização do mantenedor dos dados em caso de sua publicidade, a restrição a determinado tipo de coleta de dados (como, por exemplo, referentes a preferências sexuais, religião, etnia, racismo etc.), a necessidade de autorização formal do usuário para a revelação dos dados ou para uso diferente do previsto no *site*, dentre outros mecanismos, são fortes armas contra abuso na utilização do *cookie* e como forma de prevenir prejuízos à intimidade do internauta.

3.4 Os trojans

O *trojan*²⁵ pertence a uma categoria de programas destrutivos disfarçados de programas e aplicativos benignos que também muito podem prejudicar a privacidade do usuário de um computador. São eles programas executáveis (apresentados na forma nome.exe), que são instalados em computadores com má intenção por um *cracker* ou por um *site*. Há que salientar que não são os *trojans* uma espécie de vírus²⁶.

Eles são utilizados como forma de ataque de um computador feita remotamente, ou seja, de um outro computador que esteja distante deste primeiro.

O nome vem de *trojan horse*, ou cavalo de Tróia, de uma passagem da *Ilíada* de Homero, na qual os gregos deram de presente um imenso cavalo de madeira a seus inimigos troianos, aparentemente em uma proposta de paz, mas que na realidade, após arrastado para o centro da cidade, soldados que estavam escondidos dentro da barriga oca do cavalo saíram à noite e destruíram a cidade de dentro para fora, minando todas as suas resistências e proteções. Assim, o termo é utilizado para este tipo de programa, pois ele age analogamente nos

²² Rede de rastros, de trilhas, deixados pelo usuário da *Internet*. (N. da A.).

²³ NOJIRI, Sérgio. O Direito à Privacidade na Era da Informática: Algumas Considerações. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba-MG, v. 8, n. 8, p. 99-106, maio 2005, p. 106.

²⁴ PL nº 3.360/2000 “Artigo 1º - É assegurada a privacidade dos dados dos usuários de redes eletrônicas na forma do disposto nesta Lei. Parágrafo único. Entendem-se como dados dos usuários aqueles que residam em seus equipamentos ou que, de qualquer forma, estejam sob sua guarda, além de suas informações pessoais”.

²⁵ Os *trojan horses* (Cavalos de Tróia) modernos são programas de computador que aparentam ser software útil mas na realidade comprometem a segurança dos computadores e do utilizador. Os trojans propagam-se normalmente quando o utilizador abre e executa inadvertidamente um programa que vinha, por exemplo, num e-mail. Podem também estar incluídos em software disponível para instalação gratuita [...] (Disponível em <http://www.microsoft.com/portugal/Seguranca/bcp/newsletter_agosto_204.mspix> Acesso em: 02 Ago 2004.)

²⁶ A principal diferença dos *Trojans* para os vírus é a de que estes são programas autônomos com a função de auto-reprodução, além de apagar ou comprimir arquivos, ao passo que aqueles não se propagam, ficando alojados no computador hospedeiro enviando informações ao computador remoto. (N. da A.).

computadores ligados à Rede:

Os *trojans* têm as seguintes características técnicas: não são detectáveis por antivírus comuns, vez que não possuem identificação como vírus; são instalados através de serviços ou através de um *start* que é dado pelo usuário sem que ele saiba disso (às vezes, pelo simples ato de instalar um CD-ROM gratuito, por exemplo); geralmente comunicam-se utilizando-se criptografia, para evitar que sua atividade seja detectada; e criam o chamado *backdoor*²⁷, que permite àquele que o enviou controlar a máquina comprometida e assumir uma posição interna na Rede.

Além disso, os *trojans* podem causar outros tipos de dano ao computador hospedeiro, apagando arquivos, pastas, e prejudicando a sua *performance*, e, após colher as informações que o seu criador tinha a intenção de coletar do hospedeiro, pode autodestruir-se, eliminando todos os vestígios de sua estada naquela máquina.

Neste sentido, admoesta SALGE²⁸:

Na prática, os ‘piratas virtuais’ fazendo uso de e-mails simulando mensagens de instituições financeiras, obtêm os dados necessários, inclusive a senha pessoal do usuário desavisado, para adentrar no sistema bancário *on line* e retirar valores das contas da vítima, transferindo-os para contas de terceiros.

O fato é que os *trojans* são uma ameaça bastante grave aos internautas, porque todos os dados constantes e digitados em um computador podem ser “espionados” por um terceiro sem que o seu usuário saiba ou tenha noção de que esteja efetivamente alimentando um outro computador com informações muitas vezes confidenciais.

Assim, um computador com um *trojan* hospedado pode repassar ao computador remoto contas bancárias, senhas, dentre outros, sendo que esses dados passam a ser do conhecimento do usuário do computador remoto.

Apagar arquivos ou pastas é apenas consequência secundária dos *trojans*, sendo que a principal é efetivamente a espionagem de dados e da privacidade dos internautas.

O *trojan*, além de identificar o usuário (cada um tem uma senha e preferências que ele passa a identificar), ele o faz de maneira específica e direcionada, sendo, portanto, mais grave que os *cookies* e permitindo, tal qual ocorre com aqueles, o armazenamento e utilização de dados confidenciais ou não do internauta.

Por fim, considere-se que há uma lacuna imensa na legislação pátria e alienígena quanto aos *trojans*, não sendo tal ameaça abordada por qualquer normatização atual, e até a doutrina – que geralmente segue bem adiante da jurisprudência e da lei – não tem apreciado o assunto. Ao que parece, aplica-se aos *trojans* o mesmo raciocínio e normas já existentes para os *cookies* e vírus em geral²⁹.

²⁷ Mecanismo que permite que “uma vez alojado em um computador pessoal, ele pode capturar informações como por exemplo, nomes de bancos, números de contas, senhas, números de cartões de crédito, certificados digitais e outros códigos utilizados em transações” (Conceito disponível em http://www.scua.com.br/seguranca/conceitos/ataques_cavalosdetroia.htm). Acesso em 02 Ago 2004.

²⁸ SALGE, Cláudia Aparecida. O Direito Penal e as Fraudes Bancárias Praticadas por Meio da Internet. Revista Jurídica UNIJUS, Uberaba-MG, v. 10, n. 12, p. 217-232, maio, 2007, p. 223.

²⁹ “Para o caso das violações de computadores pessoais não há qualquer questionamento, vemos o problema do mesmo modo que o concernente aos vírus informáticos. (DRUMOND, Victor. *Internet Privacidade e Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.138).

3.5 Os redirecionadores de *sites*

Todos aqueles que possuem uma página na *Internet* são detentores de um URL (*Uniform Resource Locator*), ou seja, um endereço de página na *Web* ou nome de domínio.

O domínio é o nome/localização do *site* na *Internet*. Ter um domínio é ter um endereço pequeno que não faz propaganda de nenhum provedor e fácil de gravar.

Quando não se pode pagar por um endereço pequeno de fácil memorização, a solução é procurar um redirecionador que faz o endereço ficar curto e o leva ao endereço original.

Os redirecionadores de URL³⁰ “são serviços que possibilitam a qualquer usuário que não tem condições de manter um domínio próprio na *Internet*, a reduzir o endereço do seu *site*, para torná-lo menor e de fácil memorização”. Assim, quanto mais fácil de lembrar seja o nome do *site*, mais facilmente memorizável ele será, e, assim, maior será a sua visitação.

Além disso, o redirecionador pode também servir de miniportal de ajuda, oferecer fóruns, canais de “bate papo”, canais de suporte 24 horas por dia, sistema de busca interna, hospedagem³¹, dentre varias outras opções de navegação.

Tudo isso seria uma atividade extremamente salutar e útil ao internauta e aos possuidores de um endereço de domínio, uma página na *Internet*. Entretanto, alguns redirecionadores de *sites* são utilizados com a intenção de desviar a navegação do usuário para outros *sites* com os mais variados conteúdos.

É muito comum quando da visitação de páginas estrangeiras contar-se com o redirecionamento da página, e não raro o usuário depara com *sites* de conteúdo anti-semita, racial, terrorista, de propaganda de produtos, dentre outros.

Assim, o redirecionamento torna-se uma atividade perniciosa e prejudicial em vários aspectos, como ocorre quando o inocente usuário (um criança, até) quer acessar determinado *site* que lhe interesse e subitamente aquele endereço é redirecionado para uma página de conteúdo pornográfico e também viola a moral do dono da página redirecionada.

ALCÂNTARA PEREIRA³² esclarece que:

Sites pessoais, corporativos e institucionais podem ser invadidos, empastelados e redirecionados para *sites* pornográficos, inclusive com fotomontagens que ferem a honra e a dignidade das pessoas, proporcionando ensejo a pesadas indenizações por danos morais.

O nome de domínio não possui regulamentação em nosso País, sendo que qualquer pessoa pode utilizar qualquer nome de domínio para designar a sua página na *Internet*, desde que nenhum outro *site* já não o esteja usando. E, nesse diapasão, MONTENEGRO³³ afirma que “na vigência da Resolução n° 1, do CGIB, qualquer pessoa pode conseguir o registro de nome de domínio ou expressão, desde que seja o primeiro a solicitá-lo”.

³⁰ Disponível em <http://www.rg3.net/redirecionadores>> Acesso em: 04 Set. 2004.

³¹ Hospedar um *site* significa o período, em média, que o mesmo permanecerá no ar, ou seja, em pleno funcionamento e passível de acesso pela *Internet* (N. da A.).

³² ALCÂNTARA PEREIRA, Ricardo. *Op. cit.*, p.371-416.

³³ MONTENEGRO, Antonio Lindberg. *Op. cit.*, p. 32.

Por outro lado, o Comitê Gestor da *Internet* no Brasil (CGIB)³⁴ somente tem a função de autorizar a titularidade e uso de nomes na Rede, não cabendo ao órgão administrativo legislar acerca do assunto.

O fato é que inúmeros são os danos à privacidade e intimidade do internauta se este for vítima desse tipo de prática ainda não muito disseminada em nosso País, mas extremamente comum em páginas disponíveis em alguns provedores europeus e norte-americanos, onde ainda não há exigência quanto às garantias de não redirecionamento.

A arma disponível atualmente contra esse tipo de armadilha é apenas o bloqueio de determinados *sites* (que se sabe são redirecionados inadequadamente) e o uso de filtros de conteúdo.

As poucas decisões existentes, sempre fundamentadas por analogia, resumem-se a responsabilizar o provedor por danos à privacidade do usuário (o que talvez não fosse o caso, já que não é a atividade do provedor que causa prejuízos, mas, sim, a do redirecionador, inclusive por lesão ao nome ou à marca já detentora de notoriedade, seja ela de titularidade do próprio usuário ou até de terceiro prejudicado).

Parece que o mais acertado seria buscar a responsabilização objetiva tanto do redirecionador quanto do provedor, se este permitisse o seu redirecionamento para conteúdo diverso que do inicial, vez que hodiernamente não há qualquer regramento específico³⁵ (penal, administrativo ou cível) acerca desse tipo de atividade danosa ao usuário da *Internet*.

Agora, se o redirecionamento fosse efetuado sem a permissão do provedor, ou, ainda, se houvesse culpa da vítima ou alguma outra excludente de culpabilidade, poder-se-ia pensar na adoção da teoria da culpa, que, por óbvio, deveria ser provada pelo provedor, em virtude da inversão do ônus da prova previsto na legislação do consumidor³⁶.

Ora, o artigo 4º, II, *d*, do Código Consumerista³⁷ determina que o fornecedor tem a obrigação de entregar ao consumidor um ambiente com qualidade e seguro, tanto do ponto de vista físico como moral.

Da mesma forma, então, devem os provedores – por serem fornecedores de serviço por intermédio da *Internet* – oferecer aos usuários um ambiente de navegação segura e isenta de possibilidades de afronta ao seu patrimônio moral, somente isentando-se em situações muito peculiares, quando conseguissem provar a culpa da vítima, por exemplo.

³⁴ O Comitê Gestor da *Internet* no Brasil – CGIB é repartição interministerial criada pela Portaria Interministerial 147, de 31.05.1995 (Ministério das Comunicações e Ministério da Ciência e Tecnologia) é o órgão que deve normatizar e fiscalizar as questões pertinentes aos nomes de domínio na *Internet*. Cabe à FAPESP o registro destes nomes de domínio.

³⁵ Conforme salienta MONTENEGRO, “... enquanto não houver legislação vedando claramente a possibilidade de alguém registrar o nome de outra pessoa como seu domínio, haverá espaço para dúvidas e conflitos.” (MONTENEGRO, Antonio Lindberg. *Op. Cit.*, p. 32).

³⁶ CDC. “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; [...]”.

³⁷ CDC. “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: [...] d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. [...]”.

3.6 Os rastreadores de e-mails

Já nas relações laborais, a grande parcela do empresariado atual passou a usar o expediente de utilizar os chamados rastreadores de *e-mails*. A questão gira em torno da legalidade dessa conduta.

No País, por analogia, tem-se utilizado o princípio de que qualquer correspondência seria inviolável, mas com exceções, especialmente pela expansão do pensamento que defende a violabilidade do *e-mail* por ser ele diverso da correspondência epistolar, e também por permiti-lo, desde que haja a expressa permissão do empregado.

Essa posição é intermediária e se concentra nas tendências internacionais, adotando a política de formalização da permissão em contratos, políticas de segurança e regulamentos, bem como e precipuamente do aviso ostensivo na tela dos computadores usados pelos empregados (há, inclusive, decisões de Tribunais pátrios neste sentido).

SENISE LISBOA³⁸, inclusive, adverte que,

[...] o acesso ao computador utilizado pelo empregado é útil para a avaliação da sua produtividade e do seu comportamento no ambiente de trabalho. E, por conta disto, torna-se justificável para o empregador a realização do monitoramento dos e-mails. Em que pesem os argumentos acima mencionados, não é recomendável a violação da privacidade do empregado em encaminhar e receber *e-mails*[...].

Lembre-se que esse posicionamento é contrário à grande maioria dos doutrinadores, que pende para a tese da violabilidade, sob os fundamentos de que o sistema usado pelo funcionário pertence à empresa, que é detentora do direito de propriedade e é quem suporta o custo pela sua manutenção.

Além disso, o empregador é responsável pelos atos de seus prepostos, nos termos do artigo 932, III do CC, e detém o poder diretivo do empregador, possuindo a tarefa de organizar, fiscalizar, controlar e disciplinar as atividades laborais que remunera, nos termos do artigo 2º da CLT.

Essa é a idéia esposada, por exemplo, por BLUM e ABRUSIO³⁹, no seguinte sentido:

O monitoramento do correio eletrônico cabe, portanto, quanto; em primeiro plano, toda a estrutura que suporta o acesso e uso da *Internet*, vale dizer, hardware, software, Rede, provedor etc, forem fornecidos pela empresa; e em segundo, o empregado deve ser previamente comunicado que terá o seu e-mail monitorado pela empresa, consubstanciando, no mínimo, referida ciência em contrato de trabalho ou, na falta deste, em documento válido em separado.

Assim, o empregador estaria autorizado a controlar os computadores de sua empresa, desde que preenchidos os requisitos de informação e pactuação nesse sentido.

³⁸ SENISE LISBOA, Roberto. *A Inviolabilidade de Correspondência na Internet*. São Paulo: Edipro, 2000, p. 482.

³⁹ BLUM, Renato Ópice; ABRUSIO, Juliana Canha. *Empregados devem ser avisados que serão monitorados*. In: KAMINSKI, Omar (Coord.). *Internet Legal – O Direito na Tecnologia da Informação*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 163.

3.7 Os *sites* de relacionamento ou de divulgação de imagens

As pessoas também podem sofrer afrontas e prejuízos a sua personalidade através da má utilização de suas imagens por *hackers*, *crackers* e, ainda, por pessoas com quem tenham algum vínculo, admiradores, inimigos, enfim.

Isto se faz através dos *sites* de relacionamento (como o *Orkut*, Grupos, *MySpace*, *Facebook* e outros) ou de divulgação de vídeos (como o *YouTube*), não sendo poucas as situações em que pessoas vêem-se obrigadas a ajuizar ações visando manter à distância (obrigação de não fazer) algum admirador que extrapola a linha entre a adoração e o fanatismo, ou, então, porque começam a receber mensagens com ameaças.

Nestes casos há o elemento emocional que faz com que pessoas aparentemente normais utilizem-se da *Internet* para tentar chamar a atenção de seu alvo.

De artigo publicado na Revista Consultor Jurídico, da lavra de ATHENIENSE⁴⁰,

Se por um lado vários negócios, amizades, relacionamentos e até casamentos têm surgido a partir destas Redes sociais, por outro, elas têm sido cenário para a prática de vários abusos, pois o provedor do serviço não tem a menor possibilidade técnica de controlar a veracidade do conteúdo que é inserido, editado ou retirado diariamente nas inúmeras comunidades e perfis de usuários. [...] A cada dia vem aumentando os casos em que alguns abusos têm causado impacto extremamente negativo para algumas pessoas, mesmo aquelas que não sejam usuárias daquele “site”. É comum deparar-se com perfis falsos de celebridades ou não, que foram criados por anônimos, configurando-se clara hipótese de falsidade ideológica. Este controle nem sempre é eficaz, pois o provedor não tem como controlar efetivamente a falsidade das informações. O prejuízo será maior nos casos em que o *site* permite o envio de recados por anônimos, que favorecem amplamente a prática de crimes contra a honra. Nestes casos, mesmo que não seja possível a identificação do remetente, uma vez configurado o dano contra a honra de uma pessoa, o *site* poderá ser condenado a indenizar, por estar servindo como suporte para a prática do ilícito. Tem sido crescente a prática de outros tipos penais como apologia às drogas, racismo e incitação ao nazismo. É inegável que o serviço transmite uma falsa impressão aos seus usuários de que o conteúdo armazenado é legalizado, por se tratar de uma zona sem lei, contando ainda com descontrole gerencial das informações por parte do proprietário da infra-estrutura da Rede.

Somados a essas situações, riscos à segurança pessoal e patrimonial dos usuários vêm surgindo cada vez que eles disponibilizam seus dados em *sites* de relacionamento, tornando público o que outrora somente fazia parte de sua vida privada, sujeitando-se a inúmeras situações que lhes possam ser danosas.

Neste sentido a imprensa⁴¹ publica

⁴⁰ ATHENIENSE, Alexandre. **Dentro da lei: Orkut e usuários podem ser condenados por ofensa à honra.** Revista Consultor Jurídico. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/36326,1>. Acesso em 14 fev. 2008.

⁴¹ FOLHAONLINE. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u345116.shtml>. Acesso em 13 fev. 2008.

Um quarto dos 10,8 milhões de usuários britânicos desse tipo de *site* revela dados sensíveis em seus perfis virtuais, como o local onde moram ou a data de nascimento, aponta o estudo governamental para a campanha *Get Safe Online* (algo como Navegue Seguro na Internet).

A pesquisa mostra que 34% dos usuários entre 18 e 24 anos divulgam informações que poderiam ser usadas com fins criminais.

‘Mesmo que algumas dessas informações pareçam inofensivas, fornecem na verdade um rico material para criminosos’ e todo tipo de fraudes, afirma Tony Neate, diretor da campanha informativa.

‘Sua data de nascimento ou o local onde você vive são suficientes para que alguém obtenha um cartão de crédito em seu nome’, explica.

‘Enquanto a maioria das pessoas não forneceriam esse tipo de dado a um estranho normalmente, elas a divulgam pela internet sem problemas, onde todos podem ver’, diz.

Além do perigo de dano à privacidade, ainda impende destacar os riscos de sujeição a crimes contra quem se utiliza de *sites* de relacionamento ocorrentes. Sobre o assunto, veja-se comentário trazido no portal *Universia*⁴² sobre o temário:

Com o crescimento do *MySpace* e de outras Redes de relacionamentos sociais, cresceram também os temores em relação à segurança e à privacidade proporcionadas pela Internet. O Centro de Crianças Desaparecidas e Exploradas reportou mais de 2.600 incidentes em que adultos utilizam a Internet para localizar crianças *online* e induzi-las a práticas sexuais. Em março, os promotores federais de Connecticut acusaram dois homens de usar o *MySpace* para entrar em contato com jovens com os quais tiveram contato sexual posteriormente. Depois de seções realizadas pelo Congresso sobre a atuação de predadores sexuais do ciberespaço, o *Myspace* contratou um especialista em segurança para aperfeiçoar os sistemas de proteção do *site* para usuários jovens. A popularidade dos *sites* de relacionamento social pode ter também conseqüências inesperadas para os usuários. Um estudante gay que freqüentava uma faculdade cristã foi expulso depois que funcionários da administração da instituição viram fotos do aluno vestido de drag queen no Facebook. Vinte alunos do ensino médio da Califórnia foram suspensos depois de participar de um grupo do *MySpace* em que um dos alunos teria ameaçado matar seu colega além de ter feito comentários anti-semitas. No Kansas, as autoridades prenderam cinco adolescentes depois que um dos suspeitos utilizou o *MySpace* para planejar um ataque à escola de um rival semelhante ao de Columbine.

Como visto, em qualquer dessas condições, pode-se violar a privacidade das pessoas que, além deste direito de personalidade, tem, ainda, o seu direito de imagem ofendido. Neste caso, o manejo das tutelas de urgência faz-se bastante útil, como o bloqueio e retirada de circulação, ou proibição de veiculação, dentre outras, sem se esquecer da possibilidade de retratação ou esclarecimentos.

⁴² UNIVERSIA@KNOWLEDGEWHARTON WEBSITE. Disponível em <http://www.wharton.universia.net/index.cfm?fa=viewfeature&id=1156&language=portuguese>. Acesso em 14 fev. 2008.

Tudo isso, sem prejuízo da reparação extrapatrimonial na forma objetiva, uma vez que vigorante para essas situações a Teoria do Risco-proveito, eis que os hospedeiros desses endereços (a *Google* do Brasil, no caso do *Orkut*, por exemplo) muito lucram com esse comércio, sendo justo que reparem eventuais danos causados pela atividade que desempenham.

4. QUEM TEM O DEVER DE REPARAR

Hodiernamente, podem ser responsáveis pela indenização por danos à privacidade praticados através da *Internet* os provedores de acesso, os provedores de serviços e os usuários da Rede, nominados de *hackers* ou *crackers*, conforme a situação em que se enquadrem, como serão adiante diferenciados.

4.1 Os provedores de acesso à *Internet*

Sem dúvida uma das atividades mais rendosas – e ainda em franca ascensão – é a dos provedores de acesso da *Internet*.

O artigo 2º, letra I, do Projeto de Lei nº 1.713/96,⁴³ define provedor de acesso como “entidade responsável pela oferta de serviços de informações ou de acesso à base de dados”.

A atividade dos provedores de acesso à *Internet* consiste em disponibilizar aos usuários a possibilidade de se conectar à Rede. E essa conexão é feita por intermédio dos servidores.

Assim, “[...] os usuários somente têm acesso à *Internet* através de computadores chamados servidores, os quais são de propriedade de uma empresa que lhes fornece determinados serviços e produtos”⁴⁴. Essa empresa é nominada provedora.

Os provedores são vinculados ao Comitê Gestor da *Internet* no Brasil – CGIB e, uma vez conectado à Rede, o usuário poderá fazer uso da visitação de *sites* e também cadastrar e utilizar um endereço eletrônico (*e-mail*).

Os usuários de grande porte da Rede podem ligar-se a ela de maneira permanente e direta através de satélite, rádio ou uma linha privada de comunicação de dados de uma concessionária de telefonia local. É uma estrutura dispendiosa tanto em matéria de investimento financeiro quanto em tecnologia de informação e equipamentos especiais⁴⁵.

Os usuários comuns, de pequeno porte, utilizam os chamados de provedores de acesso à *Internet*, que são efetivos prestadores de serviço da Rede, cuja atividade desenvolvem mediante o pagamento de mensalidade ou gratuitamente, seja com acesso discado ou por rádio. Vários são os serviços prestados pelos provedores de acesso que não somente a viabilização de uso da Rede.

Esses serviços são estabelecidos e regrados pela Norma do Ministério das Comuni-

⁴³ Dispõe sobre os crimes de informática e dá outras providências.

⁴⁴ DRUMMOND. Victor. Op. cit., p. 74.

⁴⁵ Sendo o principal equipamento o chamado roteador (router), que é “o dispositivo que conecta fisicamente duas redes à *Internet*, convertendo endereços e passando adiante somente as mensagens que precisam passar para outra rede” (CRUMLISH. Cristian. **Dicionário da *Internet***. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 225).

cações nº. 004/1995, subitem 4.1⁴⁶. E essa mesma norma também prevê regras acerca do uso de meios da Rede pública de telecomunicações por provedores, pelas Entidades Exploradoras de serviços Públicas de Telecomunicações, em seu subitem 5.1⁴⁷.

Simplificando: os provedores de acesso “reformatam os dados de maneira que se tornem aceitáveis pelo sistema que os receberá”⁴⁸, tratando-se, portanto, de uma espécie de elo entre a *Internet* e um computador pessoal.

Para tanto, o usuário da *Internet* deve possuir um *modem* conectado à linha telefônica ou ao rádio e um programa cliente (geralmente chamado de *browser*). Uma vez possuindo esses dois dispositivos, ele poderá discar do seu micro para o provedor que tem, por sua vez, uma linha ligada à *Internet*. Feita essa ligação, o computador do usuário passa a ser um nó da Rede, unindo-o a uma de suas “espinhas dorsais” (chamadas tecnicamente de *backbones*).

Uma vez fazendo parte dessa “rede”, e usando ferramentas disponíveis e adequadas, o internauta acessa a *Internet* e está autorizado a utilizar o correio eletrônico (enviando e recebendo *e-mails*), participar de grupos de discussão e “bate-papo”, ingressar em bancos de dados, visitar portais, entre outras tantas atividades.

Do ponto de vista do usuário da *Internet*, o provedor de acesso participa de uma relação jurídica de consumo, na qualidade de prestador de serviços. O usuário (seu contratante, que adere ao contrato de prestação de serviços efetuado junto ao provedor) é o consumidor.

Essa afirmativa é lastreada no artigo 3º, do Código Consumerista⁴⁹, bem como no Projeto de Lei nº 1.589/1999⁵⁰, anexo ao Projeto de Lei nº 1483/1999, que prevê em seu artigo 13: “aplicam-se ao comércio eletrônico as normas de defesa e proteção ao consumidor”.

E, na qualidade de consumidor, o usuário busca segurança, estabilidade, conteúdo, serviços e outros aspectos gerais de uma relação desta natureza, sendo que o fornecedor de serviços, nesta qualidade, responde objetivamente pelos danos causados ao consumidor, nos

⁴⁶ Que tem o seguinte teor: “a) dos equipamentos necessários aos processos de roteamento, armazenamento e encaminha de informações, e dos “software” e “hardware” necessários para o provedor implementar os protocolos da *Internet* e gerenciar e administrar o serviço; b) das rotinas para administração de conexões à *Internet* (senhas, endereços e domínios *Internet*; c) dos “softwares” dispostos pelo PSCI: aplicativos tais como – correio eletrônico, acesso a computadores remotos, transferência de arquivos, acesso a banco de dados, acesso a diretórios, e outros correlatos -, mecanismos de controle e segurança, e outros; d) dos arquivos de dados, cadastros e outras informações dispostas pelo PSCI; do “hardware” necessário para o provedor ofertar, manter, gerenciar e administrar os “softwares” e arquivos especificados nas letras “b”, “c” e “d” deste subitem; outros “hardwares” e “softwares” específicos, utilizados pelo PSCI”.

⁴⁷ Dispõe: “O uso de meios da Rede Pública de Telecomunicação para o provimento e utilização de Serviços de Conexão à *Internet* far-se-á por intermédio dos Serviços de Telecomunicações prestados pelas Entidades Exploradoras de Serviços Públicos de Telecomunicações”.

⁴⁸ CRUMLISH, Cristian. *Op. cit.*, p. 102.

⁴⁹ CDC. “Artigo 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

⁵⁰ Projeto de autoria do Deputado paranaense Luciano Pizzato, sendo que o segundo PL conta com a com a participação da OAB/SP.

termos do artigo 14 daquele Diploma legal^{51, 52} citado.

A teoria adotada é a do risco do empreendimento⁵³, e, diante disso, eventuais cláusulas abusivas ou impostas no contrato de adesão firmado com o provedor de acesso devem ser declaradas nulas, conforme o artigo 6º, inciso VI, do Estatuto Consumerista⁵⁴.

Depreende-se, então, que o provedor tem a função de disponibilizar o acesso à Rede⁵⁵, e responderá perante o usuário quando não o fizer (chamado *down time*), o que ocorre quando o provedor fica fora da Rede (e, por exemplo, o usuário perde um negócio), exceptuando-se os casos de força maior e caso fortuito.

Trata-se, portanto de uma questão material dentro da *Internet*, que envolve a possibilidade de seu acesso através de equipamentos específicos, já acima nominados.

Também interessante ressaltar que os provedores de acesso gratuito (IG, BOL e outros) não têm sido considerados prestadores de serviço para o fim de responsabilização perante o CDC. E, nesse diapasão, caso haja prejuízo ao usuário, o esboço legal será o Código Civil.

Neste sentido, admoesta ALCÂNTARA PEREIRA⁵⁶:

Aspecto delicado, que preocupa, e muito, sob o prisma da segurança, são as atividades dos provedores de acesso gratuito, tendo em vista o uso de senha genérica e o fato de que, na maioria das vezes, as informações prestadas por ocasião do cadastramento não são checadas. Por outro lado, salvo melhor posicionamento, numa eventual ação de responsabilidade civil, como se trata de um serviço não remunerado, o provedor gratuito não é considerado fornecedor, por via reflexa, não está sob a égide do Código do Consumidor, conforme se depreende pelo cotejo do

⁵¹ Neste sentido: “Ação de indenização por danos materiais e morais sofridos em virtude de desligamento de acesso à *Internet* e apagamento de mensagens enviadas ao autor. Incabível a condenação em perdas e danos, eis que os mesmos não foram comprovados. Cabível a indenização do dano moral sofrido em virtude do apagamento das mensagens. Sucumbência recíproca. Provedimento parcial de ambos os recursos.” (TJRJ – 15ª C. Cív., AC 2001.001.16872, Rel. Des. Galdino Siqueira Netto, j. 28.02.2002).

⁵² CDC. “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido. § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas. § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

⁵³ Dissecada assim: “todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens e serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços” (CAVALIERI FILHO. Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 421).

⁵⁴ CDC. “Artigo 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; [...]”

⁵⁵ O TJRS assim decidiu: “Prestação de serviços. Provedor de acesso a *Internet*. Pretensão do autos em ver declarado o montante de seu débito. Demanda improcedente. Apelo desprovido. ... A prestação do serviço tem-se como cumprida pelo só fato de ser aquele posto à disposição do usuário. ... Sentença mantida.” (TJRS – 10ª Cív., AC 7001390079, Rel. Des. Paulo Antonio Kretzmann, j. 23.05.2002).

⁵⁶ ALCÂNTARA PEREIRA. Ricardo. *Op. cit.*, p. 392.

caput com o § 2º do art. 3º, do referido diploma legal, logo, não há possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do autor.

Pode ocorrer de o provedor de acesso apenas fornecer o efetivo ingresso do internauta na Rede, sem permitir que ele envie e receba correspondência eletrônica. Casos como este são raros e de reflexos e aplicação bastante parcos na jurisprudência avaliada.

O que mais comumente ocorre é o provedor de acesso disponibilizar, além do efetivo acesso aos usuários, a possibilidade de estes encaminharem e receberem *e-mails*. Neste caso, ele responderá por danos morais causados aos usuários por defeito no serviço, não quanto ao conteúdo dos *e-mails* que possibilita o internauta ler.

Somente responderá pelos danos causados em virtude do conteúdo dos *e-mails* quando continuar a permitir que determinado usuário proibido judicialmente de enviar correspondências eletrônicas continue com essa prática por seu intermédio. É que, para que o provedor possa “filtrar” o que chega aos usuários de *e-mail*, teria que efetuar o rastreamento do conteúdo da correspondência eletrônica, o que somente se permite por ordem judicial⁵⁷.

Assim, não há como responsabilizar o provedor pela viabilização do recebimento do *e-mail* com conteúdo ofensivo ao usuário, posto que não pode tomar ciência do seu conteúdo, sob pena de responder por invasão de privacidade do usuário/cliente⁵⁸.

Do prisma dos personagens que efetivamente estão na Rede (as celebridades), os provedores de acesso não teriam relação jurídica de natureza indenizatória, eis que, como dito, são apenas veículo de acesso e utilização da Rede.

4.2 Os provedores de serviços da *Internet*

No que pertine aos provedores de serviços da *Internet*, na esfera jurídica o prisma modifica-se.

O artigo 2º, letra j, do Projeto de Lei nº 1.713/96 define provedor de serviço como “entidade responsável pela oferta de valor adicionado”. E o valor adicionado é definido pela Lei nº. 9.742/97, conhecida como Lei Geral das Telecomunicações, que estatui em seu artigo 61 acerca do conceito:

Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe

⁵⁷ Autos de Agravo de Instrumento nº 70000708065, cuja ementa é a seguinte: “Agravo de instrumento. Cautelar inominada. Divulgação, via *Internet*, através do serviço de correio eletrônico “hotmail”, de mensagens difamatórias anônimas. Medida dirigida contra o prestador do serviço de correio eletrônico e objetivando, entre as providências, a identificação da origem. Cabimento. Demonstrada a ocorrência de propagação de mensagens ofensivas a terceiros, difamando e caluniando o agravante, divulgadas através da *Internet*” (TJRS. AI 70000708065, Rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi, j. em 12.04.2000).

⁵⁸ Para Victor Drummond: “a privacidade deve ser mantida e entendemos, sem a necessidade de questionamentos ulteriores no presente estudo, que a interferência de uma empresa atuante na *Internet* nas comunicações de um usuário de seus serviços culmina em violação de sua privacidade. É interferência direta no estado de privacidade do indivíduo”. (DRUMMOND. Victor. *Op. cit.*, p. 76).

dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

Assim, a atividade desenvolvida pelos provedores de serviços da *Internet* é a de hospedar *home pages*. Aqui, ao contrário dos provedores de acesso, há um serviço virtual prestado.

O provedor de serviços não disponibiliza o equipamento físico para o efetivo acesso (o que ocorre com o provedor de acesso), mas, sim, viabiliza o equipamento imaterial para o uso da *Internet* pelo internauta.

Portais ou provedores de serviços da *Internet* são “... *websites* corporativos/institucionais, com uma grande infra-estrutura por trás do empreendimento. Assim, são portais os grandes *sites* de notícias, de busca, dos *Internet bankings*, das corretoras de valores, dos leilões etc”⁵⁹.

Nesta esfera da responsabilidade civil por danos morais, há a seguinte relação: aquela havida entre o provedor de serviço e a vítima (famosa ou anônima) de danos causados através dos conteúdos de *sites*.

Quando assume face de portal de informações e notícias, o provedor de serviços poderá ter responsabilidade civil se hospedar páginas que disseminem crimes de qualquer natureza, violação de direitos autorais, danos à honra, pedofilia, racismo, tóxicos, terrorismo ou que aviltem qualquer preceito ético ou moral (mormente quando notificados judicialmente para deixar de fazê-lo e, mesmo assim, continuarem a prática) e que ofendam algum direito de personalidade do usuário.

Imperioso destacar que, acerca do conteúdo dos *sites* das espécies citadas acima, a tese majoritária adotada pela jurisprudência é a de que são responsáveis os seus titulares e os portais, que de regra podem filtrar e controlar o conteúdo das páginas que veiculam.

Ainda dentro deste aspecto (do foco do usuário da *Internet*), cumpre sublinhar que a obrigação do portal não é de meio, mas, sim, de resultado, pois “... deve garantir a veiculação do *site* num ambiente seguro, de forma que um determinado objetivo seja atingido”⁶⁰, sendo esse objetivo não só o acesso, mas um acesso que não causará prejuízos aos usuários.

Impende salientar que existem decisões que prevêem que o provedor de serviços somente responderá⁶¹ por defeito no serviço que presta e não pelo conteúdo disseminado através do seu serviço pelos usuários, embora esta, como dito, não seja a tese majoritária que se utiliza do fator hipossuficiência do consumidor do serviço prestado para fundamentar a sua argumentação. Tanto o é, que o mencionado Projeto de Lei nº 1.713/1996 dispõe em seu artigo 8º que há solidariedade entre o administrador da Rede e o provedor.

⁵⁹ ALCÂNTARA PEREIRA, Ricardo. Op. cit., p. 393.

⁶⁰ PEREIRA, Ricardo Alcântara. **Ligeiras Considerações sobre a Responsabilidade Civil na Internet**. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 392.

⁶¹ Neste sentido: “Apelação Cível. Ação Cautelar. Medida com objetivo de retirar do ar *Site* na *Internet*. Ilegitimidade passiva do provedor de acesso. Manutenção da sentença. É parte ilegítima para figurar no pólo passivo da medida cautelar ajuizada, o provedor de acesso da *Internet* que apenas possibilita a seus associados o acesso à rede mundial de computadores. Apelo desprovido.” (TJRS – 6ª C. Civ., AC 70001582444, Rel. Des. Antonio Correa Palmeiro da Fontoura, j. 29.05.2002, v. u.).

Daí tem-se que a responsabilidade é solidária entre portal e titular da página⁶² que causar danos a usuários da Rede, embora a tarefa de fiscalização das *home pages* não seja, a princípio, da alçada do provedor de serviços, estando pendente a determinação de competência para tanto.

Ocorre que se passa a utilizar a tese do risco do empreendimento também para essa situação, uma vez que os portais auferem vantagens com publicidade e visitação, cabendo a eles a eventual reparação por danos causados e advindos de sua atividade.

Doutro lado, quanto às pessoas famosas, estas podem sofrer afronta moral em razão da veiculação de páginas através dos provedores de serviços. Seriam eles – os provedores – responsáveis pela reparação?

A responsabilização civil poderá dar-se tanto pela (má) utilização dos direitos autorais e direitos à imagem dos publicamente conhecidos, bem como por notícias desairosas ou informações privadas que tenham sido veiculadas pelos portais.

Mas, como o provedor de serviços da espécie “portal de busca” (como o Altavista e o Cadê-Yahoo, por exemplo) não tem controle sobre o conteúdo das páginas eletrônicas, seria pouco coerente defender a tese de que seria ele responsável por indenizações aos ofendidos⁶³.

Entretanto, existem portais temáticos (como os Portais Terra e Uol, por exemplo) que fornecem notícias, editoriais, artigos, dentre outros. Esses portais, por terem conhecimento do conteúdo do material que veiculam, seriam co-responsáveis por eventuais danos causados à personalidade de pessoas públicas.⁶⁴

Ora, sabe-se que a utilização de obras de qualquer natureza, bem como da própria figura humana, exige autorização do seu titular, o mesmo ocorrendo quanto às informações privadas que são tornadas conhecidas do público por determinado veículo de comunicação.

E, em não havendo a devida autorização, surge a responsabilidade indenizatória nos termos do Código Civil e da Lei de Direitos Autorais do provedor e do autor da página que estiver contendo informações, má utilização dos direitos dos notórios, causando-lhes

⁶² Também assim entende o Tribunal gaúcho: “Inútil, se não estéril e inócua, ante entendimento jurisprudencial consolidado segundo o qual a indenização por danos morais, mesmo que o sejam praticados via imprensa, sujeita não está a obedecer o tarifamento previsto nos arts. 51 e 52 da Lei de Imprensa, discussão sobre a aplicabilidade ou não a hipótese, desse diploma legal. Quem põe na *Internet* – provedor – um portal à disposição do público, podendo ser acessado indiscriminadamente por qualquer pessoa, corre o risco de ser, ao menos em princípio e em tese, responsabilizado pelo mau uso do serviço de comunicação, inclusive por eventuais danos morais venha a ser praticados contra terceiras pessoas. (TJRS – 6ª C. Civ., AI 70002884203, Rel. Des. Osvaldo Stefanello, j. 26.09.2001).

⁶³ Neste sentido: “Dano moral. *Internet*. Matéria ofensiva à honra inserida em página virtual. Ação movida pelo ofendido em face do titular desta e do provedor hospedeiro. Co-responsabilidade. Não caracterização. Contrato de hospedagem. Extensão. Pertinência subjetiva quanto ao provedor. Ausência. Sentença que impõe condenação solidária. Reforma. Em contrato de hospedagem de página na *Internet*, ao provedor incumbe abrir ao assinante o espaço virtual de inserção na Rede, não lhe competindo interferir na composição da página e seu conteúdo, ressalvada a hipótese de flagrante ilegalidade. ... Provimento do recurso da segunda ré. (TJPR – 5ª C. Civ., AC 130075, Rel. Des. Antonio Gomes da Silva, j. 19.11.2002 - grifado).

⁶⁴ Nesse sentido: “Apelação cível. Indenização. Dano moral. Ocorrência. Arbitramento. A divulgação por provedor da *Internet* de matéria não autorizada pela vítima, que a apresentava como pessoa que se propõe a participar de programas de caráter afetivo e sexual, é fato que caracteriza ofensa moral à vítima. ... A responsabilidade objetiva se verifica por se tratar de típico fato do serviço, e comprovado o prejuízo moral acarretado à vítima. Improvimento do agravo retido e improvimento do recurso. (TJRJ – 4ª C. Civ., AC 2001.001.27780, Rel. Des. Sidney Hartung, j. 26.02.2002).

prejuízos imateriais.

Por fim, no que pertine às notícias publicadas pela *Internet*, especialmente se afrontarem os direitos de personalidade do ser humano envolvido, e por poderem os provedores de serviço efetuar um certo controle sobre o que vai nelas inserido, elas ensejam o dever do provedor de serviços e do autor da página pela reparação do ofendido por aplicação não só do Diploma Civil, mas também pela adoção dos princípios e dispositivos da Lei de Imprensa.

4.3 Os *hackers* ou *crackers*

Foi na década de 50 que surgiu, no *Massachusetts Institute of Technology*, em um grupo de estudantes de tecnologia, o chamado “Movimento *Hacker*”.

Hoje, o conceito de *hacker* desdobrou-se, sendo também conhecida da figura do *cracker*, sendo que ambos ainda se utilizam de práticas de alta técnica na área de computadores para variados e diversos fins.

ROSA⁶⁵ discerne um tipo do outro de forma bem simplificada:

– *Hacker*: é aquele que tem conhecimentos profundos de sistemas operacionais e linguagens de programação, principalmente Unix e C. Conhece as falhas de segurança dos sistemas e está sempre à procura de novas falhas. Invade sistemas pelo prazer de provar a si mesmo que é capaz, sem alterar nada;

– *Cracker*: o mesmo que *Hacker*, com a diferença de utilizar seu conhecimento para o “mal”. Destruir e roubar são suas palavras de ordem. Assim, o *Cracker* usa os seus conhecimentos para ganhar algo; rouba informações sigilosas para fins próprios e destrói sistemas para se exibir.

Assim, embora as duas condutas sejam ilícitas, pois vilipendiam a privacidade do usuário e por vezes daquele que figura na Rede, é certo que a atividade do *cracker* é bem mais perigosa e danosa que a do *hacker*.

Também é certo que hoje se usa o termo *hacker* como gênero, ou seja, para representar as duas atividades acima conceituadas, mas, de fato, o *hacker* não tem o condão principal de lesar o outro.

Além disso, em muito já contribuíram os *hackers* para o desenvolvimento da tecnologia computacional, uma vez que divulgam o conhecimento, tornando conhecidos do público os avanços da ciência cibernética. Entretanto, esse fato não os abona da responsabilidade por danos advindos de sua atuação.

ALCÂNTARA PEREIRA⁶⁶, inclusive, afirma que “[...] é um fato historicamente aceito, tendo em vista que grandes nomes da cultura digital foram *Hackers*, no sentido filológico do termo, se é que se pode dizer assim”.

No caminho inverso estão os *crackers*, que são reconhecidamente delinquentes digitais. Estes usam a Rede para fazer apologia do terrorismo e drogas, praticar espionagem, furtar dados, lesar sistemas, prejudicar e causar danos de ordem financeira, dentre outros inúmeros atos possíveis, mas inimagináveis para os seres humanos comuns e dotados de média inteligência.

⁶⁵ ROSA, Fabrício. **Crimes de Informática**. Campinas: Bookseler, 2002, p. 57.

⁶⁶ ALCÂNTARA PEREIRA. Ricardo. Op. cit., p. 415.

Assim, quando se fala em responsabilidade civil, por serem usuários de computador de forma não autorizada, tanto o *hacker* quanto o *cracker* são sujeitos ativos causadores de danos, e, portanto, guardam para si a obrigação de indenizar aqueles por eles ofendidos. O que variará, conforme a conduta, será o montante da indenização.

Juridicamente, considere-se que o Projeto de Lei no. 84/1999⁶⁷ tipifica várias condutas praticadas na área de informática. E, neste sentido, em havendo uma sentença condenatória na área criminal, faz esta coisa julgada no cível⁶⁸, sendo possível e aconselhável a ação de indenização tendo como objeto o valor dos danos, vez que a conduta, o nexo de causalidade e a culpa já reatarão decididos pela outra seara.

Por outro ângulo, mesmo que a sentença criminal seja absolutória, ainda assim o ofendido poderá acionar o causador do dano para ver-se indenizado pelos prejuízos que tenha sofrido, nos termos dos artigos 64 do Código de Processo Penal⁶⁹ e 935 do Código Civil⁷⁰.

Quanto à incapacidade legal de responder por seus atos, cada vez mais a idade desses ofensores vem diminuindo, chegando a patamares muito baixos. E, caso haja a prática de delito através da *Internet* por quem incapaz, afirma-se sem dúvida que os pais, em sendo responsáveis pela vigilância de seus filhos, também respondem⁷¹ por eles em caso de prejuízos causados por intermédio de sistemas eletrônicos de informações.

Neste caso, importante a medida didática da condenação, aconselhando-se, inclusive, a determinação para que o menor, usando de sua especificidade e conhecimento técnico, utilize-os em favor da comunidade.

Quanto à possibilidade de o ofendido ser ou não conhecido do público, não altera a responsabilidade dos *hackers* e *crackers*, já que, neste caso, a causa da responsabilidade se dá pela conduta ilícita dos ofensores e os prejuízos do ofendido, seja a qual casta pertença.

5. A TECNOLOGIA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE

À frente de todas as arguições que vêm à tona no que pertine ao binômio *Internet*-privacidade, talvez uma das mais importantes, por aliar a proteção jurídica a questões práticas, é aquela referente à possibilidade da atuação conjunta do Direito e da tecnologia.

Quando estes dois ramos poderiam atuar? Em que condições e em que proporções? Como seriam efetivos ao apresentar propostas de solução conjuntas?

Essas e outras questões surgem quando se cogita a hipótese de aliar o aparato jurídico às ferramentas tecnológicas. Ao que parece, em se tratando de *Internet*, além do que já se tem feito na esfera jurídica – ainda em desenvolvimento – deve haver uma relação simbiótica do

⁶⁷ De autoria do Deputado Luiz Piauhyllino, que dispõe sobre os crimes cometidos na área de informática, suas penalidades e outras providências.

⁶⁸ A teor do artigo 63 do CPP: “Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros”.

⁶⁹ CPP. “Artigo 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil. [...]”

⁷⁰ CC. “Artigo 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

⁷¹ A teor do disposto no artigo 932, I, do CC: “São também responsáveis pela reparação civil: I. os pais, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; [...]”.

Direito com o que há de moderno e possível na seara tecnológica.

É certo que tanto os operadores de máquinas e programas estão bem à frente dos técnicos jurídicos no que se refere ao assunto. Assim, nada mais coerente que se permitir que a tecnologia cibernética e seus avanços sejam usados para proteger o patrimônio jurídico das pessoas que tenha sido lesado pela má utilização desta mesma tecnologia.

Atualmente, alguns dos meios mais conhecidos que podem tornar-se poderosos aparatos no auxílio do Direito com o mister de proteger, dentro do possível, a privacidade das pessoas quando o assunto é a Rede mundial de computadores são a criptografia (nela inseridas as chaves públicas e privadas), o PGP, os filtros de acesso e os filtros de conteúdo, os rastreadores de *e-mails* e os *firewalls*.

Estes, aliados a um bom aparato jurídico, tornarão um complexo de proteção à privacidade dos personagens da *Internet*.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil por danos à privacidade **por intermédio e através** do uso da *Internet* surte uma imensa gama de indagações, conjecturas, considerações, sugestões e propostas. E uma proposta hermética não é o caminho mais adequado para encontrar respostas ou soluções para os problemas que surgem durante os estudos.

Entretanto, algumas constatações surgem e devem ser motivo de destaque:

De um lado, deve-se dar relevo para o tratamento da *privacidade* para com o advento e disseminação de métodos e programas pela Rede mundial de computadores. Esta ganhou novas nuances e facetas, assim como também alterou-se o tratamento das tecnologias em razão da crescente preocupação dos ordenamentos jurídicos – e da sociedade – com os direitos civis, especificamente aqueles ligados à personalidade.

Ora, é impossível medir a dimensão da *Internet*, até porque não existe um cerne para a realização de qualquer tipo de controle, nem um crescimento comedido e ordenado. A sua evolução se dá de forma exponencial e desenfreada, chegando aos lugares mais inóspitos do globo em qualquer horário e a cada dia com mais frequência e interesse por todos. Não há limite territorial, temporal ou social para a Rede, com a única exceção dada pelos excluídos digitais. Esses, que são preocupação nova da maioria dos chefes de nação, são os que ainda não se vêem atingidos pela atividade cibernética mundial, seja ela danosa ou não. Mas, exceto para aquele bloco que ainda se mantém na exclusão digital, todos os demais humanos sofrem as influências e gozam dos benefícios do desenvolvimento e disseminação da Rede mundial de computadores.

Por outro lado, esses mesmos participantes do mundo digitalizado também podem ser *vítimas* do mesmo mecanismo que lhes traz tantas benesses.

Daí surge a necessidade de um limite para a Rede: o limite jurídico.

É certo que a *Internet* não está em um lugar. Também não se pode mensurar o tempo como dantes, em que era considerado o período entre dois fatos. Com a Rede, esse contexto se alterou, assim como também mudou a sociedade, outrora dividida em territórios ou nações separados por milhas de terra ou mar. Hoje pessoas de lugares muito distantes podem comunicar-se em tempo real. Assim, o que resta – e que precisa ter efetividade – é o limite jurídico, como já aduzido alhures, seja de forma microssocial (normatização interna das nações) ou

globalizada (uma codificação firmada por todos os países do globo).

No que pertine à esfera jurídica, outra certeza trazida com o trabalho foi a de que não há necessidade da criação de um direito extremamente específico para o ramo. O que prescinde é a adequação dos suportes legais já disponíveis ao advento da *Internet*, fazendo com que as Leis já existentes ganhem eficácia também nesta seara.

Aqui, combate-se a idéia da criação de um direito informático, ou cibernético, com o seguinte argumento: todas as vezes que algo novo surgir na sociedade, ter-se-á que criar um ramo novo do Direito para regrá-lo? Se assim fosse, já teríamos o direito da eletricidade, direito da telefonia, direito da genérica, direito do jornalismo, direito do cinema, direito da radiação, e assim por diante...

Este tipo de afirmação faz com que alguns doutrinadores⁷², também partidários da mesma tese, até afirmem que a *Internet* é um novo meio para a realização de velhos delitos.

Imperioso, sim, que seja efetuada uma flexibilização ou complementação das normas já existentes (somente a título de exemplo, a Lei dos Direitos Autorais, a Lei de Imprensa, a legislação acerca das comunicações, a Lei de Registros Públicos, o Código de Defesa do Consumidor) para fazer com que se abranjam as relações cibernéticas. Mas a criação de um chamado direito próprio somente atingiria, por um curto espaço de tempo, algumas das inúmeras situações que podem surgir ao se utilizar da *Internet*.

O fato é que as normas legais acerca da *Internet* não podem ser casuísticas. Devem, sim, ter caráter aberto de forma que lhe garantam a permanência e longevidade, aspectos que a extrema especificidade prejudicará em muito pouco tempo, ficando relegada à legislação extravagante apenas aspectos pontuais e para cuja especificidade exigiria uma norma própria.

Nossa sociedade não precisa de um Direito da Informática. Precisa de adequação aos institutos já existentes e uma legislação específica a ponto de os amparar e esclarecer alguns aspectos pontuais e inerentes ao assunto, quando necessário.

Não se sabe para onde caminha o destino do ciberespaço, nem de que forma se delineiam seus contornos e limites, e, diante desta incerteza e inexatidão, uma codificação fechada sobre o assunto não vigoraria nem abrangeria com eficiência todas as questões advindas e criadas pelo cotidiano, desservindo de aparato para o magistrado ou como norma de conduta para os usuários da Rede. Isto se dá, mormente quando se trata da *Internet* e as relações pessoais, não se deslembrando da abordagem bidimensional da relação humana através da *Internet*.

Que dupla dimensão seria essa?

Primeiro, o ponto de vista do usuário do computador ligado à Rede.

Segundo, o prisma daquele notório, que tem a sua imagem e notícias a seu respeito veiculadas pela *Web*.

Muito se tem falado acerca da violação de dados, de programas, de intra-redes, enfim. Mas muito pouco há em nossa doutrina e jurisprudência acerca do outro lado, ou seja, daquele que diariamente corre o risco de ter violada a sua privacidade por intermédio da atividade nociva de *crackers* ou outros delinquentes virtuais, com exceção de alguns julgados acerca de danos morais por ofensa à honra ou divulgação indevida de imagem. O mote, então, foi abranger horizontalmente as modalidades de afronta que pode sofrer qualquer um desses

⁷² Essa afirmação é feita por GÓIS JUNIOR, José Caldas. **O Direito na Era das Redes**. Edipro, 2001, p. 12.

participantes da *Internet*: tanto o anônimo quanto o publicamente conhecido.

É certo que qualquer uma das formas prejudiciais da privacidade humana abordadas poderia suscitar um pequeno tratado, mas, como afirmado, o objetivo da pesquisa foi buscar uma visão ampla de quantas possibilidades existem e quais os riscos que sofre o internauta na atualidade, e trazer o que já há de efetivo em termos de jurisprudência pátria e legislação disponível.

Ademais, para que não se fique com a impressão de que o caos reinará em pouco tempo em matéria de privacidade e *Internet*, uma vez que a evolução tecnológica em muito ultrapassa a velocidade da criação dos veículos de proteção jurídica, a parte final do texto trata do que já há de disponível para a preservação e prevenção contra as afrontas ao patrimônio imaterial das pessoas quando se trata da Rede.

Nesse contexto – o que traz uma visão otimista à pesquisa –, não se pode deixar de considerar que as próprias leis e mecanismos da informática (desde que usadas com bom senso e cautela) são poderosos instrumentos na prevenção e no combate aos prejuízos causados à privacidade dos humanos por intermédio da *Internet*.

O ideal seria aliar-se os dois aspectos (lei e ciência), pois, quando se trata de *Internet*, uma excelente legislação sem o aparato tecnológico que traga aplicabilidade àquela pode vir a transformá-la em somente um protocolo de boas intenções.

Diante disso, não se alcançará o nível esperado de efetividade de uma lei, sem que juntamente com ela venham criados ou adequados as técnicas, os mecanismos e/ou métodos operacionais que permitam a sua plena aplicação, conferindo, desta feita, a tutela ao direito à privacidade dos humanos que se utilizam da *Internet* para trabalhar, para o lazer, para comunicar-se, enfim.

7. ABSTRACT

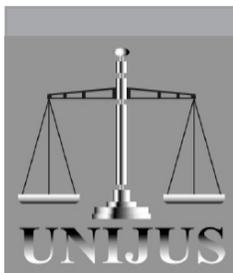
It studies the possibilities of confronts against the privacy of the Internet users, trying to find the adequate elements to make possible the indemnity. It investigates the national legislation, the doctrine (native and foreign) about this subject, beyond the banks of national jurisprudence, being these, the main conclusions: a) many are the ways of causing moral damages to the people that use the Net; b) the foreign law is advanced in detriment of the national one concerning the subject, that only makes it of a not including form, fitting to the Magistrates to fill the legal gaps when they analyze this type of concrete cases; d) the technology creates risks to the human being privacy, but also it brings solutions that prevent and support the legal apparatus aiming at to the protection of the offended ones, identification of the ofensors and the repairing of the moral patrimony of those. Then, one perceives that only it will have effectiveness and security in these legal relationships - as well as of its correct use as media - when will have a legal joint cash that the limit and regulates.

Key-words: *privacy. Internet. Indemnification. Moral damages.*

8. REFERÊNCIAS

- AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**. 10^o. ed., v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- ALCÂNTARA PEREIRA, Ricardo. **Ligeiras Considerações sobre a Responsabilidade Civil na Internet**. In: BLUM, Renato Ópice. (Coord.). **Direito Eletrônico**. Bauru: EDIPRO, 2001.

- ATHENIENSE, Alexandre. **Dentro da lei: Orkut e usuários podem ser condenados por ofensa à honra.** Revista Consultor Jurídico. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/36326,1>. Acesso em 14 fev. 2008.
- BLUM, Renato Ópice; ABRUSIO, Juliana Canha. **Empregados devem ser avisados que serão monitorados.** In: KAMINSKI, Omar (Coord.). *Internet Legal – O Direito na Tecnologia da Informação.* Curitiba: Juruá, 2003.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** São Paulo: Malheiros, 2002.
- CRUMLISH, Cristian. **Dicionário da Internet.** Rio de Janeiro: Campus, 1997.
- DRUMOND, Victor. **Internet Privacidade e Dados Pessoais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- FOLHAONLINE. 2008. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u345116.shtml>. Acesso em 13 fev.
- FROTA, Hidemberg Alves da. A Proteção da Vida Privada, da Intimidade e do Segredo no Direito Brasileiro e Comparado. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba-MG, V. 9, n. 11, p. 79- 108, nov. 2006.
- GÓIS JUNIOR, José Caldas. **O Direito na Era das Redes.** Bauru: Edipro, 2001.
- GONÇALVES, Sérgio Ricardo Marques. **O Comércio Eletrônico e suas Implicações Jurídicas.** Bauru: EDIPRO, 2001.
- HENKEL, Heinrich. Apud 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.
- MICROSOFT WEBSITE. Disponível em <http://www.microsoft.com/portugal/Seguranca/bcp/newsletter_agosto_204.msp>. Acesso em: 02 Ago 2004.
- MONTEGRO, Antonio Lindberg. **A Internet em suas Relações Contratuais e Extracontratuais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- MORAES E SILVA NETO, Amaro. **Spam: Abuso de Direito ou Ilícito Civil?** In: KAMINSKI, Omar (Coord.). *Internet Legal – O Direito na Tecnologia da Informação.* Curitiba: Juruá, 2003.
- NOJIRI, Sérgio. O Direito à Privacidade na Era da Informática: Algumas Considerações. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba-MG, v. 8, n. 8, p. 99-106, maio 2005.
- PEREIRA, Ricardo Alcântara. **Ligeiras Considerações sobre a Responsabilidade Civil na Internet.** São Paulo: Edipro, 2001.
- RG3NET. **Redirecionamento de URL.** Disponível em <http://www.rg3.net/redirecionadores>> Acesso em: 04 Set. 2004.
- ROSA, Fabrício. **Crimes de Informática.** Campinas: Bookseler, 2002.
- SALGE, Cláudia Aparecida. O Direito Penal e as Fraudes Bancárias Praticadas por Meio da Internet. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba-MG, v. 10, n. 12, p. 217-232, maio, 2007
- SCUA. **Informações precisas e seguras para estratégias inteligentes.** Disponível em http://www.scua.com.br/seguranca/conceitos/ataques_cavalosdetroia.htm>. Acesso: 02 Ago 2004.
- SENISE LISBOA, Roberto. **A Inviolabilidade de Correspondência na Internet.** São Paulo: Edipro, 2000.
- UNIVERSIA@KNOWLEDGEWHARTON WEBSITE. Acesso: 14 fev. 2008. Disponível em <http://www.wharton.universia.net/index.cfm?fa=viewfeature&id=1156&language=portuguese>
- WHATIS. **The Leading IT Encyclopedia and the Learning Center.** Disponível em <http://www.whatis.com/definition/0%2C%2Csid9_gci212806%2C00.html> Acesso em 30 ago. 2004.



EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL – APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.232/2005

Cláudio Mota¹

RESUMO

A partir da Lei nº 11.232, de 2005, a execução por título judicial passou a denominar-se liquidação e cumprimento de sentença, cujo trato da matéria está descrito nos artigos 3º e 4º da lei em comento; a liquidação poderá ser feita por artigos ou arbitramento; por simples cálculo e a requerimento do credor, o devedor é intimado para, em quinze dias, pagar o valor apurado sob pena de ser-lhe imposta uma multa; em não ocorrendo o pagamento e sendo realizada penhora de bens do devedor, este será intimado, na pessoa do seu procurador; prazo de quinze dias para impugnação que, em regra, tem efeito devolutivo; possibilidade de cumprimento provisório da sentença; constituição de capital para cumprimento de prestação alimentícia; cabimento de recursos; direito intertemporal; das formas de intimação e sucumbência.

Palavras-chave: Liquidação. Cumprimento da sentença. Direito intertemporal. Ampla defesa. Contraditório.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. O artigo 3º da Lei nº 11.232, de 2005 (da liquidação da sentença) – 2.1 Artigo 475-A (quando liquidar a sentença) – 2.2 Artigo 475-B (liquidação da sentença por simples cálculo aritmético) – 2.2.1 Marco inicial do prazo de 15 dias para o pagamento e a intimação na pessoa do advogado – 2.3 Artigos 475-C ao 475-G (das liquidações por artigos e arbitramento) – 2.4 Artigo 475-H (do recurso cabível em face da liquidação da sentença) – 3. O artigo 4º da Lei nº 11.232, de 2005 (do cumprimento da sentença) – 3.1 Artigo 475-I (da forma do cumprimento da sentença) – 3.2 Artigo 475-J (prazo, sanção e penhora na fase do cumprimento da sentença) – 3.3 Artigo 475-L (da impugnação ao cumprimento da sentença) – 3.4 Artigo 475-M (efeito da impugnação) – 3.5 Artigo 475-N (dos títulos executivos judiciais) – 3.6 Artigo 475-O (da execução provisória) – 3.7 Artigo 475-P (da competência para se processar o cumprimento da sentença) – 3.8 Artigo 475-Q (da prestação alimentícia, por condenação em indenização por ato ilícito) – 3.9 Artigo 475-R (da aplicação subsidiária das normas do processo de execução por título extrajudicial) – 4. O Direito intertemporal – 5. Das intimações para a liquidação e cumprimento da sentença – 5.1 A intimação referente ao artigo 475-A – 5.2 A intimação referente ao artigo 475-B – 5.3 A intimação referente ao artigo 475-J, § 1º – 6. Dos honorários advocatícios – 7. Conclusões – 8. *Abstract* – 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Com o intuito de introduzir maior celeridade e efetividade à fase executiva, no procedimento cognitivo, o legislador alterou, ao longo dos últimos catorze anos, alguns dispositivos

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de Uberaba. Pós graduado em Direito e Processo Civil pela Universidade de Uberaba. Serventuário da Justiça, lotado na Contadoria Judicial da Comarca de Uberaba - MG.



do Código de Processo Civil.

As Leis nºs 8.898, de 1994; 10.444, de 2002 e 11.232, de 2005, trouxeram significativas alterações, acréscimos e revogações à legislação processual civil, notadamente com relação à liquidação de sentença. Com relação a esta última, os reflexos foram, e ainda são, de monta considerável, quer seja com relação à intimação (se do devedor ou deste na pessoa do advogado) ou se, realmente, haverá de trazer a rapidez que se almeja, desde a distribuição até o arquivamento do feito.

A Lei nº 8.898, de 30 de junho de 1994, além de afastar a obrigatoriedade dos cálculos de liquidação de sentença pelo Contador Judicial (alteração do *caput* do artigo 604), incluiu o parágrafo único ao artigo 603 e alterou as redações dos artigos 605 e 609.

A Lei nº 10.444, de 08 de maio de 2002, fez inserir os parágrafos 1º e 2º ao artigo 604, aclarando quanto à impossibilidade na confecção do cálculo de liquidação de sentença por falta de documentos em poder do executado e disponibilizando duas situações em que o magistrado possa se valer do Contador do Juízo.

A Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, publicada no Diário Oficial da União em 23 de dezembro do mesmo ano, revogou o Capítulo VI, Título I do livro II (artigos 603 ao 611), e introduziu os artigos 475-A ao 475-R, no Capítulo IX, Título VIII do livro I, do Código de Processo Civil, dentre outros.

O impacto, advindo pela substancial alteração introduzida no Código de Processo Civil pelos artigos 3º e 4º da Lei nº 11.232, de 2005, que entrou em vigor em 24 de junho de 2006, tem trato apurado entre os doutrinadores, gerando entendimentos diversos com o intuito de posicionamento quanto à limitação de defesa, do executado, quando retira a possibilidade dos embargos, em que era amplo o direito de defesa e institui as situações de impugnação previstas no artigo 475-L. O certo é que, não obstante as formas aparentemente taxativas de defesa, ao devedor são lícitas outras arguições de impugnação como, por exemplo, a objeção ou exceção de executividade. Denota-se que há outras matérias de defesa além das explicitadas pela reforma introduzida pela Lei nº 11.232, de 2005.

Pode-se concluir que, numa visão específica no trato da liquidação e cumprimento da sentença (artigos 3º e 4º da Lei nº 11.232, de 2005), essa necessária reforma não gera prejuízo à parte vencida, ao passo que, cumprindo o *decisum*, mediante o pagamento do valor devido, ela estará desobrigada da imposição da multa (artigo 475-J – 1ª parte); mister lembrar que a satisfação do direito subjetivo do credor poderá ocorrer através de pagamento do débito pelo devedor, podendo este optar pela garantia do juízo, querendo, para que se possa manejar, através de simples petição, observado o disposto no § 2º do artigo 475-M, impugnar a pretensão “executiva” do credor. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR explica que “[...] o credor, para ter seu direito subjetivo satisfeito, depende de ato do devedor”.²

Nota-se que, com a recém reestruturação da legislação processual civil, busca-se a economia processual e, via de conseqüência, a rápida prestação jurisdicional. Com isso evidencia-se a pretensão do desígnio buscado, qual seja, a satisfação do provimento judicial, pelo devedor.

Não se pode olvidar que, enquanto se amplia a possibilidade de defesa da parte vencida, indubitavelmente, está-se restringindo o alcance da pretensão do vencedor, qual seja, ver

² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro:Forense, 2006, p. 125.

realizado seu direito perseguido pela via judicial apropriada. As inovações introduzidas pela Lei nº 11.232, de 2005, aparentemente, arremete a uma maior celeridade processual ao impedir a possibilidade de se inaugurar um novo procedimento, *in casu*, embargos do devedor. Diz-se “aparentemente” porque, ao revogar os artigos do ordenamento processual civil, que tratava da defesa por meio dos embargos à execução, o legislador introduziu as formas taxativas de defesa (artigo 475-L), onde haverá decisão resolvendo a impugnação, cabendo à parte interpor, querendo, agravo de instrumento ou recurso de apelação (artigo 475-M, § 3º).

As inovações coíbem a possibilidade de outra ação de conhecimento como ocorria freqüentemente nos embargos à execução. A este respeito, assevera HUBERTO THEODORO JÚNIOR:

As reformas do Código de Processo Civil, [...], correspondem, inquestionavelmente, a um sadio projeto de medidas aparentemente singelas, mas que com sabedoria penetram na própria estrutura de nosso sistema processual, [...].

Com efeito, se esta foi concebida justamente como uma atividade de satisfação do direito do credor e para sujeição do devedor a cumprir a prestação já acertada e liquidada pela sentença, como entender que fosse essencial ao direito de defesa do obrigado o ensejo à instauração de um novo e amplo contraditório em ação de conhecimento incidental de embargos?

Era justamente esse expediente que propiciava ao devedor inadimplente postergar, maliciosa e indefinidamente, a realização do direito do exequente.³

Exemplifica seu posicionamento:

[...] as ações executivas, como o despejo, as possessórias, e outras de igual procedibilidade, seguem milenarmente o padrão unitário (certamento e execução numa só ação e num único procedimento) sem que jamais se tivesse erguido voz alguma para qualificá-las como violadoras da **garantia do contraditório e ampla defesa**.⁴ (g. n.)

Não se pode argüir afronta aos ditames constitucionais concernentes à ampla defesa e ao contraditório, pois esses princípios constitucionais processuais já teriam sido fartamente possibilitados e, largamente debatidos, nas fases processuais da ação cognitiva. Ainda, há de se destacar que não se está obstruindo qualquer meio de defesa, própria do vencido, e, sim, busca-se assegurar a efetividade e celeridade à satisfação da prestação jurisdicional pretendida pelas próprias partes.

2. O ARTIGO 3º DA LEI Nº 11.232, DE 2005 (DA LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA)

O artigo 3º da Lei 11.232, de 2005, que inseriu o Capítulo IX ao Código de Processo Civil, trata das situações de liquidação de sentença que, antes do advento da legislação atual, estava prevista nos artigos 603 ao 611 do Código de Processo Civil, hoje revogados.

³ Obra citada, p. 110-112.

⁴ Obra citada, p. 113.

A sentença, *in casu*, é condenatória e pende da voluntariedade do devedor ou ação do credor para que haja satisfação do direito deste.

LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART expressam o ensinamento:

[...], se a sentença condenatória não for cumprida pelo réu, ela, por si só, não bastará para que o direito do autor seja realizado, [...].

[...] a sentença condenatória é caracterizada pela sanção executiva; [...], porque abre oportunidade para a execução.⁵

Ainda, no vigor de explicitar sobre a compreensão das sentenças de procedência, especificamente com relação às condenatórias, citam Liebman:

A execução consiste na realização de certas medidas que em conjunto representam a sanção para a falta de observância do direito material. Mas os órgãos incumbidos dessa atividade só a podem exercer quando houver regra jurídica (regra sancionadora) que assim o determine. Ora, as regras sancionadoras abstratas, quer expressas (como as do direito penal), quer latentes na estrutura orgânica da ordem jurídica (como as que prescrevem a execução civil para o caso de falta do cumprimento da obrigação), não se tornam automaticamente concretas pela simples ocorrência do ato ilícito. Seja este um crime ou um ilícito civil, o autor do fato não é só por isso submetido à atuação da sanção: esta deve ser-lhe aplicada, imposta, determinada para o caso concreto que lhe foi imputado. A condenação representa exatamente o ato do juiz que transforma a regra sancionadora de abstrata e latente em concreta, viva, eficiente.⁶

Uma das significativas alterações repousa na situação de que não mais haverá a necessidade de se instaurar um novo procedimento autônomo, qual seja, execução por título judicial, visando à satisfação do crédito definido pela sentença, pois, a partir de 24 de junho de 2006, a liquidação de sentença constitui-se de uma fase processual imediatamente posterior à prolação da sentença no procedimento cognitivo. A este respeito, a doutrina tem-se manifestado, e, assim, DORIVAL RENATO PAVAN comenta:

Com a entrada em vigor da Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que promoveu uma completa reformulação na execução decorrente de obrigação de pagar quantia certa imposta em sentença proferida no processo de conhecimento, houve um rompimento do modelo tradicional do processo civil brasileiro, em que a parte tinha a necessidade de se valer de *dois processos* para forçar o devedor a cumprir uma só obrigação. Agora, com o que se denominou intitular de *processo sincrético*, inicia-se uma nova fase, e não mais um novo processo destinado a forçar o devedor a cumprir o julgado.⁷

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 426.

⁶ Obra citada, p. 426-427.

⁷ PAVAN, Dorival Renato. **Revista Prática Jurídica** – “Procedimento e Forma Para a Intimação do Devedor Para Cumprimento Voluntário da Sentença – Art. 475-J da Lei nº 11.232/05”, ano V – nº 56, Brasília.DF: Editora Consulex, 30/11/2006, p. 59.

Após a *vacatio legis* da Lei nº 11.232, de 2005, deixou de existir no ordenamento jurídico o que, até então, era vivenciado pelo credor onde havia a necessidade de se buscar o reconhecimento do direito, através do procedimento cognitivo e, posteriormente, num outro procedimento, agora executivo, a efetivação da satisfação daquele direito. Obviamente que, observados os direitos constitucionalmente garantidos⁸, às partes eram facultadas as possibilidades de se intentar recurso de apelação, um em face da sentença que reconheceu o direito (ou não), e outro quando a parte embargava a execução, e destes embargos outra sentença era proferida, e desta outra cabia recurso. Com isso, havia uma marcha retrógrada à efetiva prestação jurisdicional satisfatória, e, com o advento das alterações retro citadas, restringiram-se os recursos às situações descritas nos artigos 475-H, 475-L e 475-M, § 3º.

Não que a recente mudança trará solução à pretensão do credor, mas o certo é que lhe proporcionará maior rapidez e efetividade com o fito de ver assegurado o pagamento, a obrigação de fazer ou de não fazer e a entrega de coisa, do objeto pretendido no procedimento cognitivo, em fase de cumprimento de sentença com posteriores atos executivos, estes vistos a partir do § 1º do artigo 475-J.

2.1 Artigo 475-A (quando liquidar a sentença)

O artigo 475-A do Código de Processo Civil trata da liquidação de sentença que não determina o valor devido. Nas palavras de ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO:

[...] Liquidação da sentença é o procedimento que, [...] por meio do qual se busca a definição precisa do *quantum debeatur* da obrigação reconhecida, [...], como forma de permitir o preenchimento do requisito da liquidez do título executivo (art.586) e viabilizar a instauração da fase de execução ou do “cumprimento da sentença”, como diz o art.475-I. [...]⁹

JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER, na mesma linha, assim se expressa:

A liquidação de sentença é o procedimento a ser adotado antes da execução, provisória ou definitiva, quando a sentença carecer de “liquidez”, ou seja, não tenha individualizado o valor devido na obrigação, dando a falsa ilusão de que a liquidação de sentença dá-se apenas para obrigações pecuniárias.¹⁰

Cabe à parte interessada, querendo, requerer a liquidação da sentença, com intimação da parte contrária na pessoa do seu advogado, salvo nos casos em que haja necessidade da intimação pessoal. Sobre a intimação, JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER ensina que ela ocorre “[...] como no de renúncia do procurador do réu noticiada nos autos, na liquidação de

⁸ MORAIS, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, Artigo 5º, LV. 5.** Ed. São Paulo:Atlas, 2005, p. 365.

⁹ COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. **Código de Processo Civil Interpretado.** 5. Ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2006, p. 682.

¹⁰ TESHEINER, José Maria Rosa (coord). **Nova Sistemática Processual Civil.** 2. Ed. Caxias do Sul, RS: Plenum, 2006, p. 101-102.

sentença penal condenatória ou para liquidação de sentença estrangeira.”¹¹

Observa-se que não mais haverá a citação, posto que o cumprimento de sentença é uma fase processual. Sendo assim, dispensa-se a obrigatoriedade da instauração de um novo procedimento dentro da ação cognitiva, como até 23 de junho de 2006 era processado.

A intimação ao advogado far-se-á via Imprensa Oficial, nos termos dos artigos 237 ou 239 do Código de Processo Civil, como ensina ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO.¹²

No § 2º do artigo 475-A, há previsão de liquidação em autos apartados, mas somente quando a sentença tiver sido atacada por recurso não recebido no efeito suspensivo, situação em que a parte credora deverá instruir o pedido, com as cópias xerográficas essenciais e pertinentes devidamente autenticadas, podendo o advogado declará-las cópias autênticas, com amparo ao preceito processual inserto na parte final do § 1º do artigo 544 do Código de Processo Civil: “[...] As cópias das peças do processo poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal”.

A autenticação das peças processuais, para requerer a “execução” provisória, é obrigatória, podendo, a autenticação, ser feita pela própria Secretária do Juízo onde tramita o feito, pelo Oficial do Cartório de Notas ou pelo próprio advogado (artigo 475-O, § 3º *caput* e incisos).

Ao revogar os artigos 570 e 605, do Código de Processo Civil, o legislador infra-constitucional, aparentemente dissipou do ordenamento jurídico a possibilidade do devedor de apresentar a planilha de cálculo e o respectivo depósito do que entendia ser devido. Ocorre que basta uma leitura mais atenta ao artigo 475-A, *caput*, e parágrafos 1º e 2º do Código de Processo Civil:

Artigo 475-A – Quando a sentença não determinar o valor devido, **procedese à sua liquidação.**

§ 1º - Do requerimento de liquidação de sentença **será a parte intimada**, na pessoa de seu advogado.

§º 2º - **A liquidação poderá ser requerida na pendência de recurso**, processando-se em autos apartados, no juízo de origem, **cumprindo ao liquidante** instruir o pedido com cópias das peças processuais pertinentes. (g. n.).

[...]

Observa-se que, em nenhum momento, está-se referindo ao credor (ou exequente), assim, pode-se perfeitamente concluir que a liquidação de sentença poderá ser requerida por qualquer uma das partes litigantes.

Depara-se com duas exceções à regra do *caput* do artigo em comento. Trata-se do § 3º, hipóteses em que o juiz está obrigado a fixar o valor devido, se necessário, ao seu prudente critério: a primeira refere-se ao procedimento “de ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre” (artigo 275, inciso II, “d”); a segunda refere-se às ações “de cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução” (artigo 275, inciso II, “e”).

¹¹ Obra citada, p. 102.

¹² Obra citada, p. 683-684.

2.2 Artigo 475-B (liquidação da sentença por simples cálculo aritmético)

Se os cálculos a serem elaborados na liquidação de sentença forem de menor complexidade, e se necessitar apenas de cálculo aritmético, o credor, através de petição, irá requerer a intimação pessoal, para “[...] o cumprimento da sentença, na forma do art. 475-J desta Lei, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo.” (*caput* do artigo 475-B). A “menor complexidade” acima referida diz respeito ao cálculo simples em que a parte, com base nas tabelas que corrigem os débitos oriundos de sentença, divulgadas pelas Corregedorias dos Estados, procederá a sua confecção, e em se tratando de cálculo que exija um conhecimento técnico contábil, por exemplo, as liquidações previstas nos artigos 475-C ao 475-G, o magistrado nomeia um profissional, a pedido da parte interessada e demonstrada a real necessidade, para que elabore a planilha pormenorizada de cálculo.

Para RENATO LUIZ DRESCH:

O cálculo aritmético será utilizado sempre que houver condenação em valor líquido e a apuração do valor da execução demandar apenas a atualização dos valores o que será realizado **com base em dados que já estão nos autos**. O procedimento se resume na aplicação de juros, correção monetária e verbas sucumbenciais acessórias, como custas e honorários de advogado sobre o valor da condenação.¹³ (g. n.)

A observação apontada por Dresch, visualizada no destaque acima, tem o cunho de alerta para o disposto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 475-B, onde, se os dados necessários à elaboração da memória de cálculo estiverem em poder do devedor ou terceiro, deverá, o credor, requerer que sejam os citados dados trazidos aos autos, num prazo de até 30 dias, e, caso os dados não sejam apresentados, sem justo motivo, o magistrado ordenará que se efetue o depósito na secretaria do Juízo ou noutro lugar, no prazo de 5 dias, sob pena de se proceder à busca e apreensão, podendo, o devedor e/ou o terceiro, incorrer em “[...] responsabilidade por crime de desobediência.” (art. 362 do Código de Processo Civil)

Não efetuado o pagamento do valor exequendo no prazo de quinze dias, o devedor arcará com uma multa de 10% sobre o valor da condenação. Quanto ao “valor da condenação”, como já explicitado alhures, deve ser compreendido como todas as verbas delimitadas pela sentença, e normalmente essas verbas são representadas pelo valor fixado pelo juiz, pelas custas e/ou despesas processuais e honorários advocatícios, e em alguns casos acrescem-se os percentuais fixados pela litigância de má-fé (artigos 17 e 18 do Código de Processo Civil) e pelo ato atentatório à dignidade da justiça (artigos 600 e 601 do Código de Processo Civil), e, também, os honorários periciais.

Os parágrafos 1º e 2º, do artigo 475-B, permitem ao credor requerer ao juiz que sejam requisitados, do devedor ou terceiro, os dados essenciais à elaboração da memória de cálculo, em prazo fixado não superior a trinta dias para a apresentação dos elementos requisitados. Nítidas duas situações: em se admitindo que o devedor não cumpra a determinação judicial, os cálculos apresentados pelo credor serão considerados corretos, e, se o terceiro que estiver na posse dos dados para a confecção dos cálculos não atender à requisição judicial, o juiz poderá

¹³ DRESCH, Renato Luiz. *Jornal Minas Gerais, Diário do Judiciário – caderno II. “A nova liquidação e a execução de sentenças conforme a lei nº 11.232/2005”*. Abi CXIV. nº 181. Belo Horizonte. MG:Imprensa Oficial, 30/09/2006, p. 27.

determinar a expedição de mandado de apreensão, com ou sem o auxílio de força policial, podendo ainda o terceiro “desobediente” incorrer em crime de desobediência (2ª parte do artigo 362 do Código de Processo Civil), obviamente, tudo depois do devido processo legal.

Sempre que a sentença contiver todos os elementos necessários à confecção dos cálculos, admite ARAKEN DE ASSIS que não há iliquidez:

[...] permitir a apresentação da planilha pelo credor e, ao mesmo tempo, colher a manifestação do devedor igualmente infringe o art. 475-B, em seguida à apresentação do demonstrativo, impõe-se expedir o mandado de penhora e de avaliação (art. 475-J, *caput*), sem esquecer a possibilidade de citação (art.475-N, parágrafo único). Essa sugestão, de *lege ferenda*, cria procedimento misto, totalmente à margem da legalidade. Porém, não é possível fechar os olhos à realidade, em muitas situações, o credor apresenta planilha com valores irrealis e distorcidos, provocando graves consequências quanto ao objeto da penhora, que recairá nos bens suficientes à satisfação do pretendo crédito (art.659). Ademais, há casos em que o credor não dispõe de recursos para pagar o perito particular, figura indispensável para elaborar a planilha nas liquidações de cálculos mais complexos, ou, então, os elementos imprescindíveis se encontram em poder do devedor.¹⁴

As situações expostas no texto transcrito já encontram amparo jurisprudencial, afirma o mesmo jurista, ao admitir, em casos excepcionais, que o contador do juízo desempehe a função de perito na elaboração da planilha de cálculos, de natureza complexa, aos necessitados.¹⁵

Quando os cálculos apresentados pelo credor estiverem desconformes ao comando da sentença ou nos casos em que a parte estiver amparada pela Lei 1.060, de 1950, o juiz poderá determinar a remessa dos autos à Contadoria Judicial para que seja elaborado o cálculo do valor devido com base na sentença (§ 3º do artigo 475-B), e, se o credor não concordar com o cálculo do Contador do Juízo, prosseguirá a execução pelo valor originariamente pretendido, devendo o objeto a ser penhorado guardar equivalência com o valor apurado pelo Contador Judicial (§ 4º do artigo 475-B).

Mister expor que o Contador Judicial, em regra, elaborará novo cálculo de liquidação de sentença, devendo, para tanto, ser observados os limites explicitados na sentença, podendo, também, a critério do juiz, proceder à conferência do cálculo apresentado pelo credor.

Notadamente, no tocante à 1ª parte do § 3º c/c § 4º do artigo 475-B, por certo que haverá de ser ouvido o credor, e ao devedor não lhe alcança tal regra. Tal afirmativa se justifica pelo fato de que o juiz tem a faculdade de determinar que o Contador Judicial se pronuncie acerca dos cálculos apresentados pelo credor, ante o aparente excesso dos limites determinados pela sentença.

Assim, o credor poderá manifestar sobre os cálculos do contador do juízo, observado o § 4º do artigo 475-B, enquanto ao devedor é facultada a impugnação na forma do artigo 475-L. Entretanto, poder-se-á admitir a exceção de executividade, ainda que seja nesta fase processual, qual seja, a fase do requerimento para o cumprimento de sentença (artigo

¹⁴ ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 10. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2006.p. 271-272.

¹⁵ Obra citada, p. 272 (nota de rodapé nº 464).

475-B), na forma do artigo 475-J. Já no que concerne à 2ª parte do § 3º do artigo 475-B, o juiz poderar valer-se do contador do juízo nos casos amparados pela Lei 1.060, de 1950. A este respeito, ARAKEN DE ASSIS, numa visão procedimental, facilita o entendimento do assunto em pauta:

[...] verificando o juiz, antes de ordenar a expedição do mandado, que a planilha do credor excede, aparentemente, os “limites da decisão exequenda”, remeterá os autos ao contador do juízo, com o fito de apurar o *quantum debeatur*. É natural que se dê vista do cálculo ao credor. Ele deverá manifestar, conforme o art. 475-B, § 4, sua concordância, ou não, com a planilha do contador, no prazo de cinco dias (art. 1.815). Nenhuma manifestação do executado se revela conveniente ou necessária, porém a oportunidade não é de contraditório entre as partes, que reviveria o sistema abolido.¹⁶

Pode-se afirmar que o artigo sob enfoque corresponde a um ponto de transição entre a “fase de liquidação e cumprimento de sentença” e a de “cumprimento de sentença com atos executórios”. Daí surge a afirmação de que até o artigo 475-H denominam-se as partes processuais de “credor” e “devedor”. A partir do artigo 475-I, poder-se-ão dispensar às partes as denominações “exequente” e “executado”. Ambas correspondem a fases processuais. A partir da possibilidade do ato expropriatório (§ 1º do artigo 475-J) surge a característica de execução do título. Até então, somente ocorre a apuração do *quantum debeatur*, pelo credor (artigo 475-B c/c artigo 475-J, primeira parte, observados os parágrafos 3º e 4º do artigo 475-B), e intimação do devedor para, em ato volitivo, satisfazer a pretensão do direito subjetivo do credor, por meio do pagamento do débito. Ressalta-se que este é posicionamento do signatário deste artigo, que se estriba exclusivamente no exposto neste parágrafo.

Coadunando com a opinião exposta no parágrafo anterior, RENATO LUIZ DRESCH admite haver mudança terminológica, argüindo que “O art. 475-B foi deslocado para o processo de conhecimento com alteração apenas terminológica. No lugar de ‘execução’ utiliza a expressão ‘cumprimento da sentença’”.¹⁷

NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY admitem, já a partir desse artigo, que se trata de uma execução, ao enfatizar na nota nº 4 do artigo 475-B que “[...] O credor poderá fazer o demonstrativo dos cálculos no **próprio requerimento da execução (cumprimento da sentença)**. [...]”.¹⁸ (g. n.).

Na mesma esteira, JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER afirma que se trata de execução do julgado e não cumprimento do julgado, e que “[...] O credor inicia, desde logo, o **procedimento executivo**, [...]”. Mais adiante argumenta que “É indispensável **à execução do julgado** a memória de cálculo [...]”.¹⁹ (g. n.).

Com todo o respeito, entendo ser mais próprio o emprego de “cumprimento da sentença” e, não o de “execução”.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR e ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MA-

¹⁶ Obra citada, p. 274.

¹⁷ Obra citada, p. 27.

¹⁸ NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 9. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2006, p. 632.

¹⁹ Obra citada, p. 105.

CHADO argumentam haver alguns requisitos próprios de execução. Aquele entende que “[...] deve ser cumprido o mandamento oriundo de sentença dotada de carga predominantemente executiva.”²⁰, e este que “A liquidação por memória de cálculo, pelo contrário, encontra-se integrada na própria fase de execução, [...]”²¹

Há controvérsia acerca da necessidade de requerimento do credor para se inaugurar a fase do cumprimento da sentença, porém não pode prosperar o entendimento de que esta fase se opera independentemente de impulso do interessado, *in casu*, o credor, pois notória a clareza do conteúdo texto do artigo que ora se comenta, diga-se, taxativo, onde está explicitado que “[...], **o credor requererá o cumprimento da sentença**, [...]” (g. n.). Não restam dúvidas da essencialidade da manifestação do credor (com memória de cálculo) para que seja, o devedor, intimado a cumprir o *decisum*.

A relevância do comentário acima, quanto à denominação “cumprimento de sentença” ao invés de “execução de sentença” é simples: considerando a inequívoca distinção entre os procedimentos de *cognição* e de *execução*, cuja natureza jurídica é “ação”, prudente é que as fases processuais posteriores ao trânsito em julgado da Sentença, tenham denominações próprias. Explicando melhor: os pólos ativo e passivo, na ação cognitiva, têm, inicialmente, as denominações de *requerente* e *requerido*, e, após o trânsito em julgado do *decisum*, em continuidade ao procedimento cognitivo e agora em fase de liquidação e cumprimento de sentença, a denominação deve ser *credor* e *devedor*.

Importante destacar que a natureza jurídica continua sendo de ação de conhecimento, em fase de cumprimento de sentença, com alguns atos próprios inerentes à ação de execução por título extrajudicial, por exemplo, o inciso II, do artigo 614, *apud*, artigo 475-J, ambos do Código de Processo Civil. Mas isso não sugere a admissão de nova ação, como ocorria anteriormente à vigência da Lei nº 11.232, de 2005, quando, após o trânsito em julgado da sentença na ação de conhecimento, o requerente/exequente inaugurava, nos próprios autos, a *ação de execução* por título judicial, e o requerido/executado era citado para, em 24 horas, pagar o débito sob pena de serem-lhe penhorados tantos bens quantos bastassem para a satisfação do valor devido.

Enfim, o posicionamento das denominações acima descritas tem o desígnio de diferenciar as partes nos procedimentos próprios, i. e., na esfera criminal as partes têm as denominações “autor” e “réu”; nas ações de cognição e cautelar: “requerente” e “requerido”; e na ação de execução por título extrajudicial: “exequente” e “executado”.

2.2.1 Marco inicial do prazo de 15 dias para o pagamento e a intimação na pessoa do advogado

A interpretação do artigo 471-J, do Código de Processo Civil, pelo Superior Tribunal de Justiça tem caminhado no sentido de que, para o cumprimento da sentença (a exemplo do decidido no REsp nº 954.859/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros), o prazo de quinze dias tem início na data do trânsito em julgado da sentença, e a intimação pode ser feita na pessoa do advogado da parte, para o cumprimento do *decisum* e, por consequência, automática aplicação da multa em caso de não cumprimento.

²⁰ Obra citada, p. 117.

²¹ Obra citada, p. 687.

Com o devido respeito que nos merece o STJ e a força de seus julgados, pedimos vênia para dissentir na parte relativa à intimação na pessoa do advogado, para os efeitos da multa. A nosso ver, enquanto a intimação da sentença ou do acórdão seja feita pela imprensa oficial, nas pessoas dos advogados das partes, a intimação para o cumprimento da sentença há de ser feita na pessoa do devedor – preenchidos os pré-requisitos processuais: trânsito em julgado e provocação (requerimento) pelo credor, instruída com a memória discriminada do *quantum debeatur* (artigo 475-B, do Código de Processo Civil).

É verdade que o objetivo da lei é “motivar” o devedor ao cumprimento da obrigação definida pelo Judiciário (sentença), no prazo de 15 dias, para evitar o agravamento pela multa (Artigo 471-J, § 4º). Entretanto, não se pode esquecer que o ato de vontade ao adimplemento do *quantum* devido ao credor é, exclusivamente, do devedor. Não do seu advogado. É, pois, ato personalíssimo. Ao advogado incumbe o dever de orientar, tecnicamente, seu cliente sobre as questões processuais, alertando-o sobre as sanções a que estará sujeito, caso não satisfaça, a tempo e modo, a pretensão subjetiva do credor.

Por todas essas razões, entendemos que o agravamento da condenação (multa) há de ocorrer após a intimação pessoal do devedor, ou de seu procurador com poderes expressos *ad negotia* ou, ainda, de receber citação, porque o advogado, constituído com poderes exclusivamente *ad iudicia*, recebe intimações tão-somente para cumprir tarefas *processuais*.

Na visão de ARTUR MENDES LOBO e HEVERALDO GALVÃO, o *devedor* deve ser intimado *pessoalmente* do trânsito em julgado ou quando seu recurso foi recebido somente no efeito devolutivo, para que efetue o pagamento no prazo do artigo 475-J:

Entendemos que o devedor deve ser intimado pessoalmente do trânsito em julgado da sentença ou, se for o caso, intimado da decisão que recebeu seu recurso apenas no efeito devolutivo, para que pague no prazo de 15 (quinze) dias. O pagamento, frise-se, é ato que deve ser praticado pela parte, não por seu advogado, razão pela qual não pode o advogado ser intimado para pagar. Com efeito, a única intimação na pessoa do advogado refere-se à intimação acerca da efetivação da penhora, ou seja, intimação para que o procurador interponha impugnação no prazo de 15 (quinze) dias. Outra não pode ser a interpretação, haja vista que o advogado somente pode ser intimado para praticar atos inerentes à sua profissão, por tal razão a única hipótese de intimação na pessoa do advogado foi inserida no § 1º, e não no caput do artigo 475-J.²²

Independentemente da automática aplicação da multa pelo não cumprimento da obrigação no prazo de 15 dias, contra o devedor, pelo lado do credor, se este não requerer o cumprimento de sentença dentro de seis meses, prazo este que tem como marco inicial também a data do trânsito em julgado da sentença, o juiz do feito determinará o seu arquivamento. É o que está expresso no § 5º do artigo 475-J. Neste particular, aplica-se o brocardo jurídico *Dormientibus non succurrit jus!* (o Direito não socorre os que dormem!).

²² MENDES LOBO, Artur; GALVÃO, Heveraldo. Natureza e Autonomia da Liquidação e da Execução de Sentença Coletiva. Uberaba:Revista Jurídica UNIJUS, vol. 10, nº 13, nov/2007, p. 153.



2.3 Artigos 475-C ao 475-G (das liquidações por artigos e arbitramento)

Os artigos 475-C e 475-D tratam da liquidação por arbitramento, e os artigos 475-E ao 475-G referem-se à liquidação por artigos. Em ambos os casos o juiz nomeará um profissional da área que a situação exigir, *verbi gratia*, se for matéria fiscal, recálculo de dívida bancária, etc., será nomeado um perito contábil, se for matéria que diga respeito à construção civil, um perito da área da construção civil, preferencialmente, um engenheiro civil ou arquiteto com conhecimento técnico ou científico da matéria discutida na lide, etc.

Os artigos referidos no parágrafo anterior têm os mesmos textos dos artigos 606 ao 610 do Código de Processo Civil, revogados pela Lei nº 11.232, de 2005.

2.4 Artigo 475-H (do recurso cabível em face da liquidação da sentença)

Uma das inovações pode ser percebida pela redação do artigo 475-H, segundo o qual a liquidação poderá resultar em uma decisão judicial interlocutória, cabendo, em face dela, agravo de instrumento com o efeito, em regra, devolutivo, salvo nos casos em que, com o prosseguimento normal à fase do cumprimento da sentença, possa “[...] causar à parte lesão grave e de difícil reparação, [...]” (artigo 522, *caput* do Código de Processo Civil), situação em que o efeito será suspensivo.

Em suma, dentre as alterações inseridas na legislação processual civil, por intermédio desta terceira significativa modificação do Código de Processo Civil, notadamente em relação aos artigos 475-A ao 475-H, são: 1) a intimação do devedor, na pessoa do (a) seu (sua) advogado (a), conforme § 1º do artigo 475-A; 2) o prosseguimento normal à fase do cumprimento da sentença em caso de recurso de agravo de instrumento manejado pela (s) parte (s), salvo na situação prevista no artigo 522, *caput* do Código de Processo Civil.

3. ARTIGO 4º DA LEI Nº 11.232, DE 2005 (DO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA)

O artigo 4º da Lei 11.232, de 2005, que inseriu o Capítulo X ao Código de Processo Civil, trata do procedimento aplicável ao cumprimento da sentença.

3.1 Artigo 475-I (da forma do cumprimento da sentença)

O artigo 475-I, *caput*, trata das modalidades do cumprimento de sentença, observados os artigos 461 (obrigação de fazer ou não fazer) e 461-A (entrega de coisa), ambos do Código de Processo Civil, e, quando o for por execução, nos casos de obrigação por quantia certa, atentar aos demais artigos do Capítulo em comento.

A partir desse artigo, poder-se-á afirmar que termina a fase de liquidação, sendo esta caracterizada pela apuração do *quantum* do procedimento cognitivo, e inicia-se a fase de cumprimento de sentença, em que alguns atos de caráter executivo se fazem presentes, tais como a penhora no patrimônio do devedor (artigo 475-J), impugnação, etc. Daí a necessidade de se dirigir às partes, não mais como requerente e requerido, mas, sim, ante a nova fase processual que se implantou, como *credor e devedor*.

Com o escopo de corroborar com o entendimento mais detalhado do *caput* do artigo focado, ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO comenta:

[...] ao estabelecer o presente dispositivo que “o cumprimento da sentença

far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo”, ele nos apresenta uma discriminação terminológica bastante significativa: só se deve falar de “execução de sentença” se essa tiver natureza condenatória, vale dizer, se ela reconhecer “obrigação por quantia certa” (somente aqui “o cumprimento da sentença far-se-á [...] por execução”).

[...]

Ainda nesse diapasão, cumpre registrar que a exclusiva vinculação atual da sentença condenatória à “obrigação por quantia certa” encontra também justificativa em outros dispositivos da reforma da execução, como nos arts. 475-B, *caput*, e 475-E (que falam de “valor de condenação”), no art. 475-J, *caput* (que se refere ao “condenado ao pagamento de quantia certa”) e no art. 475-N, inc. I, que, por tratar num mesmo dispositivo de sentenças de naturezas diversas, absteve-se, coerentemente, de falar de condenação.²³

Mesmo considerando a expressão adotada pelo legislador, qual seja: “cumprimento de sentença”, esta “[...] não deixa de ser uma modalidade de execução, mas concebida numa nova técnica procedimental com a reunião num único processo da cognição e da execução”.²⁴

São dois os parágrafos inseridos no artigo supra, onde se busca esmiuçar sobre as possibilidades de cumprimento de sentença em face da sentença proferida. O § 1º é redigido para o trato dos cumprimentos de sentença definitiva e provisória. A *definitiva*, poderá ser intentada quando a sentença transitar em julgado. A *provisória*, e esta é quando há recurso sem que lhe seja atribuído efeito suspensivo. O § 2º expõe sobre partes *líquida* e *ilíquida* da sentença, eis que é possível ao credor promover, ao mesmo tempo, o cumprimento da sentença da parte líquida nos próprios autos, e a liquidação, em autos apartados, da parte ilíquida do provimento judicial.

A primeira parte do § 1º trata da “execução” definitiva, que, na fala de ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO²⁵, opera-se em face da sentença transitada em julgado – coisa julgada formal e material.

No que concerne à segunda parte do § 1º, reproduz-se o entendimento de FLÁVIO CHEIM JORGE, FREDIE DIDIER JR. e MARCELO ABELHA RODRIGUES:

Assim, como a expressão *efeito suspensivo*, comumente utilizada, não constitui elemento intrínseco ou efeito do recurso propriamente dito, qual seja, não existe com o recurso e nem existe para o recurso, então, o denominado “efeito suspensivo do recurso” deve ser compreendido como sendo uma técnica de segurança, adotada pelo legislador processual, que evita que decisões, ainda não definitivas, possam ser eficazes imediatamente.²⁶

Mister tecer breve comentário acerca do § 2º, onde a execução da parte líquida da

²³ Obra citada, p. 704-705.

²⁴ Obra citada, p. 28.

²⁵ Obra citada, p. 706-707 (interpretação do § 1º do artigo 475-I do CPC).

²⁶ JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; ABELHA RODRIGUES, Marcelo. **A Terceira Etapa da Reforma Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 123.

sentença processar-se-á nos mesmos autos do procedimento principal, havendo, em favor do vencido, a possibilidade de impugnação, cuja petição é dirigida ao juízo que proferiu a sentença; e, quando se tratar de sentença ilíquida, há necessidade de autuação em apenso, pois, a apuração do valor devido não se restringirá ao mero cálculo aritmético, e, sim, a critérios mais complexos e diversos do procedimento de apuração do *quantum debeatur*.

3.2 Artigo 475-J (prazo, sanção e penhora na fase de cumprimento da sentença)

Quando a parte vencida (devedor), intimada para pagamento do valor apurado, conforme requerimento e cálculos apresentados pelo vencedor (credor), não o faz no prazo de quinze dias, que se inicia a partir da data da juntada aos autos do mandado de intimação do devedor (artigo 241, II do Código de Processo Civil) ou o faz em parte (§ 4º, artigo 475-J), haverá um acréscimo ao montante apurado da multa de dez por cento (10%), e, querendo, o credor, poderá requerer que seja expedido o mandado de penhora e avaliação, conforme expressão do artigo 475-J, *caput*. Nada obstante a que o próprio credor, ao elaborar seu requerimento para que seja procedido o cumprimento da sentença, indique os bens a serem penhorados (§ 3º, artigo 475-J).

Em não sendo requerida a liquidação da sentença, na forma dos artigos 475-B e seguintes, num prazo de seis meses, os autos serão arquivados (§ 5º, artigo 475-J).

Denota-se pelo próprio texto da lei que a expedição de mandado de penhora e avaliação, na fase de cumprimento da sentença, não se opera *ex officio*. Há de ser provocado através de requerimento da parte, conforme artigo 2º, com observância ao artigo 614, II, ambos do Código de Processo Civil.

Necessário explicar que, ao requerer a expedição do mandado de penhora e avaliação, o credor deverá apresentar outra memória de cálculo atualizada e acrescida da multa de 10%, devendo também, observada a legislação estadual que trata da matéria de custas e/ou despesas processuais, juntar a guia de recolhimento da despesa do (a) Sr. (a) Oficial (a) de Justiça Avaliador (a), salvo os casos de isenção legal e Judiciária, sendo aquelas operadas pela legislação estadual pertinente, e esta pelo deferimento de pedido escorado pela Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950.

Aqui, importante destacar uma das alterações relevantes, qual seja, a não mais essencialidade de se proceder à citação do devedor, para pagamento do débito, no prazo de 24 horas, sob pena de que lhe sejam penhorados tantos bens quantos bastem para a satisfação do débito do credor. Atualmente, como já alhures explicitado, o devedor será intimado, na forma da primeira parte de artigo 475-J, para que pague em 15 dias, sob pena de acréscimo ao valor executado de multa à razão de 10%.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR explica:

Se o credor dispõe de título executivo extrajudicial (art.585), não necessita de utilizar o processo de conhecimento. [...] À falta de tal título, terá de obter, em processo de conhecimento, a sentença condenatória, para em seguida atingir o patrimônio do devedor. Não terá, porém, de passar pelo ajuizamento de ação executiva separada para chegar aos atos expropriatórios.

[...]

Caberá ao credor requerer a medida, em simples petição formulada no processo em que a condenação foi proferida, a qual será instruída com o demonstrativo do débito atualizado (art.614, II), [...].²⁷

Quanto à multa, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR entende:

Um esforço aos meios coercitivos empregáveis para abreviar o cumprimento da sentença referente às obrigações por quantia certa foi adotado por meio de uma pena pecuniária aplicável ao devedor que se atrasa no pagamento da prestação que lhe foi imposta.

Nesse sentido, o montante da condenação será acrescido de multa de 10%, sempre que o devedor não proceder ao pagamento voluntário nos quinze dias subseqüentes à sentença que fixou o valor da dívida.

[...]

A multa do art. 475-J, porém não se aplica à execução provisória, que só se dá por iniciativa e por conta e risco do credor, não passando, portanto, de faculdade ou livre opção de sua parte.²⁸

Feita a penhora e avaliação, o devedor é intimado na pessoa do seu advogado, nos termos dos artigos 236 e 237, do Código de Processo Civil, ou, quando na ausência de defensor, a intimação poderá ser feita na pessoa do representante legal (por mandado ou correio). Abre-se a contagem do prazo, observado o disposto no artigo 241, de quinze dias para o protocolo de impugnação, cujas matérias estão explícitas no artigo 475-L.

Considerando-se a falta de conhecimento técnico para proceder à avaliação, o juiz nomeará perito para cumprir esse múnus, fixando-lhe prazo para entrega do laudo de avaliação. São situações contidas nos parágrafos 1º e 2º, do artigo 475-J, onde estão claríssimos os requisitos expropriatórios, próprios do procedimento executório.

Muito se pronuncia acerca da penhora e avaliação, porém não há referência, no artigo 475-J ou em qualquer momento da Lei nº 11.232, de 2005, da obrigatoriedade da figura do depositário (artigo 148 do Código de Processo Civil). Evidente que a Secretaria do Juízo, ao expedir o mandado, valendo-se do disposto no artigo 475-R, fará constar do instrumento de mandado de penhora a indicação de depositário (artigo 665, IV do Código de Processo Civil), observadas ainda, no que couberem, as disposições descritas nos artigos 646 e seguintes, do Código de Processo Civil.

Prosseguindo, o Oficial de Justiça, depois de proceder à penhora, nomeará e depositará, preferencialmente, uma das pessoas descritas no artigo 666 do Código de Processo Civil, o(s) bem(ns) penhorado(s). O depositário deverá cuidar da coisa depositada entregando-a em juízo quando houver determinação judicial, sob pena de decretação da privação de liberdade (§ 3º, artigo 666).

3.3 Artigo 475-L (da impugnação ao cumprimento da sentença)

²⁷ Obra citada, p. 142.

²⁸ Obra citada, p. 143-144.

O devedor poderá impugnar o requerimento do cumprimento de sentença, cujo rol taxativo está descrito nos incisos I ao VI do artigo 475-L, *in verbis*:

Artigo 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

- I – Falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;
- II – Inexigibilidade do título;
- III – Penhora incorreta ou avaliação errônea;
- IV – Ilegitimidade das partes;
- V – Excesso de execução;
- VI – Qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.

As matérias passíveis de impugnação acima transcritas são claras, muito embora algumas delas já se encontrassem contempladas no ordenamento jurídico processual como, *verbi gratia*, a ilegitimidade das partes (inciso IV), que é uma das causas de extinção do processo prevista no inciso VI, artigo 267, do Código de Processo Civil; e ainda, considerando que feita a alegação do disposto no inciso IV, poder-se-á argüir enquadramento no inciso X e § 4º, do artigo 301, cumulando-se com o artigo 327, pois esta situação tem nítida característica de causa de carência de ação.

Conquanto não seja matéria com definição processual expressa, ao devedor também seria possível alegar em sua defesa, ainda na fase de intimação para o cumprimento da sentença (artigo 475-B c/c 1ª parte do artigo 475-J), por intermédio de simples petição e sem a garantia do juízo, a exceção de executividade, pois este é um mecanismo de defesa, por excelência, que surgiu doutrinariamente na década dos anos 80, encontrando agasalho nos Tribunais, e sendo, portanto, acolhido pela jurisprudência, e que, mesmo sendo matéria normalmente argüida em sede de execução, não se pode desprezar essa possibilidade na fase processual de cumprimento de sentença, haja vista que, como alhures já comentado, a partir do Capítulo X do Código de Processo Civil, a fase processual implementada passa a revestir-se de atos executórios, a qual, poder-se-ia admitir e afirmar ser “fase executiva”.

NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY admitem tal possibilidade e traçam distinções sobre o meio de defesa, que pode ser “[...] por meio de três instrumentos: a) exceção de executividade; b) objeção de executividade; c) impugnação ao cumprimento de sentença.”. Mais adiante, explicam que na exceção e na objeção de executividade não se exige a garantia do juízo, o mesmo não ocorrendo com a impugnação, justificando esta posição argumentando que “A exceção e a objeção de executividade são meios de defesa *stricto sensu*. Para apresentar *impugnação* – misto de ação e defesa (*lato sensu*) – o devedor precisa segurar o juízo pela penhora ou depósito da coisa (art. 475-J *caput* e § 1º, do Código de Processo Civil)”.²⁹

Ainda, no que concerne aos meios de defesa admissíveis em face do cumprimento de sentença, explicam NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY:

O fato de o CPC 475-J § 1º prever que o devedor pode opor-se na execução

²⁹ Obra citada, p. 643 (comentário nº 2 referente ao artigo 475-L).

por meio de impugnação ao cumprimento da sentença não significa que não possa valer-se de outros meios de defesa, além da impugnação, quando isso for possível pelo sistema processual, como, por exemplo, quando o juízo for absolutamente incompetente para processar o cumprimento da sentença. Neste caso pode opor **objeção de executividade**, pois a matéria atinente à competência absoluta do juízo, **o juiz deve conhecer ex-officio**, independentemente de alegação da parte (CPC 113 *caput*, 267 IV e § 3º).

[...]

O primeiro meio de defesa de que dispõe o devedor na execução é a **exceção de executividade**. Admitir-se-á quando desnecessária qualquer dilação probatória para a demonstração de que o credor não pode executar o devedor. [...] Denomina-se *exceção* porque instrumento de defesa de direito material, que contém matérias que o juiz somente pode examinar a requerimento da parte. São argüíveis por meio de **exceção de executividade** o pagamento e qualquer outra forma de extinção da obrigação (adimplemento, compensação, confusão, novação, consignação, remissão, sub-rogação, dação etc.) (Gomes, *Obrigações*, n.67, p. 87), desde demonstráveis *prima facie*.

[...]

Misto de ação e defesa, a **impugnação** caracteriza-se como incidente ao cumprimento da sentença. É ação porque o impugnante tem pretensão *declaratória* (v.g. inexistência da citação, inexigibilidade do título, ilegitimidade das partes, prescrição) ou *desconstitutiva* da eficácia executiva do título exequendo (v.g. nulidade da citação, excesso de execução) ou de atos de execução v.g. penhora incorreta, avaliação errônea). [...] A impugnação é em tudo equiparável aos embargos do devedor (CPC 736, 741 e 745) – misto de *ação* e de *defesa* -, mas não tem autonomia procedimental. Quanto ao procedimento, portanto, a impugnação é um *incidente processual*.³⁰ (g. n.)

Em suma, colhem-se dos ensinamentos supra que a **exceção de executividade** e a **impugnação** são atos exclusivos e facultados à parte devedora, enquanto a **objeção de executividade** é matéria de competência absoluta do juiz, devendo, pois, ser conhecida *ex officio*, nada obstando à parte alegá-la a qualquer tempo e por simples petição (artigo 113, *caput* – Código de Processo Civil).

Notória é a intenção do legislador, ao instituir as alterações ao Código de Processo Civil, de proporcionar maior celeridade e efetividade à fase processual do cumprimento da sentença, sem prejuízos ao contraditório e à ampla defesa – princípios constitucionalmente garantidos.

O legislador infraconstitucional, ao elaborar a lei em comento, especificamente com relação ao artigo 475-L, inseriu dois parágrafos que complementam os incisos II e V. Tratam-se dos parágrafos 1º e 2º, onde outras situações são consideradas títulos inexigíveis, e, impossibilidade de admissão do excesso de execução. Os parágrafos acima citados são transcritos:

³⁰ Obra citada, p. 642-646 (comentários nºs 3, 6 e 19, referentes ao artigo 475-L).

§ 1º. Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

§ 2º. Quando o executado alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante da sentença, cumprir-lhe-á declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de rejeição liminar dessa impugnação.

Explica RENATO LUIZ DRESCH que o § 1º do artigo 475-L “[...] é mera reprodução literal do parágrafo único do art. 741, [...]”, e que “[...] adota a teoria da relativização da coisa julgada não prevista genericamente em nosso sistema legal, [...]”. Arremata arguindo que, no entendimento de Tereza Arruda Alvin Wambier, “A única ressalva que deve ser feita é a de que a decisão do STF tenha origem em controle concentrado de constitucionalidade através de ADIN”.³¹

FLÁVIO CHEIM JORGE, FREDIE DIDIER JR. e MARCELO ABELHA RODRIGUES discorrem sobre a matéria:

[...] com o advento da Lei n. 11.232/2005 foi mantido o parágrafo único ao art. 741, [...]

[...] tem-se o mesmo texto acima mencionado no § 1º do art. 475-L [...]. Ambas as matérias poderão ser objeto de defesa pelo executado, só que, em se tratando da Fazenda Pública, esta será oferecida por intermédio de embargos do executado.

[...] na segunda parte do parágrafo único do art. 741 (e do § 1º do art. 475-L) do CPC tem-se uma teratologia jurídica. Colocou-se neste dispositivo uma hipótese de rescisão de sentença condenatória transitada em julgado, só que fora do art. 485. Nesta hipótese, pretende-se possam ser embargadas pela Fazenda Pública, ou impugnadas pelo executado comum, as execuções cujos títulos executivos sejam fundados em lei ou ato normativo, cuja aplicação ou interpretação sejam tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

A presente norma é irrazoável porque desconsidera não só o título, mas a própria coisa julgada haurida no referido processo, criando hipótese de rescisão à sorrelfa do art. 485 do CPC.³²

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR entende que, muito embora as situações a seguir sejam excepcionais, ao devedor são facultados dois procedimentos:

Se tiver alguma objeção que afete a própria sentença (CPC, art. 485) ou que exclua seus atuais efeitos e que não seja sumariamente apreciável, terá de usar ou a ação rescisória, para desfazer a força emergente da coisa julgada, ou uma ação ordinária para acertar o fato extintivo ou modificativo dos efeitos da sentença exequenda.³³

³¹ Obra citada, p. 29.

³² Obra citada, p. 157-159.

³³ Obra citada, p. 113.

No prazo estabelecido no artigo 475-J, § 1º, do Código de Processo Civil, deverá o devedor ofertar a impugnação, e se esta versar sobre excesso de valor pleiteado (inciso V do artigo 475-L), ao impugnante incumbe declarar de pronto o *quantum* que julga ser o correto (§ 2º do artigo 475-L).

A peça impugnatória deverá conter os fundamentos essenciais a serem apreciados pelo magistrado, de tal sorte que, com escoro nestes, haverá possibilidade de lograr êxito, o devedor, em se requerendo efeito suspensivo ao requerimento para o cumprimento da sentença (*caput* do artigo 475-M), nada obstando, porém, a que o credor reclame pelo prosseguimento do feito, condicionado a uma caução arbitrada pelo juiz (§ 1º do artigo 475-M). Necessário o breve comentário para alicerçar o entendimento de que a(s) fundamentação(ões) deve(m) ser consistente(s) e, principalmente, quando possível, com exposição de parecer técnico, *in casu*, perito contábil, de modo a demonstrar, pormenorizadamente, o valor excessivo pleiteado na peça de cumprimento de sentença. Sobre o assunto, NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY explicam:

Quando o devedor quiser impugnar o cumprimento da sentença alegando excesso de execução, a norma determina que, na impugnação, decline o valor que reputa correto. [...] Esta exceção está sujeita à preclusão, de modo que, oferecida a impugnação mas não apontado pelo impugnante, no próprio requerimento de impugnação, o valor que entende correto, ocorre a preclusão, com uma de duas possíveis conseqüências: a) se a impugnação versar apenas sobre excesso de execução, será liminarmente rejeitada (CPC 475-L, § 2º); b) se a impugnação versar sobre excesso de execução e mais outro (s) fundamento (s), a preclusão torna definitivo o valor da execução atribuído pelo credor [...] e a impugnação prosseguirá quanto ao(s) outro(s) fundamento(s).³⁴

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR compartilha do mesmo posicionamento, somente com relação inciso III, entendendo que o prazo descrito no § 1º do artigo 475-J (15 dias) é sem sentido, e que, exceto quanto ao inciso citado acima, todas as outras matérias descritas no artigo 475-L poderão ser alegadas a qualquer tempo e o juiz deverá apreciá-las, inclusive, *ex officio*:

A lei assinala um prazo de 15 dias (art. 475-J, § 1º), após a intimação da penhora, para o executado impugnar a execução. Trata-se de previsão inócua, já que as defesas contra o cumprimento da sentença envolvem pressupostos processuais e condições da ação, temas insuscetíveis de preclusão. A parte pode alegá-los a qualquer tempo e o juiz deve apreciá-los até mesmo de ofício.

A não ser quanto à escolha do bem penhorado e sua avaliação, que podem incorrer eventualmente em preclusão, as demais questões suscetíveis em impugnação não se extinguem pelo transcurso dos quinze dias previstos no art. 475-J, § 1º.³⁵

Assim, a matéria do inciso III, insere no rol taxativo do artigo 475-L, configura-se

³⁴ Obra citada, p. 650.

³⁵ Obra citada, p. 146.

matéria de direito, e em não sendo argüida no prazo declinado pela legislação vigente, incorrerá, o devedor, em preclusão.

3.4 Artigo 475-M (efeito do recebimento da impugnação)

Quando demonstrado que, em se continuando com o cumprimento da sentença, poderá acarretar ao devedor graves danos de difícil e/ou incerta reparação, o juiz, a requerimento daquele, poderá atribuir efeito suspensivo à impugnação (artigo 475-M, *caput*).

TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER entende que não se pode destinar ao cumprimento de sentença a forma de incidente processual, e daí confundir uma ação com defesa, porquanto a impugnação é matéria exclusiva de defesa, sendo contraproducente atribuir-lhe a denominação de “embargos”; o que se pode, no muito, afirmar, é que a impugnação consubstancia-se em ação.³⁶

Observa-se que há nítida intenção de se buscar a efetividade processual ao credor, mas sem impedir ao devedor toda e qualquer forma de defesa, sem, no entanto, olvidar que o credor, que lograr êxito no procedimento cognitivo, agora, há de ver satisfeita sua pretensão subjetiva, pelo cumprimento de sentença, com maior celeridade e menos burocratizado. Arguem FLÁVIO CHEIM JORGE, FREDIE DIDIER JR. e MARCELO ABELHA RODRIGUES que

[...] não era justo que o exequente, portador de um título judicial, após o contraditório, se visse impedido de prosseguir na marcha executiva quando o executado oferecesse os embargos do executado.

[...]

Privilegiava-se e estimulava-se o uso indiscriminado dos embargos pelo executado porque, com o seu manejo, o devedor nada tinha a perder.³⁷

Mister e oportuno registrar que, não obstante a arguição do doutrinador nesta parte final, quando os embargos do devedor não eram acolhidos, o embargante seria condenado, em regra e exceto nos casos de isenção legal e pela imposição da Lei nº 1.060, de 1950, ao pagamento das verbas de sucumbência (custas processuais e honorários advocatícios).

Mesmo com o deferimento ao efeito suspensivo, requerido na peça de impugnação, poderá o credor requerer que o procedimento de cumprimento de sentença tenha prosseguimento normal. Em sendo deferido o pedido, o credor deverá prestar caução idônea nos próprios autos, cujo valor corresponda ao débito (§ 1º, artigo 475-M). Em se admitindo a hipótese de indeferimento, caberá, contra a decisão, por analogia, a regra do § 3º, primeira parte, do artigo 475-M.

A impugnação será instruída, até que se pronuncie o magistrado através do deferimento ou indeferimento da peça de defesa, nos próprios autos ou em autos apartados (§ 2º, artigo 475-M). Sendo indeferida, caberá agravo de instrumento, e, em sendo deferida, culminando com a extinção da obrigação ao cumprimento da sentença, o recurso cabível será a apelação (§ 3º, artigo 475-M).

³⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Revista Prática Jurídica* – “A Impugnação da Lei nº 11.232/05 - Natureza Jurídica”. Ano V, nº 57. Brasília, DF: Editora Consulex, 30/12/2006, p. 55.

³⁷ Obra citada, p. 164

3.5 Artigo 475-N (dos títulos executivos judiciais)

Diante de tantas alterações, por óbvio que os títulos executivos judiciais enumerados no Código de Processo Civil também sofreriam mutações, tanto que os títulos antes previstos no artigo 584, agora revogado, estão descritos no artigo 475-N, em vigor a partir de 24 de junho de 2006.

O rol dos títulos executivos judiciais é taxativo, conforme incisos I ao VII, com complemento pelo parágrafo único, do artigo 475-N, não se admitindo que sejam novos títulos criados, exceto os que se criarem pela legislação ordinária e/ou pela jurisprudência.

NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY afirmam que, mesmo não havendo expressado menção de “sentença condenatória” no texto da lei, a sentença prolatada no procedimento civil é condenatória;³⁸ contrário posicionamento é notado no parecer de RENATO LUIZ DRESCH, onde declara a omissão do legislador na não contemplação da expressão “condenatória”, e que, “[...] certamente, dará margem à controvérsia”.³⁹

ARTUR MENDES LOBO e HEVERALDO GALVÃO afirmam que alguns doutrinadores entendem que “[...] a natureza jurídica da sentença de liquidação tem eficácia *constitutiva*, e, para outros, *declaratória*, [...]”, e que, no Brasil, destacam-se duas correntes: a primeira, defendida por Pontes de Miranda, Araken de Assis, Alcides de Mendonça Lima e Nelson Nery Júnior, entendendo que “[...] a liquidação é sentença constitutivo-integrativa”; a segunda corrente, com base na lição de Liebman, composta por Amílcar de Castro, Humberto Theodoro Júnior, Cândido Rangel Dinamarco, Patrícia Pizzol e Teori Albino Zavaschi, entendem “[...] que a liquidação de sentença tem natureza jurídica meramente *declaratória*, [...]”.⁴⁰

Artur Mendes Lobo e Heveraldo Galvão são adeptos da primeira corrente.

O posicionamento de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR vai mais além, pois entende que, com a reforma, houve a ampliação da força executiva das sentenças:

Ao descrever o título executivo judicial básico, o art. 475-N, redigido pela Lei nº 11.232, de 22.12.2005, não mais o restringe à sentença condenatória civil, pois considera como tal toda “sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”. Alargou-se, desta forma, a força executiva das sentenças para além dos tradicionais julgados de condenação, acolhendo corrente doutrinária e jurisprudencial que, mesmo antes da reforma do CPC, já vinha reconhecendo possibilidade, em certos casos, de instaurar execução por quantia certa também com base em sentenças declaratórias.

Porém, nem toda sentença declaratória pode valer como título executivo, mas apenas aquela que na forma do art. 4º, parágrafo único, do CPC, se refira à existência de relação obrigacional já violada pelo devedor.⁴¹

³⁸ Obra citada, p. 654.

³⁹ Obra citada, p. 140-141.

⁴⁰ Obra citada, p. 147-149.

⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto: colaboradores, Humberto Theodoro Neto e Adriana Mandim Theodoro de Mello. **Código de Processo Civil Anotado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 337 (“Breves Comentários” ao artigo 475-N).

Apenas um inciso foi acrescentado pela Lei 11.232, de 2005. Refere-se ao “V”, que trata do “[...] acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente;”; os incisos II e IV permaneceram inalterados, e os demais (I, III, VI e VII) sofreram alterações e re-ratificações. O parágrafo único tem novo texto.

3.6 Artigo 475-O (da execução provisória)

No tratamento da liquidação e do cumprimento provisório da sentença de que cuida o artigo 475-O, especificamente no que concerne ao “*caput*”, (onde o texto expressamente revela “*execução provisória da sentença*”, como já discorrido alhures, não seria a terminologia adequada para a nova fase processual introduzida pela lei em comento), deverão ser realizados, a requerimento do credor, “[...] no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:”. Noutras palavras, para a liquidação e cumprimento provisório da sentença deverão ser adotadas as mesmas disposições contidas nos artigos 475-B c/c 475-J, desde que em observância às regras dos incisos e parágrafos do artigo 475-O.

Há de ser observado que a possibilidade de se requer a provisória liquidação e cumprimento da sentença é somente em relação à decisão sobre a qual foi manejado recurso recebido somente no efeito devolutivo (segunda parte do § 1º do artigo 475-I e inciso II do § 3º do artigo 475-O).

Notadamente, por ser provisório o cumprimento da sentença (artigo 475-O, *caput*), em caso de reforma do *decisum*, e somente na parte reformada, ficará sujeito o credor à reparação dos danos causados (inciso I do artigo 475-O), devendo, referidos danos, ser apurados nos próprios autos, em liquidação por arbitramento (parte final o inciso II). Continuando, somente na parte em que o acórdão modificar ou anular a sentença prolatada pelo juiz singular, a liquidação e o cumprimento da sentença serão modificados ou anulados (inciso II c/c § 1º).

O inciso III, apresenta três situações distintas: o levantamento de depósito em dinheiro; e a prática de atos que importem alienação de propriedade; ou danos ao executado decorrentes da prática desses atos. A parte interessada deverá prestar caução idônea, imediatamente arbitrada pelo juiz, observados os ditames dos artigos 826 a 829 do Código de Processo Civil. Referida caução não poderá recair sobre coisa litigiosa, objeto de embargos de terceiro ou de direitos possessórios.⁴²

Duas são as situações em que poderá ocorrer a dispensa da caução, estas, previstas no § 2º, I e II, do artigo 475-O, *in verbis*:

§ 2º A caução a que se refere o inciso III do *caput* deste artigo poderá ser dispensada:

I quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário mínimo, o exequente demonstrar situação de necessidade;

II nos casos de execução provisória em que penda de agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano,

⁴² NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 897. (notas ao artigo 826:3)

de difícil ou incerta reparação.

Ao requerimento de liquidação e cumprimento provisório da sentença, contra a qual fora manejado recurso recebido somente no efeito devolutivo, cujo processamento será em autos apartados (§ 2º do artigo 475-A), deverá o credor instruir a petição com as peças processuais devidamente autenticadas, conforme estatui o § 3º, *caput* e incisos:

§ 3º Ao requerer a execução provisória, o exequente instruirá a petição com cópias autenticadas das seguintes peças do processo, podendo o advogado valer-se do disposto na parte final do art. 544, § 1º:

- I sentença ou acórdão exequendo;
- II certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo;
- III procurações outorgadas pelas partes;
- IV decisão de habilitação, se for o caso;
- V facultativamente, outras peças processuais que o exequente considere necessárias.

3.7 Artigo 475-P (da competência para se processar o cumprimento da sentença)

Este artigo trata exclusivamente da competência do juízo onde se processará o cumprimento da sentença. Diz o artigo:

Art. 475-P O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante:

- I os tribunais, nas causas de sua competência originária;
- II o juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição;
- III o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral ou de sentença estrangeira.

Parágrafo Único No caso do inciso II do *caput* deste artigo, o exequente poderá optar pelo juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.

Nota-se que os incisos I ao III contemplam todos os títulos executivos judiciais contidos nos incisos do artigo 475-N.

Inovação é o disposto no parágrafo único, onde ao credor são permitidas três possibilidades de requerer o cumprimento da sentença: a primeira refere-se ao juízo onde foi prolatada a sentença, situação esta já prevista no inciso II; a segunda, e esta, sim, inovadora, no juízo onde estão os bens do devedor passíveis de serem expropriados; a terceira, que também é uma novidade implementada pelo legislador, no juízo do domicílio do devedor. Exceto na primeira situação, o juiz que acolher o requerimento de cumprimento de sentença deverá solicitar ao juízo que processou a ação cognitiva a remessa dos autos.

Sob o manto da celeridade e efetividade processual, agiu bem o legislador ao introduzir as inovações dissertadas no parágrafo anterior, tornando menos onerosa a busca da satisfação subjetiva do crédito pelo credor, pois está evidenciado que o credor deixa de arcar

com os custos pelo cumprimento da carta precatória no juízo onde se encontram os bens ou no domicílio do devedor.

Há de se destacar que, no caso do parágrafo único do artigo 475-O, basta um simples requerimento de cumprimento de sentença, onde haverá distribuição do pedido, sem o recolhimento, em regra, de custas processuais prévias, exceto a despesa com o (a) oficial (a) de justiça.

3.8 Artigo 475-Q (da prestação alimentícia, por condenação em indenização por ato ilícito)

Este artigo, antes com a redação expressa no artigo 602, do Código de Processo Civil, refere-se às situações de condenações de prestação alimentícia fixadas em ações de indenização por ato ilícito. A inovação é que poderá, o magistrado, tomar por base o salário mínimo para a fixação da pensão mensal.

O juiz poderá determinar que seja constituído um capital para garantir a satisfação do pagamento da pensão, podendo também, desde que haja requerimento da parte, prescrever que, em substituição à constituição de capital, seja procedida a inclusão, do (a) (s) beneficiário (a) (s), na folha de pagamento das autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedade de economia mista (entidades de direito público), ou ainda na folha de pagamento de empresa de direito exclusivamente privado, desde que tenha capacidade econômica suficiente e que seja de conhecimento geral. De igual forma, poderá o devedor requerer que seja a constituição do capital garantida por fiança bancária ou real, casos em que, havendo deferimento do juiz, este arbitrará o valor.

O capital constituído ou substituído, como alhures descrito, será inalienável e impenhorável durante todo o período em que perdurar a obrigação do pagamento da pensão, até o termo final em que cessará a obrigatoriedade, conforme disposição explicitada na decisão.

Se, no decorrer do cumprimento do *decisum*, o credor ou devedor provar que houve mudança na fortuna de um ou do outro, poderá o juiz, a requerimento da parte interessada, alterar o valor ou percentual antes fixado.

3.9 Artigo 475-R (da aplicação subsidiária das normas do processo de execução por título extrajudicial)

A disposição inserta no presente artigo revela a possibilidade de aplicação subsidiária, somente no que couber, das regras do processo de execução de título extrajudicial, aplicáveis ao cumprimento da sentença.

Ad argumentandum tantum, em 06 de dezembro de 2006, foi sancionada a Lei nº 11.382, de que trata a quarta reforma substancial do Código de Processo Civil. Referida Lei, publicada no Diário Oficial da União no dia 07 do mesmo mês, impõe profundas alterações nos procedimentos das execuções por títulos extrajudiciais, e a *vacatio legis* será o prazo do artigo 1º do Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942 (LICC).

4. O DIREITO INTERTEMPORAL

Com base na Lei de Introdução ao Código Civil (Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942), toda norma somente poderá ser revogada por outra, implícita ou explicitamente, e

a aplicabilidade da lei terá efeito imediatamente, desde que “[...] respeitadas o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.” (artigo 6º, *caput*).

Forte nisso, considerando que a sentença transitada em julgado é norma de direito processual, e considerando não ser auto-executável o título judicial constituído pela sentença, não de prevalecer as peculiaridades da lei anterior, devendo (e querendo) o interessado ingressar com a execução por título judicial com base no capítulo VI, título I, livro II do Código de Processo Civil, e não na forma da Lei nº 11.232, de 2005.

Conforme voto da Em. Des. Eulina do Carmo Almeida, 13ª Câmara Cível do TJMG, “[...] apesar do caráter instrumental da Lei 11.232, de 2005, e o princípio *tempus regit actum*, que enseja a aplicação imediata da norma ao processo em andamento, entendo inaplicável no caso em tela, restando, pois, necessária a utilização dos dispositivos processuais antigos”.⁴³

FLÁVIO CHEIM JORGE, FREDIE DIDIER JR. e MARCELO ABELHA RODRIGUES, ao se posicionarem acerca da intertemporalidade da lei, contrapondo aos argumentos do parágrafo anterior, citam três correntes, dentre as quais compartilham do mesmo entendimento da letra “c”, *in verbis*:

[...] a) a que considera o processo como um todo, apesar de ser um encadramento processual, devendo, pois, manter-se a aplicação da lei velha; b) a que vê o processo como sendo dividido em fases processuais autônomas: postulatória, saneamento ou ordinatória, instrutória, decisória e recursal, de modo a permitir que a lei nova só incida sobre a fase processual ainda não iniciada; **c) aquela que considera o isolamento dos atos processuais, no qual a lei nova não atinge os atos processuais já praticados, nem os seus efeitos, mas se aplica aos atos processuais não iniciados, sem qualquer limitação no tocante à fase processual em que ele se situa.**⁴⁴ (g. n.)

A execução de sentença iniciada antes da vigência da Lei nº 11.232, de 2005, deve seguir na forma da regra anterior. Não tendo sido iniciada a fase de cumprimento de sentença, deve prevalecer a regra atual (artigos 475-B c/c 475-J e seguintes), ainda que tenha transitado em julgado a sentença antes de vigor a lei em foco. Esta é a posição de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR.⁴⁵

ARAKEN DE ASSIS, no mesmo rumo de Humberto Theodoro Júnior, acrescenta que não deverá ser admitida a redução de prazos quando se tratar exclusivamente dos atos processuais já iniciados, e, ainda, assevera que somente é cabível a imposição da multa prevista no artigo 475-J nas sentenças proferidas depois da vigência da Lei nº 11.232, de 2005.⁴⁶

Vê-se, desde logo, que a matéria encontra posicionamentos diversos na doutrina, e que muito ainda haverá de suscitar pronunciamentos até a definição pacificadora jurisprudencial e doutrinária, haja vista que o tema tem sido enfrentado com muita cautela com o fito de buscar a forma equânime no deslinde da lide.

⁴³ 13ª Câm. Cível – TJMG – Un. Fco. Sales, AI 0701990016340001, Rel. Desª Eulina do Carmo Almeida, j. 16/12/2006.

⁴⁴ Obra citada, p. 18-19.

⁴⁵ Obra citada, p. 125.

⁴⁶ Obra citada, p. 41.

Diante de tudo visto, poder-se-á sugerir que, em se admitindo o ingresso da execução por título judicial, pelo credor, e tendo sido concluído o ato citatório (citação, penhora, depósito, avaliação e intimação), tudo isso até a vigência da Lei nº 11.232, de 2005, o feito deverá seguir o trâmite da lei anterior até a satisfação da pretensão. Caso a penhora não tenha sido realizada até a data em que passou a vigor a nova legislação, deve haver o prosseguimento pelo cumprimento da sentença e não pelo procedimento autônomo da execução por título judicial, observando-se todos os atos processuais até então realizados.

5. DAS INTIMAÇÕES PARA A LIQUIDAÇÃO E CUMPRIMENTO DA SENTENÇA

5.1 A Intimação referente ao artigo 475-A

A intimação, para dar início à apuração do valor devido a ser apurado em liquidação por arbitramento (artigo 475-C) ou artigos (artigo 475-E), em regra, deverá ser feita na pessoa do advogado do devedor, através de requerimento da parte credora, e via imprensa oficial, nada obstando a que seja procedida via mandado a ser cumprido por oficial de justiça. Exceção à regra ocorre nos casos em que na Comarca não há publicações no órgão oficial, situação em que a parte será intimada, na pessoa de seu (sua) advogado (a), através do diário do judiciário cuja publicação se dá pelo órgão oficial ou por outro meio, na forma dos artigos 237, 238 e 239 do Código de Processo Civil.

5.2 A intimação referente ao artigo 475-B

Através de requerimento, devidamente instruído com o demonstrativo de cálculo pormenorizado, o credor pleiteará o cumprimento da sentença, pelo valor final apurado no cálculo juntado, do qual o devedor será intimado, pessoalmente, no prazo de quinze dias, contados da juntada do mandado intimatório aos autos (artigo 241, II do Código de Processo Civil), para, na forma do artigo 475-J, pagar o valor devido sob pena de ser-lhe imputada uma multa de 10% sobre o montante apurado.

Mister esclarecer que, considerando a faculdade do devedor no cumprimento ou não do dever de adimplir, sendo, pois, este, um ato personalíssimo, por óbvio não deve, a intimação para o cumprimento da sentença (artigo 475-B, na forma do artigo 475-J), ser realizada na pessoa do advogado da parte. Os Tribunais de Segundo Grau de Jurisdição têm-se manifestado na mesma trilha:

Por estas razões, com fundamento no art. 557, § 1º “A”, do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso para determinar seja intimada a executada para, querendo, no prazo de 15 dias, efetuar o pagamento do *quantum* executado, sob pena de incidência da multa prevista no artigo 475-J do CPC.⁴⁷

A matéria referente a este item já foi argumentada alhures (2.2.1 supra), com exposição de posicionamento.

Registre-se que não há passividade sobre esta matéria. Ainda que se destaque decisão de Tribunal Superior, o trato ao tema enseja e sugere um aprofundamento cauteloso, sob pena ferir o preceito constitucional imutável explicitado no inciso LV, artigo 5º.

⁴⁷ Câm. Med. Urg. Dir. Priv.-TJ.RS, AI 70018307892, Des Umberto Guaspari Sudbrack, j. 17/01/2007.

5.3 A intimação referente ao artigo 475-J, § 1º

O legislador infraconstitucional expressamente definiu que o devedor deverá ser imediatamente intimado, *in casu*, via seu advogado, observados os artigos 236 e 237 do Código de Processo Civil, ou, na sua falta, na pessoa do representante legal, ou, ainda, pessoalmente, por mandado intimatório ou via postal. Nas duas primeiras situações acima, o prazo para a impugnação tem marco inicial na data da publicação no órgão oficial, e na terceira e última situação acima, o prazo tem início na data da juntada aos autos do mandado intimatório ou do aviso de recebimento.

6. DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Conforme regra processual pretérita, que estava inserida no Capítulo VI, Título I do livro II, do Código de Processo Civil, o tratamento destinado às partes, quando se processasse a execução por título judicial, era *exequente e executado*. Atualmente, por força dos Capítulos IX e X, Título VIII do livro I, melhores seriam as denominações *requerente* (ou credor) e *requerido* (ou devedor). No entanto, não se pode olvidar que nas alterações introduzidas pela Lei nº 11.232, de 2005, não obstante o novo procedimento, está explícito que a sentença é um título executivo judicial (artigo 475-N, I, do Código de Processo Civil). Dessa forma, haverá de se proceder à sua liquidação para a apuração do *quantum* devido e, conseqüentemente, requerer o cumprimento da sentença, por execução (artigo 475-I e seguintes).

Considerando que não mais existe a figura da execução de sentença nos próprios autos ou em autos apartados, em face de sentença proferida em procedimento cognitivo, e, sim, fases processuais de liquidação e cumprimento da sentença, previstas nos Capítulos IX e X, Título VIII, livro I, do Código de Processo Civil, não se vislumbra a possibilidade de uma nova sentença, como era no caso do procedimento autônomo dos embargos à execução em face de execução de sentença por título judicial. Obviamente, correto seria não se cogitar a fixação de sucumbência, pois, quando se busca o cumprimento da sentença (artigo 475-B, do Código de Processo Civil), pressupõe-se que o magistrado irá “despachar” o requerimento do credor, e, ainda, uma vez que este ato do juiz não se confunde com decisão ou sentença (parágrafos 1º e 2º, artigo 162, do Código de Processo Civil), e que o seu objeto tem, exclusivamente, caráter processual, assim, está-se diante de um despacho judicial (§ 3º, artigo 162, do Código de Processo Civil). Destarte, por se tratar de questão de direito processual (e não material), do requerimento de cumprimento de sentença não cabe a fixação de honorários advocatícios, exceto, a meu ver, a partir do momento da realização dos atos executórios, estes compreendidos como a penhora, depósito, avaliação e intimação, e, sobrevindo, impugnação.

Corroborando com o exposto no parágrafo anterior, há de se observar que a sucumbência, quando devida, é delimitada pela sentença em que há ou não resolução de mérito (artigos 267 e 269, do Código de Processo Civil), donde há cabimento de recurso de embargos declaratórios ou de apelação, sendo que daquele poderá o sentenciante proceder à alteração ou manter o *decisum*, e, na hipótese deste, observado o disposto no inciso I do artigo 463 do Código de Processo Civil, haverá devolução do conhecimento ao Tribunal de Justiça, que, por sua vez, poderá ratificar ou retificar, total ou parcialmente, a majoração dos honorários fixados em Primeira Instância.

A doutrina tem-se manifestado de forma cautelosa e não unânime, construindo

posicionamentos diversos e definindo, ainda que sem substancial escoro legal e com maior amparo análogo, a tendência à não admissão de fixação da verba honorária no cumprimento da sentença.

A possibilidade de fixação de honorários, na fase de cumprimento de sentença, é vista com reservada cautela por ARAKEN DE ASSIS.⁴⁸

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR admite que, uma vez fixada a sucumbência no pleito cognitivo, não há como imputar ao devedor outra fixação de honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença, por se tratar de fase processual. Argüi ainda que, mesmo quando o devedor maneja o incidente da impugnação (artigo 475-L), não há como se cogitar em honorários, visto que a impugnação será analisada por decisão interlocutória (artigo 475-M, § 3º), e esta, por sua vez, não se ajusta à regra estatuida pelo artigo 20 do Código de Processo Civil.⁴⁹

JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER comenta que não é possível o cabimento de fixação de verba honorária no cumprimento de sentença, bem como na decisão que definirá a impugnação. Admite que, possivelmente,

[...] a jurisprudência venha a afirmar o cabimento de condenação em honorários, com base no princípio da causalidade, sobretudo em casos de acolhimento da impugnação, podendo invocar-se, como precedentes, decisões em exceções de pré-executividade.⁵⁰

Há, entre os doutrinadores, quem se posicione favorável à fixação de verba honorária quando se tratar de cumprimento de sentença. Isto é o que argumentam FLÁVIO CHEIM JORGE, FREDIE DIDIER JR. e MARCELO ABELHA RODRIGUES, entendendo que, no cumprimento de sentença, existe um procedimento próprio, consubstanciado por um rito e itinerário a serem seguidos, e por haver obrigatoriedade de provocação pelo credor e se o devedor impugnar, sem razão, a pretensão contra si intentada, “[...] será justa a fixação de honorários para esta fase executiva, mantendo-se integralmente a regra do art. 20, § 4º, do CPC”. Mais adiante complementam que “[...] deverá o juiz, não obstante o silêncio da Lei n. 11.232/2005, fixar os honorários advocatícios devidos pelo trabalho a ser exercido nessa fase executiva”.⁵¹

Em suma, inegável que são perceptíveis algumas disposições de atos executórios, *verbi gratia*, penhora, avaliação, expropriação, impugnação, etc.

Assim, poder-se-á admitir que, a partir tão-somente da oposição protelatória da impugnação, deve haver a fixação da sucumbência, com escoro no § 4º do artigo 20, do Código de Processo Civil.

7. CONCLUSÕES

As alterações no procedimento que trata da execução por título judicial, trouxeram maior celeridade e efetividade à satisfação jurisdicional, sem que houvesse imposições des-

⁴⁸ Obra citada, p. 474.

⁴⁹ Obra citada, p. 139-140.

⁵⁰ Obra citada, p. 132-133.

⁵¹ Obra citada, p. 135-136.

propositadas e injustas a qualquer um dos pólos processuais.

O legislador, na intenção de resolver, em tempo menor e sem que isso causasse danos a qualquer uma das partes, introduziu, pela Lei nº 11.232, de 2005, algumas novas fases processuais, como alhures comentadas.

Grandes indagações fluíram com a edição da nova sistemática, dentre eles: A) para o cumprimento da sentença, há necessidade de requerimento do credor para que o devedor seja intimado, ou a própria sentença serve como marco inicial para prazo estabelecido na primeira parte do artigo 475-J? B) muito embora entenda que a intimação, *in casu*, há de ser personalíssima, pois, o adimplemento é faculdade exclusiva do devedor? A quem intimar para o cumprimento da sentença (artigo 475-B)? C) qual a via adequada para se proceder à intimação? D) podem, outras matérias, serem argüidas em sede de impugnação, além daquelas descritas no rol taxativo do artigo 475-L? E) devem ou não ser fixados os honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença? Etc.

Todas as questões dispostas no parágrafo anterior serão, ao longo do tempo, consolidadas pela doutrina e jurisprudência, podendo também ser por ato legislativo.

Visível é a preocupação do legislador com a pessoa que logra êxito pela sentença judicial, transitada ou não em julgado, pois, por décadas o que se proclamou foi o protecionismo ao devedor, concedendo-lhe amplas possibilidades de manejar recursos com vistas às lamentáveis procrastinações processuais. Em muitas situações nem sempre lhe era imposta a sanção dos artigos 600 e 601 do Código de Processo Civil, mesmo quando requerida pelo credor, e proporcionando ao devedor a possibilidade de se defender.

A reforma, ora comentada, trouxe, sem dúvidas, maior celeridade e efetividade à fase posterior ao trânsito em julgado da sentença em procedimento cognitivo, haja vista não ser mais possível a inauguração de uma ação (incidental) autônoma de execução de sentença, nos próprios autos ou em apartados, possibilitando ao executado, querendo, ingressar com outro procedimento autônomo de embargos à execução onde geraria uma outra sentença, sendo cabível, em face desta, recursos de embargos declaratórios ou de apelação. Isso tudo retardava sobremaneira o efeito real do intento executório.

A partir da data em que passou a vigor a Lei 11.232, de 2005, ainda que penda de algumas adaptações e/ou elucidacões, para as quais a doutrina e a jurisprudência hão de apresentar respostas, a satisfação do direito subjetivo do credor tornou-se mais efetiva em face do lapso temporal, i. e., *verbi gratia*, revogadas as disposições que autorizavam ao devedor o manejo de *embargos do devedor* nas execuções por título judicial, que, além de onerar mais ainda o credor (por exemplo, os custos do advogado constituído), acarretava um inchaço no Judiciário pela demora entre o ato da distribuição do feito (procedimento cognitivo) até o arquivamento, e, também, estimulava o retardamento ao dever de adimplir do devedor. Assim é o que discursa parte dos doutrinadores, magistrados, advogados, outros que de certa forma atuam no Judiciário brasileiro.

Incontroversa é a idéia central da recém alteração em desestimular a resistência protelatória, do devedor, ao cumprimento do dever subjetivo de adimplir, porquanto, no procedimento cognitivo, ao requerido (agora devedor) foram disponibilizadas todas as garantias constitucionais da isonomia, contraditório e ampla defesa; não que pela recém reestruturação do Código de Processo Civil que trata da liquidação e cumprimento da sentença essas garantias lhe foram tolhidas, pelo contrário, elas, em qualquer fase procedimental, são respeitadas. Ocorre

que, como alhures comentado, a sanção prevista no artigo 475-J, do Código de Processo Civil, faz com que o devedor reveja sua intenção de impugnar (o que antes seriam os embargos do devedor) sem fundamento jurídico e/ou fático, sob pena de incorrer na aplicação da multa de 10% sobre o valor da condenação, sem prejuízo das sanções previstas pela litigância de má-fé e ato atentatório à dignidade da justiça (artigos 17, 18, 600 e 601, todos do Código de Processo Civil).

8. ABSTRACT

From the date that started to be valid the Law nº 11232, of 2005, the execution for judicial title started to call liquidation and sentence fulfillment, whose treatment of the substance is described in articles 3º and 4º of the law in comment; the liquidation could be done by articles or arbitrament; by simple calculation and the requisition of creditor; the debtor is summoned for, in fifteen days, to pay the refined value duly warned to it to be imposed a fine; in not occurring the payment and being accomplish execution of estates of debtor, who will be summoned, in the person of its solicitor; stated period of fifteen days for impugnation that, in rule, has an effect of devolution, possibility of provisory fulfillment of the sentence; constitution of capital for fulfillment of nourishing installment; the fitting of resources; intertemporal right; of the forms of summon and succumbienay.

Key-Words: *Liquidation. Fulfillment of the sentence. Intertemporal right. Ample defense. Contradictory.*

9. REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Cumprimento da Sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. **Código de Processo Civil Interpretado**. 5. ed. Barueri: São Paulo: Manole, 2006.

DRESCH, Renato Luiz. **Jornal Minas Gerais, Diário do Judiciário-caderno II. “A nova Liquidação e a Execução de Sentenças Conforme a Lei nº 11.232/2005”**, ano CXIV – nº 181, Belo Horizonte. MG: Imprensa Oficial, 30/11/2006, p. 26 - 32.

Exposição de motivos nº 00034, de 18/03/2004. **Projeto de Lei nº 3.253/04**. Proposta de alteração do Código de Processo Civil. Lei nº 11.232/2005.

JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; ABELHA RODRIGUES, Marcelo. **A Terceira Etapa da Reforma Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo, volume 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Ar-ruda Alvim. **Revista Prática Jurídica - “Necessidade de Intimação do Réu para o Cumprimento da Sentença, no Caso do Art. 475-J do CPC”**, ano V – nº 51, Brasília.

DF: Ed. Consulex, 30/06/2006, p. 54 - 56.

MENDES LOBO, Artur; GALVÃO, Heveraldo. **Natureza e Autonomia da Liquidação e da Execução de Sentença Coletiva**. Uberaba:Revista Jurídica UNIJUS, vol. 10, nº 13, nov/2007, p. 145-160.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PAVAN, Dorival Renato. **Revista Prática Jurídica - “Procedimento e Forma Para a Intimação do Devedor Para Cumprimento Voluntário da Sentença – Art. 475-J da Lei nº 11.232/05”**, ano V – nº 56, Brasília. DF: Ed. Consulex, 30/11/2006, p. 59 - 65.

TESHEINER, José Maria Rosa (coord). **Nova Sistemática Processual Civil**. 2. ed. Caxias do Sul, RS: Plenum, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As Novas Reformas do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Processo de Execução**. 19. ed. São Paulo: Leud, 1999.

_____. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____:colaboradores: Humberto Theodoro Neto e Adriana Mandim Theodoro de Mello. **Código de Processo Civil Anotado**. 11. ed. Rio de Janeiro:Editora Forense, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Revista Prática Jurídica - “a Impugnação da Lei nº 11.232/05 – Natureza Jurídica”**, ano V – nº 57, Brasília. DF: Ed. Consulex, 30/12/2006, p. 55 - 59.



ANOTAÇÕES SOBRE A ÁREA DE RESERVA LEGAL NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

Matheus Almeida Caetano^{1*}
Marlene Teresinha de Muno Colesanti^{2**}

RESUMO

A obrigação de salvaguardar determinada parcela da área de uma propriedade rural, para fins de conservar o meio ambiente regional, causou muita celeuma nos operadores do direito, chamando à baila a antiga discussão acerca do termo *desenvolvimento sustentável*. O presente trabalho aborda um dos instrumentos de proteção ambiental instituído pelo Código Florestal, delineando as suas características, a sua relação com o direito de propriedade e o tratamento dado pelos Tribunais brasileiros. Por fim, destacam-se os seus vínculos com o princípio jurídico-ambiental da equidade intergeracional, previsto no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, que representa o núcleo do desenvolvimento sustentável ao instituir a manutenção do patrimônio ambiental para as gerações futuras.

Palavras-chave: Código Florestal. Direito Ambiental. Desenvolvimento Sustentável. Princípio da Equidade Intergeracional.

SUMÁRIO

1. Intróito – 2. O Direito Ambiental: terceira dimensão, autonomia e transdisciplinaridade – 3. A área de reserva legal – 3.1 Competência – 3.2 Da obrigação de instituir a área de reserva legal e sua natureza *propter rem* – 3.3 Finalidades da Reserva Legal Florestal – 4. A visão contemporânea de propriedade e sua relação com o meio ambiente – 4.1 A função sócio-ambiental da propriedade – 5. O princípio do desenvolvimento sustentável – 6. O princípio da equidade intergeracional – 6.1 Origem – 6.2 Delineamentos – 6.3 O tripé principiológico da Equidade Intergeracional – 6.4 A Equidade Intergeracional na esfera nacional – 6.5 A Equidade Intergeracional e os Tribunais brasileiros – 7. Conclusões – 8. *Abstract* – 9. Referências.

1. INTRÓITO

A área de reserva legal foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro através do Código Florestal (Lei Federal n. 4.771 de 15 de setembro de 1965), embora seu conceito tenha sido cunhado por meio da alteração legislativa promovida pela Medida Provisória 2.166–67/2001, nos seguintes termos:

Art.1º. [...]

§2º [...]

^{1*} Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (março de 2008). E-mail: matheusalmeyda@hotmail.com

^{2**} Professora Doutora do Instituto de Geografia da Universidade Federal de Uberlândia e Diretora do mesmo instituto. Orientadora acadêmica pelo Programa de Iniciação Científica da FAPEMIG. E-mail: mmuno@hotmail.com



III – Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas.

Traçado o conceito do instituto, o presente artigo analisará algumas facetas desta modalidade de espaço ambiental especialmente protegido, passando pela competência legislativa, limitações, exceções, relação com o direito de propriedade e seus laços com os princípios do desenvolvimento sustentável e o da equidade intergeracional. Para este fim, toma-se por base os dispositivos aplicáveis da Constituição Federal de 1988 e da legislação infraconstitucional disciplinadora desse mecanismo de proteção ambiental, assim como pertinentes manifestações jurisprudenciais do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF). A interpretação sistemática e contextualizada dos dispositivos legais, os ditames constitucionais e dogmáticos, as técnicas da análise textual, temática, interpretativa, histórica e de conteúdo balizam as conclusões aqui desenvolvidas.

São objetivos principais deste artigo: a) – estabelecer a relação intrínseca entre a área de reserva legal e o princípio da equidade intergeracional; b) – expor o real significado do direito de propriedade, conforme os ditames constitucionais; c) – defender uma postura sustentável para as propriedades rurais com o fito de tutelar o direito humano de terceira geração – meio ambiente ecologicamente equilibrado –, conforme preceitua o art. 225 da Constituição Federal de 1988.

2. O DIREITO AMBIENTAL: TERCEIRA DIMENSÃO, AUTONOMIA E TRANSDISCIPLINARIDADE

O Direito Ambiental caracteriza-se por usufruir de institutos advindos de outros ramos da árvore jurídica. Por isso, mantém uma relação *intra* Ciência Jurídica, ao fazer uso de instrumentos característicos do Direito Civil, Penal e Administrativo, dentre outros. Note tal peculiaridade nas palavras de Leite e Ayala: “O direito ambiental congrega um mosaico de vários ramos do Direito e trata-se de uma área jurídica que penetra horizontalmente vários ramos de disciplinas tradicionais”³.

Adota-se, aqui, a terminologia “terceira dimensão” com o intuito de proporcionar ao leitor uma acepção didática e coerente do Direito Ambiental. Na ultrapassada divisão do Direito nas searas pública e privada, com suas respectivas disciplinas, pode-se enunciar o Direito Ambiental como pertencente ao setor híbrido: os direitos *difusos*. Entretanto, por que um direito de 3º dimensão?⁴ Primeiramente, fazendo uma analogia com as imagens em três dimensões, as quais permitem observações de vários ângulos, e levando isto ao campo científico do Direito Ambiental, este se utiliza de instrumentos de outras áreas do direito para sua aplicação, dando contornos próprios a essas categorias importadas do Direito Civil e do Direito Administrativo,

³ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. A transdisciplinariedade do Direito Ambiental e sua equidade intergeracional. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 6, n° 22, abr./jun.2001, p. 70.

⁴ Saliente-se que a expressão terceira dimensão não se refere à classificação quanto à geração de direitos fundamentais proclamada por Paulo Bonavides (ver mais em BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ªed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.569-570) e outros autores, embora o Direito Ambiental componha o grupo de direitos fundamentais de 3ª geração (ou dimensão) nesta classificação.

dentre outros (como será notado abaixo, no caso das obrigações *propter rem*, oriundas da seara Civil e destinada a instrumentalizar o aparato jurídico-ambiental da área de reserva legal). Portanto, assim como as imagens em três dimensões, o Direito Ambiental permite uma nova visão de antigos institutos jurídicos como a propriedade rural, os animais, as florestas, os rios e tantos outros elementos.

Tal peculiaridade levanta uma das questões que ainda permanece viva nos círculos jurídicos da sociedade acadêmica: a autonomia ou não do Direito Ambiental. Basicamente existem dois posicionamentos doutrinários sobre isto: de um lado, aqueles que defendem o Direito Ambiental como um ramo independente na Ciência Jurídica, um galho da árvore jurídica⁵; de outro, os que acreditam ser o Direito Ambiental uma simples ramificação (ou folhas, botanicamente falando) do Direito Administrativo (que seria o galho), não possuindo autonomia⁶. Nesta última corrente, destaca-se o jurista francês Michel Prieur ao afirmar que “o Direito Ambiental não é, no momento, mais que um direito de reagrupamento”⁷. Alguns juristas brasileiros também se posicionam contra a “independência” do Direito Ambiental, sendo eles: Sérgio Ferraz e Diogo de Figueiredo Moreira⁸. O primeiro, pioneiro nos estudos ambientais, afirmava:

É evidente que a denominação não corresponde a um ramo novo do jurismo, a uma disciplina jurídica autônoma. Realmente, o direito ecológico não tem métodos próprios de pesquisa, estudo ou sistematização; nem tampouco existem princípios que lhe sejam peculiares. Trata-se bem antes, de uma setorização determinada *utilitatis causa*⁹.

Já o administrativista Diogo de Figueiredo assevera que ao Direito Ecológico¹⁰ faltam

[...] princípios jurídicos e métodos próprios, situando-se este Direito como um ramo informativo, vale dizer, uma reunião de técnicas, regras e instrumentos centrados sobre um mesmo problema, sendo que esta concentração tem finalidade prática, tanto para o estudo e a pesquisa quanto para sua aplicação (*cf. ob. cit.*, p.23)¹¹.

Em resumo, tais autores defendem que a característica de “direito horizontal”, de conjunto de institutos jurídicos de outros ramos da Ciência Jurídica é o que lhe retira a autonomia. *Data venia*, parece que tais estudiosos confundiram autonomia com isolamento ao utilizarem

⁵ Nesse sentido: ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 3ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p.24-25; CARVALHO, Carlos Gomes de. *Introdução ao Direito Ambiental*. Cuiabá: Edições VerdePantanal,1990, p.25; MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*, 3ªed. São Paulo: RT, 2004, pp.135;154.

⁶ Defende tal posicionamento: MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 5ªed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p.11.

⁷ PRIEUR, Michel *apud* MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 5ªed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p.11.

⁸ Fica a ressalva de que por serem os pioneiros nos estudos de Direito Ambiental, compreensível a postura inicial de negar autonomia a um ramo que surgia de forma incipiente, nos ordenamentos jurídicos brasileiro e de outros Estados do globo.

⁹ FERRAZ, Sergio *apud* CARVALHO, Carlos Gomes de. *Introdução ao Direito Ambiental*. Cuiabá: Edições VerdePantanal,1990, p.140-141.

¹⁰ Terminologia utilizada pelo autor ao se referir ao Direito Ambiental.

¹¹ MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 5ªed. Rio de Janeiro: Forense Universitária,2005, p.11.

este argumento. Em primeiro lugar, porque como se verá a seguir, o Direito é uno¹², o que significa que as disciplinas jurídicas não são estanques umas em relação às outras (já imaginou o direito material sem o direito formal para aplicá-lo? Ou então, algum ramo jurídico aplicado em dissonância com os aspectos Constitucionais?).

Além disso, a transdisciplinaridade é atribuída como pressuposto negativo de autonomia à disciplina jurídico-ambiental. Ora, se uma ciência faz uso de conquistas e instrumentos científicos de outra ela não é autônoma? Conforme será delineado a seguir, tal peculiaridade será conceituada e abordada com mais perspicácia, o que permitirá compreender melhor o Direito Ambiental.

A reflexão de Sérgio Ferraz foi coerente com a época em que fora cunhada, já que realizada no ano em que ocorreu a primeira manifestação mundial pela proteção do meio ambiente: a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano e seu futuro, ocorrida em Estocolmo (1972), oportunidade na qual foram dados os primeiros passos do Direito Ambiental.

Compreensível a desconfiança nos homens daquela época a tudo que era de certa forma novo e, assim não foi diferente em relação ao Direito que se trata de uma, senão a mais tradicional e conservadora, das disciplinas científicas. Observe os ensinamentos de Carlos de Carvalho:

Na verdade, vários foram os ramos do Direito que a princípio não tiveram autonomia científica mas que, com a crescente complexidade da vida contemporânea e seguindo a dinâmica evolutiva da ciência jurídica (que não é estática mas que deve refletir os avanços da sociedade) foram conquistando foros de autonomia. Por exemplo, o Dir. do Trabalho; o Dir. Administrativo; o Dir. Tributário; o Dir. Agrário etc., que inicialmente eram meros ‘galhos’ das disciplinas-mater – Dir. Constitucional, Dir. Civil e Penal, Dir. Processual por exemplo – tornaram-se, com a evolução, em disciplinas com sangue próprio¹³.

A corrente que defende o Direito Ambiental como um dos ramos autônomos da Ciência Jurídica firma-se sobre a existência de princípios jurídicos próprios à esfera ambiental, podendo ser mencionados os da *prevenção*, da *precaução*, do *poluidor-pagador*, das *equidades intra e intergeracional*, dentre outros.

Por isso, no natural empenho de legitimar o Direito do Ambiente, como ramo autônomo da árvore da ciência jurídica, têm os estudiosos se debruçados na identificação dos princípios ou mandamentos básicos que fundamentam o desenvolvimento da doutrina e que dão consistência às suas concepções¹⁴.

¹² CANO, Guillermo *apud* CARVALHO, Carlos Gomes de, *Introdução ao Direito Ambiental*, Cuiabá, Edições VerdePantanal, 1990, p.141: “Creo que el tema de la autonomia científica debe ser pasado por alto, si se parte, como lo hago, del concepto de que la ciencia jurídica es una sola, y de que el agrupamiento em ramos, a fines docentes o de investigación, responde a motivos circunstanciales o formales”.

¹³ CARVALHO, Carlos Gomes de. *Introdução ao Direito Ambiental*. Cuiabá: Edições VerdePantanal, 1990, p.196.

¹⁴ MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 3ªed. São Paulo: RT, 2004, p.136.

Inúmeros argumentos podem ser utilizados na defesa da autonomia do Direito Ambiental: a Constituição Federal de 1988 possui um capítulo específico sobre o meio ambiente¹⁵; inúmeras legislações contemplam a matéria ambiental; uma ciência tem sua autonomia definida por princípios específicos a ela aplicados¹⁶, dentre outros. Bessa Antunes argumenta que se torna pífio e desnecessário tal debate em torno da autonomia ou não do Direito Ambiental, pois conforme mencionado acima, se a Constituição Federal contempla essa proteção, normativamente falando, não há o que discutir sobre tal assunto. Note a observação do jus-ambientalista carioca:

É totalmente destituído de significado tentar compreender o Direito Ambiental como um ramo ‘autônomo’ do Direito em geral [...]. Em primeiro lugar deve ser aduzido que o conceito de autonomia dos diversos ramos do Direito é bastante discutido e discutível. Sabemos que o conceito de *autonomia* dos diversos ramos do Direito implica a existência de setores estanques no interior da norma jurídica que, apenas e tão-somente, mantêm algumas relações formais entre si. Ora, na realidade, tal concepção é falha, pois os conceitos fundamentais do Direito tradicional são válidos em qualquer um dos diferentes “ramos” do Direito [...]. Acresce, ademais, que a idéia de ramos autônomos do Direito está vinculada à concepção da existência de um certo ‘paralelismo’ entre os diversos ramos da Ciência do Direito [...]. O Direito Ambiental é um direito de *coordenação* entre estes ‘ramos’. E, nesta condição, é um Direito que impõe aos demais setores do universo jurídico o respeito às normas que o formam, pois o seu fundamento de validade é emanado diretamente da Norma Constitucional. Trazer para o Direito Ambiental a discussão sobre se este é autônomo ou não, é reproduzir uma discussão ontologicamente superada¹⁷.

Destaca-se, novamente, ser inócua o debate acerca da autonomia ou não do Direito Ambiental, uma vez que as normas ambientais existem, têm validade, são obrigatórias e, portanto, devem ser aplicadas. A normatividade é indiscutível, tendo em vista o sistema normativo existente com inúmeros princípios jurídicos de natureza ambiental e legislações que tratam especificamente desse assunto. Tanto que, neste sentido, Marcelo Abelha defende o surgimento do Direito Ambiental Brasileiro no ano de 1981, com o advento da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Federal n. 6.938/1981), de forma ainda que modesta, só adquirindo sua maioria com a promulgação da Carta Política: “O advento da CF/88 foi, nesse diapasão, o arcabouço jurídico que faltava para que o Direito Ambiental fosse içado à categoria de ciência autônoma”¹⁸.

Em primeiro lugar, uma ciência é considerada autônoma no momento em que possua princípios específicos de sua área de atuação¹⁹, os quais permitam abordar aspectos únicos e

¹⁵ Trata-se do Capítulo VI (Do Meio Ambiente) do Título VIII (Da Ordem Social).

¹⁶ O próprio princípio da equidade intergeracional, tema a ser abordado a seguir, é um dos princípios do Direito Ambiental, assim como os da precaução, prevenção, do usuário-pagador e do poluidor-pagador, dentre outros.

¹⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 3ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p.24-25.

¹⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental*: parte geral. 2ªed. São Paulo: RT, 2005, p.57.

¹⁹ MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. 3ªed. São Paulo: RT, 2004, p.153-154: “Pode-se então afirmar, sem medo de errar, que, no Brasil, o Direito do Ambiente é na realidade um ‘Direito adulto’. Conta ele com princípios próprios, com assento constitucional e com um regramento infraconstitucional complexo e moderno”.

exclusivos em seu campo teórico:

Efetivamente, para que uma disciplina jurídica ganhe corpo e forma é fundamental a presença de um conjunto de princípios e normas específicos a informá-la. Ora, como será exposto no item 4, *infra*, já é possível estabelecer um conjunto de peculiaridades e princípios (p. ex., a ênfase no aspecto preventivo, a vocação redistributiva, a primazia dos interesses comunitários, a rejeição dos direitos adquiridos, a obrigação jurídica de levar em conta a proteção ambiental), assim como de normas, tanto em âmbito internacional como nacional, que possibilitam considerar o Direito do Ambiente um ‘Direito Adulto’²⁰.

Outros fundamentos utilizados para justificar a independência do Direito Ambiental decorrem do “fato de possuir seu próprio regime jurídico, objetivos, princípios, sistema nacional do meio ambiente etc.”²¹

A autonomia de uma disciplina não pode estar relacionada a um isolamento de outras matérias científicas, sob pena de tornar-se retrógrada, haja vista que, atualmente, o páreo da complexidade não nos permite analisar os fatos e acontecimentos físicos, biológicos e humanos de maneira estanque, tal como afirmado acima²². Desta maneira, o Direito Ambiental tem demonstrado, como poucas disciplinas, suas conexões com inúmeras áreas do conhecimento científico. Trata-se da denominada transdisciplinaridade (o termo *transdisciplinariedade* é utilizado de forma semelhante pelos autores José Rubens Morato Leite, e Patryck de Araújo Ayala), responsável por estabelecer uma relação extra-mundo jurídico, ou seja, utiliza informações advindas de outras áreas do conhecimento científico que não o Direito:

A transdisciplinaridade pode ser definida como um processo de intercâmbio entre diversos campos e ramos do conhecimento científico, nos quais uns transferem métodos, conceitos, termos e inclusive corpos teóricos inteiros para outros, que são incorporados e assimilados pela disciplina importadora, induzindo um processo contraditório de avanço/retrocesso do conhecimento, característico do desenvolvimento das ciências²³.

A transdisciplinaridade é de suma importância para a aplicação do Direito Ambiental, em razão das diversas situações cujos mecanismos jurídicos típicos são insuficientes para solucionar os problemas ecológicos. Por exemplo, a realização de perícias ambientais e a determinação de conceitos relacionados ao meio ambiente que não estejam definidos na legislação. As reportagens que denunciam as atrocidades ambientais (seja no Brasil ou em outro lugar do mundo) significam um primeiro passo na tomada de posições para resolução dos problemas ambientais – e, aqui, se percebe a importância do diálogo entre disciplinas (mais precisamente entre o jornalismo, a linguagem, a ecologia, dentre inúmeros ramos científicos). Desta feita,

²⁰ MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 3ªed. São Paulo: RT, 2004, p.135.

²¹ SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.32.

²² MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 3ªed. São Paulo: RT, 2004, p.136: “Foi por essas vias que, do tronco de velhas e tradicionais ciências, surgiram outras afins, como rebentos que enriquecem a família; tais como os filhos, crescem e adquirem autonomia sem, contudo, perder os vínculos com a ciência-mãe”.

²³ ¹ LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. São Paulo: Cortez, 2001, p. 83.

demonstrada a importância dessa troca de informações, outras ciências como a Geografia e a Biologia são indispensáveis para uma aplicação ecológica do Direito Ambiental, já que são responsáveis pelo estudo das relações e interações dos elementos que compõem o meio ambiente. A importância dessa relação é notada pela doutrina nacional, embora se utilize de outra terminologia²⁴ com a mesma fundamentação:

Essa imprescindível multidisciplinaridade dá ao ensino do Direito Ambiental uma compreensão dialética do fenômeno social do desenvolvimento e mesmo para o futuro das pegadas do homem sobre a face da Terra. Nesse sentido, é elemento essencial para uma prática política de implementação do ecodesenvolvimento²⁵.

3. A ÁREA DE RESERVA LEGAL

A Lei Federal n. 4.771/1965 instituiu a terminologia *reserva legal*, a qual, não é seguida de forma unânime entre os doutrinadores. Nicolao Dino de Castro e Costa Neto faz uso da expressão Reserva Florestal Legal²⁶. Por outro lado, a expressão Reserva Legal Florestal, defendida por Paulo Affonso Leme Machado²⁷ é mais divulgada. Além de evitar confusão com a Reserva Biológica, o adjetivo *florestal* consegue transmitir uma das facetas da área especialmente protegida – a de proteção da flora. A compatibilidade terminológica com a própria lei (Código Florestal) que a define deveria ser assegurada, facilitando a interpretação do instituto tanto pelos operadores do direito, como pelos leigos. Dessa forma, conclui-se que a definição legal é a menos apta aos fins e aos conceitos jurídicos ambientais por sua simplicidade, e não incorpora o real desiderato deste instrumento jurídico: a proteção integral dos animais e vegetais existentes na área rural, em caráter obrigatório para todos os proprietários rurais²⁸.

Uma análise panorâmica de algumas peculiaridades do instituto é desejável. *A priori*, a área destinada à reserva legal parece ser obrigatória apenas para os *proprietários* de imóveis rurais, mas a lei abre um leque ao se referir à *posse* rural²⁹. Indispensável estar dentro dos limites

²⁴ SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.32: “ O Direito Ambiental caracteriza-se pela sua interdisciplinaridade, ou seja, depende dos conceitos e conhecimentos de outras ciências, como ecologia, botânica, química, engenharia florestal etc.”.

²⁵ CARVALHO, Carlos Gomes de. *Introdução ao Direito Ambiental*. Cuiabá: Edições VerdePantanal,1990, p.133.

²⁶ COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. Proteção jurídica do meio ambiente. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, p.213-220; p.246-258.

²⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 741:“Reserva Legal’ é a expressão utilizada pela legislação para caracterizar esse regime jurídico florestal. Acredito que se torna mais compreensível agregar o termo ‘Florestal’, utilizando-se ‘Reserva Legal Florestal’. ‘Reserva Legal é insuficiente, pois a ‘Reserva Biológica’ também se rege pela legislação, sendo também uma Reserva Legal”.

²⁸ Excetuada a hipótese incluída na previsão legal do artigo 16, §3º da Lei 4.771/1965 que permite “o plantio de árvores frutíferas ornamentais ou industriais, compostos por espécies exóticas, cultivadas em sistema intercalar ou em consórcio com espécies nativas” para cumprir a obrigação de manutenção ou compensação da área de reserva legal quando se tratar de pequena propriedade ou posse rural familiar (ver conceito no artigo 1.º, §2º, inciso I desta lei).

²⁹ O próprio conceito de área de reserva legal contempla a posse rural, conforme inciso III do §2º do artigo 1º do Código Florestal: “III - Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas; (grifos nossos)”.

da propriedade ou da posse dos particulares, não sendo possível a existência dela nas divisas com outros imóveis, exceto se do mesmo proprietário e com previsão de fusão da matrícula, para que não gere embaraços à averbação dessa área nos cartórios de Registro de Imóveis. O instituto alcança apenas as terras rurais dos particulares³⁰, não incidindo sobre os bens imóveis do Poder Público, em qualquer de suas esferas: União, Estados membros e Municípios³¹. Esta é uma das diferenças com a área de preservação *permanente*³².

3.1 Competência

A competência para legislar sobre a Área de Reserva Legal Florestal está contida nas hipóteses do art. 24, VI, da Constituição Federal, sendo, portanto, uma competência legislativa concorrente. Esta se caracteriza por uma hierarquia entre as normas emanadas da União, dos Estados membros e dos Municípios. Cabe mencionar o fato de que, em razão da existência de legislação federal vigente, ou seja, o Código Florestal, não podem os Estados legislar plenamente sobre a Área de Reserva Legal, mas tão-somente complementar a legislação da União – conforme §3º do art. 24 da Carta Política de 1988. Dessa forma, a União fica incumbida de estabelecer as normas gerais sobre Direito Ambiental, cabendo aos Estados e Municípios a produção de normas específicas e de interesse local. Importante ressaltar que as legislações estaduais e municipais não podem prescrever dispositivos flexíveis em relação à legislação federal vigente, ou seja, devem produzir normas com maior proteção ambiental, sob pena de ofensa aos princípios do federalismo, do desenvolvimento sustentável, da equidade intergeracional e do *in dubio pro natura*.

Outra questão é da competência para executar a fiscalização ambiental. Esta cabe concomitantemente à União, aos Estados e aos Municípios, inexistindo hierarquia ou preferência. Nas palavras de Affonso Machado: “inexiste hierarquia ou supremacia na execução das normas protetoras da Reserva Legal Florestal”³³. O caso concreto possibilitará a definição de qual órgão será o competente para atuar. Por exemplo, no Estado de Minas Gerais o órgão competente para executar a escolha ou a delimitação da Reserva Legal é o Instituto Estadual de Florestas (IEF), conforme art. 7º da Lei Estadual 14.368/2002.

3.2 Da obrigação de instituir a Área de Reserva Legal e sua natureza *propter rem*

O proprietário ou o possuidor da propriedade rural tem o dever de instituir a Área de Reserva Legal, obrigação imposta desde o momento em que se adquire um imóvel rural,

³⁰ COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. *Proteção jurídica do meio ambiente*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, p. 214: “A reserva florestal legal alcança apenas áreas sujeitas ao domínio privado”.

³¹ Uma pena tal instituto não ser obrigatório para a Administração (União, Estados membros e Municípios), ofendendo dois postulados constitucionais: “o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”- art.225, equidade intra e intergeracional; e o princípio do Estado de Direito, no qual o próprio Estado submetete-se as leis direcionadas aos particulares. Não concordamos com tal postura, pois a legislação federal (Código Florestal) e, principalmente, a Constituição Federal de 1988 não fizeram ressalva alguma neste sentido, não cabendo ao intérprete tomar partido disto.

³² MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 742: “Diferenciam-se no que concerne ao domínio, pois a Reserva Legal Florestal somente incide sobre o domínio privado, sendo que as Áreas de Preservação Permanente-APPS incidem sobre o domínio privado e o domínio público”.

³³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 744.

conforme estatui o Código Florestal. Este, em seu art. 1º, §2º, inciso III, ao definir a Área de Reserva Legal, tornou clara a importância da manutenção e da proteção de tal parcela da propriedade rural destinada a garantir o equilíbrio ecológico do bioma regional, proporcionando um mínimo de utilização racional e, por conseguinte, sustentável da natureza.

Nas palavras de Paulo de Bessa Antunes, temos que,

Efetivamente, a reserva legal é uma característica da propriedade florestal que se assemelha a um ônus real que recai sobre o imóvel e que obriga o proprietário e a todos aqueles que venham a adquirir tal condição quaisquer que sejam as circunstâncias. Trata-se de uma obrigação *in rem*, *ob* ou *propter rem*, ou seja uma obrigação real ou mista³⁴.

O que é uma obrigação *propter rem*? Em razão da brevidade do trabalho, elucidar-se-ão rapidamente algumas de suas características, sua natureza jurídica e sua consequência. O conceito nos é apresentado por Silvio Rodrigues:

A obrigação *propter rem* é aquela em que o devedor, por ser titular de um direito sobre uma coisa, fica sujeito a determinada prestação que, por conseguinte, não derivou da manifestação expressa ou tácita de sua vontade. O que o faz devedor é a circunstância de ser titular do direito real, e tanto isso é verdade que ele se libera da obrigação se renunciar a esse direito³⁵.

Silvio de Salvo Venosa, em esclarecedora lição sobre a etimologia dos termos, pondera que: “A terminologia explica bem o conteúdo dessa obrigação: *propter*, como preposição, quer dizer ‘em razão de’, ‘em vista de’. A preposição *ob* significa ‘diante de’, ‘por causa de’. Trata-se, pois, de uma obrigação relacionada com a coisa”³⁶. Em síntese, são características das obrigações *propter rem*: o vínculo adesivo da obrigação com o titular de um direito real, decorrente da sua mera condição de proprietário ou possuidor; a exoneração da obrigação caso o proprietário ou possuidor renuncie ao seu direito real sobre a propriedade; a transmissão da obrigação aos adquirentes e sucessores a título singular, excepcionando-se o princípio regente do Direito das Sucessões de que os sucessores a título singular não substituem o *de cuius* em seu passivo na hipótese deste ser maior do que a patrimônio a ser transmitido, ou seja, o herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança (responsabilidade limitada *intra vires hereditatis* – artigo 1.792 do Código Civil de 2002).

Quanto à sua natureza jurídica, trata-se de figura mista por derivar dos troncos das obrigações pessoais e reais. Desta forma, cabe ressaltar que o proprietário, a partir do momento em que adquire o imóvel, tem o dever de instituir a Reserva Legal. É do inadimplemento do proprietário em cumprir esta obrigação *propter rem* que decorre a sua responsabilização, sendo aplicada por meio de ação civil pública proposta pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados membros e Municípios, além das autarquias, empresas públicas, fundações,

³⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Poder judiciário e reserva legal*: análise de recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça. In: Revista de Direito Ambiental, ano 6, n° 21, jan-mar. São Paulo: RT, 2000, p. 121.

³⁵ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil* - parte geral das obrigações. Vol.2. 30ªed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.79.

³⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil* – teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. Vol. II. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 60.

sociedades de economia mista e associações que estejam constituídas há mais de um ano e incluam dentre as suas finalidades institucionais a proteção do meio ambiente – inteligência do artigo 5.º, incisos I e II da Lei Federal n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública).

Além disso, tal dever não se compõe apenas da averbação da área. Faz-se *mister* que o proprietário proceda à recomposição do local com espécimes nativos, quando a vegetação tenha sido suprimida, independentemente de ter sido ele o realizador do desmate. Nesse sentido são as lições de Bechara e Montovani:

Vale frisar, por oportuno, que a obrigação de reflorestar a Reserva Legal é do atual proprietário do imóvel, ainda que não tenha sido ele o promotor do desmatamento. Isto porque o reflorestamento de Reserva Legal (assim como o de APP) afigura-se obrigação *propter rem*, ou seja, obrigação que acompanha a coisa independentemente de quem seja o seu titular e independentemente do fato de este titular ter ou não ter contraído, ele próprio, a obrigação³⁷.

Nesse sentido são as disposições do Código Florestal (art. 16, inciso III e art. 44) e das demais regulamentações referentes à temática. Também o entendimento jurisprudencial tem se firmado neste diapasão:

EMENTA: RESERVA FLORESTAL. Novo proprietário. Legitimidade passiva para responder por dano ambiental. O novo adquirente do imóvel é parte legítima passiva para responder por ação de dano ambiental, pois assume a propriedade do bem rural com a imposição das limitações ditas pela Lei Federal. Cabe analisar no curso da lide os limites da sua responsabilidade. Recurso Provido³⁸.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. Dano ao meio-ambiente. Indenização. Legitimidade passiva do novo adquirente. 1. A responsabilidade pela preservação e recomposição do meio-ambiente é objetiva, mas se exige nexo de causalidade entre a atividade do proprietário e o dano causado (Lei 6.938/81). 2. Em se tratando de reserva legal florestal, com limitação imposta por lei, o novo proprietário, ao adquirir a área, assume o ônus de manter a preservação, tornando-se responsável pela reposição, mesmo que não tenha contribuído para devastá-la. 3. Responsabilidade que independe de culpa ou nexo causal, porque imposta por lei. 4. Recurso especial provido³⁹.

O proprietário ou possuidor que burla a legislação ambiental referente à instituição da Reserva Legal Florestal comete um ilícito civil repugnado pelo Direito brasileiro: o do enriquecimento ilícito. Isto porque auferir vantagem econômica da extensão total de sua propriedade rural ao utilizar a parcela que deveria ser dispensada à garantia de um ambiente equilibrado. E como se não bastasse, faz com que o seu interesse econômico (particular) seja colocado acima do interesse ambiental (difuso) dele e de todas as outras pessoas. Ressalta-se que a observância da área de reserva legal recai sobre todos, indistintamente, embora exista

³⁷ BECHARA, Érika; MONTOVANI, Mário. Reserva Legal à luz da Medida Provisória 1.736. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 16, out.-dez., 1999, p.148.

³⁸ STJ – Primeira Turma. Resp. 222.349/PR – Relator Min. José Delgado, j. 23/03/2000. p. 02/05/2000 – grifos nossos.

³⁹ STJ – Segunda Turma. Resp. 282.781/PR – Relator Eliana Calmon, j.16/04/2002. p. 27/05/2002 – grifos nossos.

uma diferença relevante entre aquele proprietário que preservou sua vegetação e aquele que resolveu dizimá-la. Eis a doutrina:

Conclui-se, por conseguinte, que toda propriedade rural, coberta ou despida de vegetação, deve ter sua Reserva Legal. A diferença é que nos imóveis dotados de vegetação, a averbação será feita sem delongas e ônus extras ao proprietário, e naqueles cuja vegetação já esteja totalmente comprometida, seu proprietário terá que se dar ao trabalho de reflorestar a área⁴⁰.

A inexistência de área de preservação ambiental importa situação de risco para a flora e a fauna e, conseqüentemente, ao direito constitucionalmente assegurado a todos de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos moldes do artigo 225 da Constituição da República de 1988.

Nesse sentido, indispensável é não só a instituição da Área de Reserva Legal como também propiciar a regeneração da mata com o afã de intentar o restabelecimento do equilíbrio ecológico do ecossistema da região, seja ele formado pelo bioma cerrado, mata atlântica, caatinga, araucárias, pantanal, floresta amazônica, dentre outras existentes.

3.3 Finalidades da Reserva Legal Florestal

Essa forma de espaço especialmente protegido tem os seguintes escopos expressos no seu próprio conceito (conforme art. 1º, § 2º, III da Lei Federal n. 4.771/1965): uso sustentável dos recursos naturais; conservação e reabilitação dos processos ecológicos; conservação da biodiversidade; abrigo e proteção para a fauna e a flora nativas. Vejamos o trecho abaixo:

A finalidade da RLF, é a de manter intocáveis ecossistemas representativos de diferentes regiões do país, visando à preservação do (sic) diversidade biológica, aqui compreendidas flora e fauna, tendo em vista que esse tipo de reserva é um importante componente para a manutenção do equilíbrio ecológico em diferentes localidades⁴¹.

Em relação à primeira delas, o dispositivo acima transforma a Reserva Legal Florestal em requisito do uso sustentável dos recursos ambientais. Ora, se na propriedade de certa pessoa não há a Reserva Legal Florestal, a utilização destes recursos⁴² não é sustentável, o que contraria o ordenamento jurídico nacional que preza, constitucionalmente, pelo desenvolvimento sustentável e pela função social da propriedade.

Quanto à conservação da biodiversidade, alguns diplomas legais⁴³ devem ser

⁴⁰ BECHARA, Érika; MONTOVANI, Mário. Reserva Legal à luz da Medida Provisória 1.736. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 16, out.-dez., 1999, p.147.

⁴¹ DEUS, Teresa Cristina de. *Tutela da Flora em Face do Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 127-128.

⁴² Entenda-se por recursos naturais: a água, o solo, o ar, a fauna e a flora, conforme o inciso V do art. 3º da Lei 6.938/1981: “V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora”.

⁴³ A lei Federal n. 11.105/2005 (Lei de biossegurança), o decreto 2.519/1998 promulgou a Convenção sobre Diversidade Biológica e o Decreto n. 5705/2006, o qual promulgou o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica.

analisados, contemplando uma interpretação sistemática das normas ambientais. A biodiversidade é variedade e a variabilidade dos organismos vivos e os complexos ecológicos dos quais fazem parte e, levando em consideração a riqueza genética das florestas, em especial a Floresta Amazônica, veja a seguinte definição: “A biodiversidade pode ser definida como a variação biológica de determinado lugar ou, em termos mais genéricos, como o conjunto de diferentes espécies de seres vivos de todo o planeta”⁴⁴.

Importante que a vegetação da região deve ser preservada, ou seja, determinada propriedade rural localizada numa área de cerrado deve possuir uma reserva legal constituída por tal bioma e não por outra vegetação qualquer: “A vegetação da área reservada deverá ser aquela existente no local. Procura-se conservar a vegetação típica de cada região, ou seja, cerrado, caatinga, manguezais, florestas, etc”⁴⁵. Destaca-se que a conservação do patrimônio ambiental tem finalidade de alcance regional e não local, sendo uma das diferenças com as áreas de preservação *permanente*:

A Reserva Legal não possui função vinculada ao imóvel especificamente, sendo limitação de nível macro, ou seja, mais preocupada com a melhoria da biodiversidade, do que propriamente do ecossistema interno da propriedade, como ocorre com as áreas de preservação permanente [...] ⁴⁶.

No sentido do que foi supramencionado, estão os quatro tipos de Reserva Legal Florestal, classificadas conforme alguns biomas brasileiros: área de floresta localizada na Amazônia Legal, nas áreas de cerrado, na área de floresta ou demais tipos de vegetação nativa localizada nas demais regiões do País, e em área de campos gerais localizada em qualquer região do país (conforme incisos I à IV do artigo 16 do Código Florestal). Ora, “a proteção especial resulta da localização geográfica do imóvel, não sendo restrição imposta caso a caso, mas genericamente a todos os imóveis rurais situados nas regiões especificadas”⁴⁷. Os prejudicados com a ausência de tais áreas não são (e não serão, conforme o princípio da equidade intergeracional abordado a seguir) apenas os vizinhos fronteiros às propriedades rurais que se encontrem em situação irregular, mas toda a população relacionada com o bioma local:

A vizinhança prejudicada não se limita àqueles que estão próximos, mas se alarga a todos os que sofrem as consequências da inexistência de florestas. Isto se torna claro, na medida em que, o próprio art. 1º. do Código estabeleceu a noção de interesse dos habitantes do País, como um dos alicerces da forma de propriedade que está sendo examinada⁴⁸.

Importa destacar que a transdisciplinaridade implica na mútua troca de informações

⁴⁴ VARELLA, Marcelo Dias; FONTES, Eliana; ROCHA, Fernando Galvão da. *Biossegurança e Biodiversidade* – contexto científico e regulamentar. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.20.

⁴⁵ SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 217.

⁴⁶ MORAES, Luís Carlos Silva de. *Código Florestal Comentado: com as alterações da Lei de Crimes Ambientais* – Lei n. 9.605/98. 3ªed. São Paulo: Atlas, 2002, p.30.

⁴⁷ COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. *Proteção jurídica do meio ambiente - I-Floresta*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, p. 215.

⁴⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Poder judiciário e reserva legal: análise de recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça*. In: Revista de Direito Ambiental, ano 6, n° 21, jan-mar. São Paulo: RT, 2000, p.114.

entre o Direito Ambiental e a Geografia, a título exemplificativo, para determinar qual o tipo de reserva legal a ser instituída no caso concreto, razão pela qual a lei fala em País (conceito geográfico-ontológico) e não em Estado (conceito jurídico-normativo).

4. A VISÃO CONTEMPORÂNEA DE PROPRIEDADE E SUA RELAÇÃO COM O MEIO AMBIENTE

Desde o advento do Estatuto da Terra, a função social da propriedade rural foi instituída juridicamente no Estado brasileiro, sendo complementada pela Constituição Federal de 1988 que promoveu os contornos do direito de propriedade. Tudo isso ocorreu em resposta às próprias mudanças sociais que passaram a dar um enfoque maior aos interesses supra-individuais expressos na nova Carta Política através da *função social*, já presente no ordenamento desde a Constituição de 1934⁴⁹, vinculando à ela a propriedade.

Prática inadmissível nos dias atuais é trabalhar com a propriedade como se ela fosse um instituto meramente civil. Em verdade, temos que trabalhá-la sem nos olvidar do seu caráter Constitucional. Já não é possível conceber o direito de propriedade destacado de sua função social, sob pena de práticas inconstitucionais.

A propriedade e a floresta que a integra formam um todo que se pode denominar de propriedade rural. A propriedade deixou de ser um mero instrumento de satisfação pessoal para suprir as exigências da coletividade e propiciar o bem-estar geral. Nesse sentido, sobreleva ressaltar que a propriedade rural, além de ser um bem de valor econômico, possui vocação ecológica, ou seja, é um bem que propicia o equilíbrio ambiental necessário para a convivência com o meio. É imprescindível que, ao trabalhar com a propriedade, o operador do direito tenha em mente que esta não é um direito ilimitado existente em prol dos interesses particulares de seu proprietário (direito de propriedade absoluto). Muito pelo contrário, nos moldes estabelecidos pela Constituição de 1988, a propriedade necessita estar em conformidade com as normas ambientais vigentes, contendo três limitações principais, quais sejam: as Reservas Legais, as Áreas de Preservação Permanente, e o corte de árvores somente mediante autorização do Poder Público.

Exemplo da evolução do direito de propriedade e de suas ligações com a preservação do meio ambiente está na brusca mudança de paradigmas da situação jurídica ambiental ante e pós-Constituição de 1988. Trata-se da abordagem dada à função social da propriedade rural. O Estatuto da Terra (Lei Federal n. 4.504/1964) estabelecia em seu art. 2º, §1º, alínea “c” que a função social da propriedade deveria: “c) assegurar a conservação dos recursos naturais;”. Nota-se a perspectiva meramente utilitarista do meio ambiente naquela época, não existindo preocupação ambiental, mas sim, econômica. No entanto, o atual artigo 186 da Lei Maior estabelece que a função social será cumprida se todos os seus incisos (de I a IV)

⁴⁹ No Capítulo II (Dos Direitos e das Garantias Individuais) do Título III (Da Declaração de Direitos) da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934) consta no item 17 do artigo 113: “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior” (grifos nossos).

forem observados concomitantemente. Desses incisos, destaca-se o número II: “utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente”. Ora, a ordem constitucional passou a tutelar o ambiente de *per se*, não mais o vinculando à relevância econômica que tem para o ser humano. Ademais, o adjetivo “disponíveis” adicionado ao substantivo “recursos naturais” indica certa preocupação ambiental, permitindo uma interpretação de que nem todos os recursos naturais encontrados no meio ambiente existem para o bel prazer humano.

4.1 A função sócio-ambiental da propriedade

A propriedade atualmente é composta por alguns elementos, sendo um deles o dever de cumprir com a sua função social. Trata-se de um pressuposto de existência da propriedade, ou seja, sem aquela não há propriedade na esfera jurídica. A fundamentação legal está na Carta Magna de 1988 que consagra, no rol dos direitos e garantias fundamentais, o direito à propriedade (art.5.º, XXII), destarte o subordine ao cumprimento da sua função social (art.5.º, XXIII)⁵⁰. Além disto, no Título VII, intitulado “Da Ordem Econômica e Financeira”, estão dentre os princípios reitores da atividade econômica a função social da propriedade (art.170, III) e a proteção do meio ambiente (art.170, VI). Neste sentido também caminha a jurisprudência:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROPRIEDADE RURAL. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. RESERVA LEGAL. É da essência do nosso sistema que o direito de propriedade só é reconhecido pela ordem jurídica do Estado, se for cumprida a função social da propriedade, paralelamente com o proveito pessoal do detentor do domínio. Até a data em que se alterou o conceito de reserva legal, entendia-se dizer respeito exclusivamente à preservação da flora, termo genérico em que se incluem as florestas. Com a reconceituação do instituto, conforme atualmente estabelecido pela Medida Provisória nº 2.166-67/01, concluiu-se cuidar de uma obrigação geral, não onerosa, que incide sobre a propriedade e posse rurais, providas ou não de florestas⁵¹.

Assim, de acordo com o trecho (cabeça do artigo 186, *in fine* da CF) que entrega à lei (Código Florestal – Lei 4.771/1965, devidamente recepcionada pela Constituição, diga-se de passagem) os critérios e graus de exigência da função social da propriedade rural, segundo *caput* do artigo 186 da Carta Política de 1988, propugna-se o seguinte silogismo:

1º) – Premissa maior: Não há direito de propriedade sem função social (art. 5º, XXIII combinado com XIV, da CF);

2º) – Premissa menor: Logo, tem-se que não há função sócio-ambiental sem reserva legal averbada (art. 186, II da CF, combinado com art. 16, da Lei 4.771/1965);

⁵⁰ Destaca-se que ambos os incisos mencionados do artigo 5º da CF/1988 são auto-aplicáveis. Nesse sentido: MORAES, Luís Carlos Silva de. *Código Florestal Comentado: com as alterações da Lei de Crimes Ambientais – Lei n. 9.605/98*. 3ªed. São Paulo: Atlas, 2002, p.17: “Os incisos XXII e XXIII, art.5º, CF/88, conferem, respectivamente, a extensão e a restrição da propriedade, pois são auto-aplicáveis, conforme seu parágrafo primeiro”.

⁵¹ TJMG – Oitava Câmara Cível. Ap. Civ. 1.0596.04.018457-1/001 – Relator Des. Duarte de Paula, j. 28/04/2005. p.12/08/2005 – grifos nossos.

3º) – Síntese: Conseqüentemente, não existirá direito de propriedade (rural) sem a reserva legal devidamente averbada.

A argumentação, defendida por muitos, de que a obrigatoriedade deste instituto é uma ofensa ao direito de propriedade não deve prevalecer sob nenhuma interpretação, pois, além da jurisprudência⁵², a própria Constituição poderia excepcionar um princípio ou direito, o que não o fez, uma vez não serem os princípios absolutos, dentre estes está o direito de propriedade. Ademais, há a gratuidade da averbação da reserva legal para as pequenas propriedades ou posses rurais familiares, conforme art. 16, §9º da Lei Federal n. 4.771/1965.

A função ecológica da propriedade, instituída por meio da obrigação de averbação da Reserva legal Florestal, constitui a sua própria legitimação. Nicolao Dino de Castro e Costa Neto assevera que

[...] a função sócio-ambiental não atua como uma limitação externa ao direito de propriedade. Antes, integra o conteúdo da propriedade, amoldando-a à satisfação de outros valores constitucionais que possuem o traço da ‘fundamentabilidade’ (proteção da dignidade da pessoa humana; construção de uma sociedade justa e solidária; erradicação da miséria; desenvolvimento nacional, etc.)⁵³.

Assim defende Paulo de Bessa Antunes, ao dizer que essas limitações integram o conceito de propriedade:

A propriedade florestal que não possua, por exemplo, a reserva legal é juridicamente inexistente como tal, pois destituída de um dos elementos essenciais para sua caracterização legal e constitucional. Não há, portanto, limitação ao direito de propriedade, mas a definição de como este instituto jurídico é perante o Código Florestal. A idéia de limitação ao direito de propriedade é errônea, pois em sua essência admite o conceito dos anos 1800 de que a propriedade é um direito ilimitado. Em realidade, inexistem limitações ao direito de propriedade. O que existe é que o direito de propriedade somente tem existência dentro de um determinado contexto constitucional e, somente, é exercido no interior deste mesmo contexto. Especificamente quanto à propriedade florestal, esta foi instituída em regime constitucional no qual presente a previsão expressa de função social⁵⁴.

Contudo, deve-se também atentar para a inquestionável supremacia do interesse público sobre o particular. Este último deverá sempre estar subordinado ao primeiro, principalmente quando o próprio ordenamento estabelece medidas de garantia a interesses

⁵² “EMENTA: IMÓVEL RURAL - AVERBAÇÃO DE RESERVA LEGAL - EXEGESE DO ART. 16 DO CÓDIGO FLORESTAL (LEI 4.771/65) – Inexistência de floresta ou cobertura vegetal nativa no imóvel – Irrelevância – Obrigação oriunda de imposição legal, de composição, manutenção ou reparação da citada área de reserva – ofensa ao direito de propriedade – inexistência – necessidade de que a propriedade rural cumpra a sua função social preenchendo os requisitos do art. 186 da CF, dentre os quais a preservação do meio ambiente, direito assegurado a todos, previsto no art. 225 da CF” (TJMG – Quarta Câmara Cível. Ap. Civ. 1.0107.05.931428-9/001 – Relator Des. Audebert Delage, j.15/12/2005. p. 24/01/2006).

⁵³ COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. *Proteção jurídica do meio ambiente*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, p. 55.

⁵⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Poder judiciário e reserva legal: análise de recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça*. In: Revista de Direito Ambiental, ano 6, n° 21, jan-mar. São Paulo: RT, 2000, p.113.

difusos. É nestes moldes que funciona a obrigação de implantação da Reserva Legal. O Poder Público impõe ao proprietário o dever de instituí-la como meio de garantir condições mínimas para um uso sustentável da zona rural, objetivando com isso, fazer cumprir os dispositivos constitucionais que regem o meio ambiente, sendo eles: o postulado da equidade intrageracional, responsável pela salvaguarda do patrimônio ambiental para a atual geração (art. 225, *caput, in fine*, da CF/88), e da equidade intergeracional que visa à proteção do meio ambiente para as gerações futuras (art. 225, *caput, in fine*, da CF/1988); o princípio do desenvolvimento sustentável, visando à garantia de um meio ambiente sadio e equilibrado para as presentes e futuras gerações (art. 225, *caput* da CF/1988).

5. O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Muitos afirmam que tal expressão é autofágica por tentar conciliar dois conceitos totalmente opostos explicitados na suposta dicotomia: economia (desenvolvimento) x meio ambiente (sustentável). Advogam que todo desenvolvimento é insustentável de *per se*, não passando de um mero discurso ambientalista, sem eficácia alguma. Entretanto, tal raciocínio não pode imperar. Um dos aspectos relevantes do desenvolvimento sustentável é a relação entre o mercado e o meio ambiente, ou seja, o difícil equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a preservação ambiental. Para isso, indispensável é usufruir corretamente dos recursos ambientais. Na lição de Milaré, “o verbo usufruir traduz um direito; o advérbio corretamente conota o dever”⁵⁵. Certa parcela da doutrina defende que essa expressão

[...] traduz um conjunto de valores ancorados em condutas relacionadas à produção, para que o resultado seja a compatibilização da apropriação dos recursos naturais com sua manutenção e construção de um bem-estar (nos dizeres da Constituição brasileira, ‘da sadia qualidade de vida’)⁵⁶.

A Declaração de Estocolmo (1972) trouxe o desenvolvimento sustentável nos princípios de número 4 e 5. Já a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992) anunciou-o nos princípios 1 e 8, e por toda a Declaração há ponderações sobre ele (desenvolvimento sustentável).

A primeira consideração que se deve fazer é se realmente existe um princípio do desenvolvimento sustentável⁵⁷, pois o núcleo deste parece ser o próprio conteúdo da equidade intergeracional, ou seja, a salvaguarda do meio ambiente para as gerações futuras: “Esse é o sentido da expressão equidade intergeracional a que alude Edith Brown Weiss e constitui a base

⁵⁵ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glosário*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.150.

⁵⁶ RIOS, Aurélio Virgílio Veiga; DERANI, Cristiane. Princípios gerais do Direito Internacional Ambiental. In: RIOS, Aurélio Virgílio Veiga; IRIGARAY, Carlos Teodoro Hugueneu. *O direito e o desenvolvimento sustentável: curso de direito ambiental*. São Paulo: Peirópolis/IEB, 2005, p.89.

⁵⁷ RIOS, Aurélio Virgílio Veiga; DERANI, Cristiane. Princípios gerais do Direito Internacional Ambiental. In: RIOS, Aurélio Virgílio Veiga; IRIGARAY, Carlos Teodoro Hugueneu. *O direito e o desenvolvimento sustentável: curso de direito ambiental*. São Paulo: Peirópolis/IEB, 2005, p.89: “O desenvolvimento sustentável não é propriamente um princípio de direito ambiental, como expressão de uma diretriz, um comportamento, como ocorre com o princípio da precaução ou do poluidor-pagador”.

de sustentação do princípio do desenvolvimento sustentável [...]”⁵⁸. Este parece ser mais um conjunto de determinações e posturas, constituindo na realidade, uma orientação, um modelo a ser aplicado pela sociedade, principalmente, nas relações de produção/consumo, qual seja, conciliar um sistema de produção com o devido respeito ao meio ambiente, visando assegurar a forma ecologicamente equilibrada para todos – como determina a Carta Magna de 1988 em seu artigo 225. Nessa perspectiva, em 1987 a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (UNCED) definiu o desenvolvimento sustentável como “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades”⁵⁹.

A Constituição de 1988 trouxe um capítulo (Capítulo VI) específico sobre o meio ambiente dentro do Título VIII, denominado “Da Ordem Social”. Algumas considerações são relevantes para rebater aqueles defensores da atividade econômica predatória do meio ambiente. Em primeiro lugar, a noção de desenvolvimento sustentável adveio antes da atual Constituição, conforme o art. 4.º, I da Lei n. 6.938/1981, que declara: “Art. 4º A Política Nacional do Meio Ambiente visará: I – à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico”. A atividade econômica é um direito assegurado pela *Carta Magna*, nos moldes dos artigos 170 e seguintes, mas sujeita alguns outros princípios. Por fim, destaca-se que o princípio do desenvolvimento sustentável está previsto nos artigos 170 e 225 da CF.

Ora, a ordem econômica está sujeita aos princípios de defesa do meio ambiente, da função social da propriedade, da defesa do consumidor, dentre outros que não serão objetos desta análise. Restringindo-se ao tema aqui proposto, claro fica que a ordem econômica somente terá a cobertura de constitucionalidade caso respeite o meio ambiente e as normas relacionadas à sua proteção. Assim, a degradação do meio ambiente não é sinônimo de atividade econômica lícita, passível de proteção pelo ordenamento jurídico. A defesa do meio ambiente cabe simultaneamente à coletividade (entenda-se os particulares em geral, pessoas naturais e jurídicas) e ao Poder Público (este no sentido amplo da expressão, abarcando os poderes Judiciário, Legislativo e Executivo) conforme o art. 225 da CF.

Acentue-se que a defesa do meio ambiente é condição ao pleno exercício da atividade econômica. Não o contrário. Além disso, o Decreto n. 2.652, de 1º de Julho de 1998, responsável pela incorporação da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (1992) ao ordenamento jurídico brasileiro e, nos mesmos moldes o Decreto n. 2.519, de 16 de Março de 1998 relacionado à Convenção sobre Diversidade Biológica (1992), traçam alguns parâmetros a serem seguidos pelo desenvolvimento, de forma a se tornar sustentável.

6. O PRINCÍPIO DA EQUIDADE INTERGERACIONAL

O principal diferencial deste princípio é a sua concepção temporal sobre a proteção

⁵⁸ RIOS, Aurélio Virgílio Veiga; DERANI, Cristiane. Princípios gerais do Direito Internacional Ambiental. In: RIOS, Aurélio Virgílio Veiga; IRIGARAY, Carlos Teodoro Huguency. *O direito e o desenvolvimento sustentável*: curso de direito ambiental. São Paulo: Peirópolis/IEB, 2005, p.95.

⁵⁹ Apenas adiantando o raciocínio e o próximo tópico, a manutenção da qualidade ambiental para as futuras gerações é o fim último do princípio da equidade intergeracional.

dos bens ambientais, ou seja, o seu elo entre estes e as gerações futuras. Como foi salientado acima, ele guarda vínculos com o princípio do desenvolvimento sustentável. Dessa forma, um famoso adágio queniano – que às vezes é atribuído ao sábio cacique Seattle – transmite a mensagem núcleo deste postulado jurídico em análise: “Nós não herdamos a terra dos nossos pais, nós a tomamos emprestada dos nossos filhos”. Segundo Kiss, tal mensagem: “Expressa o reconhecimento do que devemos a nossos antepassados e nossa gratidão para com eles, assim como o que devemos à posteridade”⁶⁰. Numa simples metáfora, trata-se de uma corrida olímpica ambiental de revezamento *ad infinitum*, na qual, os bens ambientais seriam representados pelo bastão; a geração passada, pelo primeiro corredor; a geração atual, pelo segundo corredor e as gerações futuras, pelos demais corredores, sucessivamente.

Nessa linha de raciocínio asseveram Leite e Ayala: “Dessa forma, os direitos das futuras gerações estão vinculados necessariamente a obrigações das gerações presentes”⁶¹. Relevante lembrar que todos têm um direito e um dever fundamental de “preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Importante a temática dos denominados deveres fundamentais – cuja outra face são os direitos fundamentais – de que são exemplos a proteção do meio ambiente⁶² e a educação dos filhos. Essa relação direito-dever não é excludente, ou seja, os deveres fundamentais não excluem, diminuem ou mitigam os direitos fundamentais, conforme leciona o Constitucionalista Canotilho:

Mesmo quando alguns deveres fundamentais estão conexos com direitos – dever de defesa do ambiente, dever de educação dos filhos – não se pode dizer que estes deveres constituem ‘restrições’ ou ‘limites imanentes’ dos direitos com ele conexos. O dever de defesa do meio ambiente não é uma ‘restrição do direito ao ambiente’, o dever de educação dos filhos não é um ‘limite imanente’ do direito de educação dos pais. Se isso fosse assim, os deveres fundamentais deixariam de ser uma categoria constitucional autônoma⁶³.

A proteção do meio ambiente e, conseqüentemente sua preservação para as presentes e futuras gerações toma a perspectiva de um direito-dever fundamental: “É um direito e um dever de cada geração proteger e manter o ambiente em benefício de si mesmo e do mundo futuro. Toda pessoa tem direito individual e coletivamente a desfrutar de uma vida e de um ambiente seguro, sadio e ecologicamente equilibrado”⁶⁴.

A relevância deste princípio pode ser notada diante da possibilidade de se chegar a

⁶⁰ KISS, Alexandre. Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In: *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.3.

⁶¹ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na sociedade de risco*. São Paulo: Forense Universitária, 2002, p.100.

⁶² Mais a respeito da proteção ao meio ambiente como dever fundamental em: ROTHENBURG, Walter Claudius. A constituição ecológica. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virginia Prado. *Desafios do Direito Ambiental no Século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros/IEDC, 2005, p.813-831.

⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003, p.535.

⁶⁴ ROTHENBURG, Walter Claudius. A constituição ecológica. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virginia Prado. *Desafios do Direito Ambiental no Século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros/IEDC, 2005, p.816.

situações catastróficas ou de impossível reparação, como ressalta Hugo Mazzilli:

No campo dos interesses transindividuais, há bens lesados que são irrecuperáveis, impossíveis de serem reconstituídos: uma obra de arte totalmente destruída; uma maravilha da natureza, como Sete Quedas ou Guairá, para sempre perdida; os últimos espécimes de uma raça animal em extinção. [...] Casos há em que a reparação do dano é inviável. É comovente, o provérbio chinês que lembra poder uma criança matar um escaravelho, mas não poderem todos os sábios do mundo devolver-lhe a vida.⁶⁵

Por fim, apenas a título de menção, o princípio da equidade divide-se em duas referências distintas em relação ao tempo, ou seja, uma direcionada para a preservação do meio ambiente para as gerações atuais e outra, para as futuras. Tais versões são denominadas de equidades *intra* (posição interior) e *inter* (posição intermediária, reciprocidade) geracional.

6.1 Origem

O princípio teve origem na Declaração de Estocolmo realizada na capital sueca no ano de 1972, na qual foi redigido de forma explícita nos pontos um e dois do preâmbulo, defendendo a preservação dos recursos naturais existentes na natureza em benefício das gerações atuais e futuras. Estipulou-se a denominada obrigação *intergeracional*, pois inferiu que o homem é portador solene da obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.

A Convenção sobre Mudança de Clima ocorrida na cidade do Rio de Janeiro em 1992 também fez menção à equidade intergeracional, tanto em seu preâmbulo (por duas vezes) quanto no item de número 1 do artigo 3º. Tal princípio foi erigido como guia das ações a serem implementadas pelas partes da convenção, pois foi relembrado ao final do preâmbulo, precedendo os artigos desse documento internacional.

A Convenção sobre Biodiversidade Biológica também trouxe o princípio ao final do preâmbulo, destacando a sua postura equitativa com as futuras gerações, informando todo o restante do documento internacional.

Não obstante às menções para salvaguardar as gerações presentes e futuras de possíveis danos irreversíveis ao clima e à biodiversidade supramencionadas, a idéia de equidade entre gerações adveio dos nefastos efeitos intergeracionais causados tanto pelas bombas atômicas lançadas pelos Estados Unidos sobre as populações japonesas das cidades de Hiroshima e Nagasaki em 1945, durante a segunda guerra mundial, quanto pela explosão de um dos reatores da Usina Nuclear de Chernobil em 1986, na Ucrânia. Dessa forma, os denominados *hibakusha*⁶⁶ e as populações próximas à usina nuclear ucraniana representam a relevância dos efeitos in-

⁶⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 17ªed.ª São Paulo: Saraiva, 2004, p.447-448.

⁶⁶ “Os sobreviventes do bombardeamento são chamados de *hibakusha*(...), uma palavra japonesa que é traduzida literalmente por “pessoas afectadas por bomba”. O sofrimento causado pelo bombardeamento foi a raiz do pacifismo japonês do pós-guerra, tendo este país, desde então, procurado a abolição completa das armas nucleares a nível mundial. Em 2006, há cerca de 266.000 *hibakusha* ainda a viver no Japão”. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Bombardeamentos_de_Hiroshima_e_Nagasaki#_note-9. Acesso em: 10.set.2007.



tergeracionais, ou seja, fatos que produzem conseqüências de caráter permanente, atingindo gerações posteriores àquela existente no tempo do sinistro.

6.2 Delineamentos

A equidade intergeracional guarda semelhanças com o princípio da igualdade, acrescido de um caráter ambiental, mais um *plus* espacial e temporal. O alargamento espacial do princípio está relacionado à universalização da proteção do meio ambiente, o que faz com que esse princípio pertença também ao Direito Internacional do Meio Ambiente. O internacionalista Valerio de Oliveira Mazzuoli assevera que “A proteção do meio ambiente não é matéria reservada ao domínio exclusivo da legislação doméstica dos Estados, mas dever de toda a comunidade internacional”⁶⁷.

Mas, no que consiste essa extensão espacial da equidade intergeracional? Quem nos dá a resposta é Weiss, por meio das palavras de Leite Sampaio:

Weiss (1992) advoga que a equidade intergeracional, além de incluir um sentido solidarista nacional, deve sobretudo envolver todos os residentes da Terra numa espécie de corrente planetária de fidedignidade em favor da manutenção e da qualidade de vida para todas as gerações⁶⁸.

O alargamento temporal é a sua principal característica, sendo responsável pela ligação entre o passado, o presente e o futuro. Trata-se de percepção solidária do meio ambiente, fazendo com que se preserve o que nos foi deixado por nossos ancestrais, de forma que a próxima geração não o receba em condições inferiores àquela desfrutada por nós. Nas palavras de Cançado Trindade é o “encorajamento da igualdade entre as gerações”⁶⁹. É o direito a um futuro verde de todas as pessoas: nascituros em potencial (são as gerações futuras e presentes ainda não conceptas, art. 225 da CF) ou concretizados (estes, também protegidos pelo Código Civil de 2002, art. 2º, *in fine*). Aqui, não há que se afastar o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado alegando que o Código Civil disciplina apenas os direitos patrimoniais do nascituro. Em primeiro lugar, este e todas as outras leis estão submetidas à Constituição; em segundo lugar, trata-se de uma análise sistemática do direito, e não recortada ou estanque; e, por último, trata-se de um direito indisponível, fundamental e humano, de terceira geração.

O artigo 225 da atual Constituição Federal inovou o tratamento dado ao Direito Ambiental brasileiro por vários motivos, porém são destacados apenas um deles aqui, qual seja o de atribuir expressamente o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado às gerações futuras. A Carta Política de 1988 tratou de instituir um verdadeiro discurso ambiental, figurando entre as Constituições mais avançadas do mundo, no que tange à matéria. Sobre isso, manifestam-se Fábio Feldmann e Maria Ester Camino: “Palavras de ordem chaves, como

⁶⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.174.

⁶⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e Meio Ambiente na Perspectiva do Direito Constitucional Comparado. In: *Princípios de Direito Ambiental na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.56.

⁶⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direitos Humanos e Meio-Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p.57.

a consideração das futuras gerações, estão agora inscritas em nossa Carta [...]”⁷⁰. Mais do que uma orientação, a equidade intergeracional determina uma obrigação, conforme asseveram Leite e Ayala: “Dessa forma, os direitos das futuras gerações estão vinculados necessariamente a obrigações das gerações presentes”⁷¹. Importante ressaltar que tal obrigação não só é de cunho moral, mas também jurídico, conforme a lavra de Mirra:

Estabeleceu-se, por via de conseqüência, um dever não apenas moral, como também jurídico e de natureza constitucional, para as gerações atuais de transmitir esse ‘patrimônio’ ambiental às gerações que nos sucederem e nas melhores condições do ponto de vista do equilíbrio ecológico.⁷²

6.3 O tripé principiológico da Equidade Intergeneracional

Este item foi elaborado com base no pensamento de Weiss⁷³, exposto em sua obra “Justiça para as futuras gerações” (*In Fairness to Future Generations*). Segundo a autora americana, três são os princípios básicos da equidade intergeracional: o princípio da conservação de opções; o princípio da conservação da qualidade; e o princípio da conservação do acesso.

O princípio da conservação das opções (*Conservation of Options*) implica o dever de cada geração conservar os recursos ambientais (entendidos aqui tanto os naturais, os artificiais e os culturais), sem que exista diminuição ou restrição das opções para as gerações futuras desenvolverem-se dignamente. Os recursos ambientais deixados devem guardar as propriedades e qualidades daqueles existentes no período das gerações antecedentes. Weiss assevera que “Conservar a diversidade dos recursos básicos naturais é projetar para dar aos nossos descendentes uma robusta e flexível herança com a qual se tenta realizar uma decente e saudável vida”⁷⁴. Está intimamente ligado à alteridade, tendo a expressão *alter* o significado de outro. Assim, percebe-se a relação de dois sujeitos ou mais, o que implica a impossibilidade de agir com alteridade (um dos elementos da justiça) consigo mesmo. Envolve, assim, a obrigação de cada geração de preservar determinada cota dos recursos ambientais, assegurando às gerações seguintes a variabilidade disponibilizada à geração atual. Os recursos ambientais deixados devem guardar as propriedades e qualidades daqueles existentes no período das gerações antecedentes.

A segunda base, o princípio da conservação da qualidade (*Conservation of Quality*), guarda semelhanças com o primeiro quanto à relação entre os titulares, destacando aqui o dever e direito das gerações (pretéritas, presentes e futuras) de manter e usufruir a mesma qualidade ambiental. Desta forma, a geração presente deve ter recebido os recursos ambientais

⁷⁰ FELDMANN, Fábio José; CAMINO, Maria Ester Barreto. O direito ambiental: da teoria à prática. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.317, jan./mar.1992, p.94.

⁷¹ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na sociedade de risco*. São Paulo: Forense Universitária, 2002, p.100.

⁷² MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Fundamentos do Direito Ambiental no Brasil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, v.706, ago.1994, p.13.

⁷³ WEISS, Edith Brown. *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*. New York: Transnational Publishers Inc. 1989.

⁷⁴ WEISS, Edith Brown. *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*. New York: Transnational Publishers Inc. 1989, p.40: “Conserving the diversity of the natural resource base is designed to give our descendants a robust and flexible heritage with which to try to achieve a decent and healthy life”.

na mesma situação utilizada pela geração anterior, assim como tem o dever de transpassá-los às gerações futuras tal como os recebeu. Neste subprincípio notável é a sua violação através da inadimplência com a obrigação de instituir, averbar e preservar as áreas de reservas legais de determinada vegetação regional, por exemplo o caso do cerrado que tem sido a vítima preferida dos empreendimentos pecuários e das monoculturas de soja, café e cana-de-açúcar, desenvolvidos de forma insustentável. O descumprimento dessa obrigação influi diretamente na qualidade ambiental que é transpassada a geração futura.

Por último, o princípio da conservação do acesso (*Conservation of Access*) determina que, para cada geração existente deva ser propiciado o mesmo acesso dos indivíduos aos recursos ambientais usufruídos pelos seus ancestrais e, conseqüentemente, a mesma qualidade ambiental deve ser repassada aos futuros membros da comunidade nacional. Infelizmente este postulado é o que traz os maiores inconvenientes, pois se adotando uma postura radical deste subprincípio, corre-se tanto o risco de chegar a uma paralisação do desenvolvimento sustentável tendente ao *status quo* ambiental, quanto o de suprimir o direito de propriedade, liberando o acesso indiscriminado de todos às áreas ecológicas. Morato Leite e Ayala advertem: “A conservação das opções deve ser realizada pelo desenvolvimento de novas tecnologias que criem substitutos para os recursos existentes ou processos para sua exploração mais eficiente, bem como pela conservação dos recursos existentes”⁷⁵.

Tal modelo deve ser aplicado com muita cautela, evitando que o meio ambiente seja utilizado como um museu, impedindo o desenvolvimento de avanços econômicos e sociais, principalmente nos países subdesenvolvidos.

6.4 A Equidade Intergeracional na esfera nacional

O artigo 225 da Constituição Federal brasileira inovou o tratamento dado ao Direito Ambiental por vários motivos, porém destaca-se apenas um deles aqui: o de atribuir expressamente o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado às gerações futuras. A Convenção Sobre Diversidade Biológica tornada obrigatória para o Estado brasileiro por meio do Decreto n. 2.519, de 16 de Março de 1998, prevê o princípio da equidade intergeracional em seu preâmbulo, instituindo-o no ordenamento brasileiro. A Convenção sobre Mudança de Clima, com o Decreto n. 2.652, de 1º de Julho de 1998, trouxe o mesmo princípio como obrigatório, acolhendo-o no preâmbulo e no art.3º, I daquele documento internacional. Algumas Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) também contemplam o princípio. A título de exemplo, podem-se mencionar as de número 279/2001; 302/2002; 303/2002; 369/2006.

Importante o papel desenvolvido pelo Estatuto das Cidades, Lei n. 10.257/2001, que deve ser o parâmetro dos planos diretores de todos os municípios brasileiros, por consagrar, além da equidade intergeracional, a intrageracional relacionadas ao meio ambiente artificial, trazendo diretrizes para isso, dispostas no art. 2º, inciso I, desta lei federal:

Art.2º A política urbana tem como objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes

⁷⁵ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p.98-99.

gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

Cabe lembrar que a salvaguarda para as gerações futuras contempla outra espécie de bem que não o natural, nos moldes propugnados por Marcos Paulo de Souza Miranda:

Sendo certo que os bens que integram o patrimônio cultural estão incluídos entre os bens ambientais, em seu sentido amplo, impõe-se a defesa dos mesmos com vistas às gerações vindouras, já que são de fundamental importância para a sadia qualidade de vida e para a dignidade da pessoa humana⁷⁶.

A Convenção sobre Mudança de Clima ocorrida na cidade do Rio de Janeiro em 1992, como já registrado, também fez menção à equidade intergeracional, tanto em seu preâmbulo quanto no item de número 1 do artigo 3º. Tal princípio foi erigido como guia das ações a serem implementadas pelas partes da convenção, pois, foi lembrado ao final do preâmbulo, precedendo os seus artigos. A Convenção sobre Biodiversidade Biológica também trouxe o princípio ao final do preâmbulo, destacando a sua postura equitativa com as futuras gerações.

Desta forma, nota-se que a equidade intergeracional funciona como uma orientação a ser seguida pelas partes signatárias dessas convenções internacionais não apenas com um enfoque político, mas também jurídico, pois a sua redação no preâmbulo leva à conclusão de que este princípio deve ser observado na aplicação de todos os artigos supervenientes. Assim, sua vigência no âmbito interno do Estado brasileiro também merece destaque, em razão dos decretos do executivo supracitados que incorporaram as diretrizes das convenções mencionadas ao ordenamento jurídico nacional.

6.5 O Princípio da Equidade Intergeracional e os Tribunais brasileiros

Saliente-se que a expressão “equidade intergeracional” não figura nas decisões judiciais encontradas, o que demonstra um déficit dogmático-ambiental nos aplicadores do direito brasileiro, o que se torna “o elemento mais preocupante em toda a questão, pois impede a implementação do direito ambiental em um momento no qual ela é extremamente necessária”⁷⁷. Ainda assim, os efeitos relacionados à tutela ambiental são satisfatórios, já que, mesmo não sendo fundamentado tecnicamente nos acórdãos, o núcleo deste princípio continua presente em várias decisões dos Tribunais nacionais e estaduais.

Por exemplo, o acórdão abaixo, do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, transcreveu o artigo 225 da Constituição Federal ao determinar que a possibilidade de decisão do Judiciário sobre a manutenção do serviço de tratamento do lixo não configura invasão do Poder Executivo Municipal e, nem são de natureza discricionária as decisões que envolvam direitos indisponíveis e imprescindíveis como o de tutela da sadia qualidade de vida. Na íntegra

⁷⁶ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro*: doutrina – jurisprudência – Legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.46.

⁷⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Poder judiciário e reserva legal*: análise de recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, n° 21, jan. - mar.2000, p.109.

a ementa do acórdão mencionado:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MEIO AMBIENTE – LIXO – DEPÓSITO À CÉU ABERTO – POSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO.

O limite da sentença válida é o pedido formulado pelo autor da ação, na exordial (art. 460 do CPC). – Nos termos do art. 225, da Constituição Federal, todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. – A coleta de lixo constitui serviço essencial, imprescindível à manutenção da saúde pública, devendo, portanto, ser contínuo. A sua prestação de forma descontinuada extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula de proteção ao meio ambiente, o que faz com que a determinação judicial expedida pelo Estado não encerra suposta ingerência do Judiciário na esfera da administração. Não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados constitucionalmente, sendo nesse aspecto vinculada a atividade administrativa. – O Juiz deve cingir-se ao pedido contido na inicial, devendo ser a decisão adequada ao que foi pleiteado⁷⁸. (grifos nossos)

Em outro acórdão do mesmo tribunal, sem embargo do respeito que merece, pedimos vênua para apontar dois equívocos. O primeiro, ao confundir o princípio da *prevenção* com o da *precaução*, já que ambos os conceitos são utilizados sem distinção alguma. O segundo equívoco consiste em atribuir ao princípio do *desenvolvimento sustentável* o de *proteção* do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, ou seja, trata-se, na realidade, do núcleo do princípio da *equidade intergeracional* essa tutela ambiental em prol de gerações futuras. Eis a ementa:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PICO DO IBITURUNA – DANO AO MEIO AMBIENTE – RISCO DE INCÊNDIO E POLUIÇÃO VISUAL – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. A Constituição do Estado de Minas Gerais, no art. 84 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias tombou e declarou monumento natural, dentre outros, o Pico do Ibituruna, situado em Governador Valadares. Deve ser julgado procedente pedido veiculado em a ação civil pública se os elementos de prova demonstram o risco de incêndio na área e a poluição visual decorrentes da presença de fios elétricos e equipamentos de letreiro luminoso, instalados em área de preservação ambiental, sem o necessário estudo de impacto ambiental e conseqüente licença. O princípio da prevenção está associado, constitucionalmente, aos conceitos fundamentais de equilíbrio ecológico e desenvolvimento sustentável; o primeiro significa a interação do homem com a natureza, sem danificar-lhe os elementos essenciais. O segundo prende-se à preservação dos recursos naturais para as gerações futuras. A ‘Declaração do Rio de Janeiro’ votada, à unanimidade, pela Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (1992), recomendou a sua observância no seu Princípio 15⁷⁹. (grifos nossos)

⁷⁸ TJMG – Sétima Câmara Cível. Reexame Necessário 1.0377.04.000112-7/001 – Relator Des. Wander Marotta. j.13/02/2007. p.29/03/2007.

⁷⁹ TJMG – Sétima Câmara Cível. Apelação Cível 1.0000.00.295312-3/000 – Relator Des. Wander Marotta. j.10/02/2003. p.27/03/2003.

Deve-se salientar que embora a referência feita à expressão “gerações futuras” como sendo o princípio do desenvolvimento sustentável, tal não conflita com a argumentação acima. Em primeiro lugar, como salientado no item 5, o conceito de desenvolvimento sustentável parece vazio sem o conteúdo da equidade intergeracional. A celeuma criada em volta deste princípio é tamanha que em 1987, fruto de uma série de estudos coordenados pela Organização das Nações Unidas (ONU), o Relatório Brundtland trouxe um conceito de desenvolvimento sustentável, defendendo ser aquele que permite o desenvolvimento da geração atual sem impedir o das gerações futuras. Ora, isso é a equidade intergeracional. Quando o acórdão fala em “preservação dos recursos naturais para as gerações futuras” e menciona o princípio do desenvolvimento sustentável, presente está, na verdade, o princípio da equidade intergeracional.

Nesta outra decisão, o acórdão ressalta a relevância da área de reserva legal para manutenção das áreas verdes naturais, destacando-se sua função de preservação do patrimônio ambiental para as futuras gerações:

EMENTA: DIREITO AMBIENTAL. CONSTITUIÇÃO DE RESERVA LEGAL. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. IMPOSIÇÃO EM TODA E QUALQUER PROPRIEDADE RURAL INDEPENDENTE DE EXISTÊNCIA DE FLORESTA OU VEGETAÇÃO NATIVA. NECESSIDADE DE RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEVASTADA. INTERPRETAÇÃO QUE SE AMOLDA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL QUE ASSEGURA A TODOS, INCLUSIVE ÀS FUTURAS GERAÇÕES, O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. A proteção ao meio ambiente, por se tratar de um direito fundamental para preservação do planeta, pertencente à humanidade e às gerações futuras, constitui matéria imprescritível. O art. 225, da CF, impõe ao poder público o dever de defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, incumbindo-lhe, para tanto, definir espaços territoriais a serem especialmente protegidos e, também, proteger a fauna e a flora, vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica (CF, art. 225, § 1º, III e VII). (ADInMC 1.952–DF, rel. Min. Moreira Alves, 12.8.99). Ante o contexto constitucional, não há dúvida de que a averbação de área de reserva legal deve ocorrer ainda que no terreno inexistia área de floresta. Se não foi possível preservar a vegetação nativa, é necessário restaurá-la, recuperá-la e reabilitá-la, de forma a assegurar um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e, principalmente, para as futuras gerações. Afinal, como bem adverte Dalai Lama, ‘podemos perdoar a destruição do passado causada pela ignorância. Hoje, no entanto, somos responsáveis por preservar o meio ambiente para as gerações futuras.’ Por outro lado, ante a imensa devastação do meio ambiente, entender que a reserva legal se limita apenas às propriedades rurais que tenham vegetação nativa, é esvaziar por completo a finalidade da reserva legal, e mais, é consagrar uma interpretação que desprestigia o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O importante é impor a reserva legal a toda e qualquer propriedade rural, ainda que inexistia vegetação nativa, já que é dever do proprietário promover a recuperação da área devastada. ‘A aquisição da propriedade sem a delimitação da reserva legal não exime o adquirente da obrigação de recompor tal reserva. Isso mais se enfatiza diante do comando contido no art. 99 da Lei n. 8.171/99, que

confere, objetivamente, a obrigação de o proprietário rural arborizar, ao longo dos anos, a faixa destinada à reserva legal em suas terras. Não há, portanto, por que se falar em ilegitimidade passiva *ad causam* do adquirente do imóvel para responder a ação civil pública mediante a qual se busca proteger a área de reserva florestal legal no domínio privado, uma vez que é sua a responsabilidade pela ocorrência de danos ambientais. Em outras palavras, é o proprietário, ao tempo da exigência do cumprimento da obrigação de reparação ambiental, que deve responder por ela, visto que adquiriu a propriedade na vigência da legislação impositiva de restrição ao seu uso, além de que, se assim não fosse, jamais as reservas legais no domínio privado seriam recompostas, o que abalaria o objetivo da legislação de assegurar a preservação e equilíbrio ambientais' (REsp. 195.274–PR, relator Ministro João Otávio de Noronha)⁸⁰. (grifos nossos)

O acórdão supramencionado traz muitas lições. A primeira delas consiste em tratar a área de reserva legal como uma manifestação do princípio da equidade intergeracional, ainda que a decisão não utilize esta terminologia. A segunda foi de considerar imprescritível a proteção do meio ambiente – direito fundamental da humanidade e das gerações futuras (terceira lição).

O exemplo mais próximo de adoção do princípio da *equidade intergeracional*⁸¹ encontra-se no acórdão proferido pelo Tribunal Constitucional brasileiro – o Supremo Tribunal Federal –, ao fazer menção expressa aos termos “solidariedade” e “conflitos intergeracionais”. Trata-se da jurisprudência mais próxima, dentre as pesquisadas, dos contornos teóricos do princípio mencionado. Exemplo disso são os termos utilizados pelo Ministro Relator Celso de

⁸⁰ TJMG – Quinta Câmara Cível. Ap.Cível 1.0517.05.978219-6/001 – Relator Des. Maria Elza, j. 06/04/2006. p.06/06/2006.

⁸¹ “E M E N T A: MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE – DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE – NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGERACIONAIS – ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) - ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE - MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI - SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL – RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) – COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES – OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) – A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) – DECISÃO NÃO REFERENDADA - CONSEQÜENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. *In*, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3540/DF – Relator Min. Celso de Mello, j. 01/09/2005, p. 03/09/2005.

Mello, assim como pela maioria dos ministros que participaram do julgamento, ao referir-se ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado⁸¹⁻¹ como direito de terceira dimensão, bem como de sua transindividualidade.

7. CONCLUSÕES

Após essa pequena amostra sobre a área de reserva legal, contemplada por uma análise sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro, que a coloca numa relação de dependência e complementação com a função social da propriedade, e, a busca de um meio ambiente ecologicamente equilibrado (desenvolvimento sustentável), perceptível é a íntima vinculação entre a área de reserva legal e o princípio da equidade intergeracional:

A instituição da RLF encontra, de um lado, como fundamento constitucional, a função sócio-ambiental da propriedade, e do outro, a preocupação com as gerações futuras; no plano ecológico a importância das reservas legais é a proteção da biodiversidade⁸².

⁸¹⁻¹ Do STF, no julgado já mencionado, destaca-se: “Doutrina. A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. – A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. – O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O ART. 4º DO CÓDIGO FLORESTAL E A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.166-67/2001: UM AVANÇO EXPRESSIVO NA TUTELA DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. – A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. – Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. – É lícito ao Poder Público – qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) – autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial” (CF, art. 225, § 1º, III) (STF – Tribunal Pleno – Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3540/DF – Relator Min. Celso de Mello, j. 01/09/2005, p. 03/09/2005.

⁸²DEUS, Teresa Cristina de. Tutela da Flora em Face do Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p.128

A razão da obrigação de instituição, averbação e conservação da área de reserva legal é justamente a melhora da qualidade de vida ambiental da região onde está situada a propriedade rural, já que, atualmente, a natureza tem sido vítima de atividades econômicas desenvolvidas de forma insustentável, como o avanço da fronteira agrícola, a pecuária extensiva, a expansão das cidades, dentre outras. Tomar consciência de que a humanidade é parte integrante deste meio torna-se necessário. Não se pode tratar o meio ambiente ou alguns de seus elementos constitutivos como meros bens disponíveis às vicissitudes e aos desejos humanos. A perpetuidade dos recursos ambientais (vide conceito em nota de rodapé n. 41), dentre os quais está a floresta (uma das manifestações da flora), é uma falácia. Talvez, a consciência de que os recursos naturais não são renováveis chegou tardiamente à civilização humana e, por isso, indispensável será salvaguardar os bens ambientais para as gerações futuras.

O papel desenvolvido pelo princípio da equidade intergeracional no instituto da área de reserva legal é o de garantir um estoque vegetal amplo e digno para conservar a biodiversidade de cada região do Brasil com suas respectivas flora e fauna típicas. Aliás, tal proteção constitui uma das finalidades desse instituto jurídico-ambiental pesquisado (conforme explicitado no item 3.3 deste trabalho). Nesse sentido pondera Costa Neto sobre a área de reserva florestal legal: “Tal instrumento de salvaguarda legitima-se pela sua relevância na proteção da biodiversidade, assegurando-se a formação de um ‘banco genético’ para as futuras gerações”, pois estas têm o direito subjetivo assegurado pela Carta Magna de 1988, nos seguintes termos:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações⁸³.

Assim, para que o aproveitamento (desenvolvimento) das propriedades rurais seja considerado sustentável, indubitável é a conservação, em cada um dos imóveis rurais, de uma parcela natural da vegetação regional, sem prejuízo das áreas de preservação permanente, ambas necessárias ao desenvolvimento das gerações presentes e futuras, de modo que cada um dos cidadãos possa gozar de um ambiente ecologicamente equilibrado como pessoa humana. Este zelo com as gerações vindouras (princípio da equidade intergeracional) constitui o próprio núcleo do desenvolvimento sustentável. Caso estas gerações sejam privadas de um estoque vegetal e animal proveniente da não instituição da reserva legal florestal, o desenvolvimento não será sustentável e, portanto, ilícito, devendo ser repugnado por todos (abrangendo aqui tanto os cidadãos quanto o Poder Público mediante os seus órgãos ambientais competentes para fiscalização ambiental, a Justiça para aplicação correta das normas ambientais e o Poder Legislativo, incumbido de produzir normas que promovam a responsabilização dessas práticas).

Destaca-se que a obrigação de instituir, preservar e averbar a área de reserva legal

⁸³COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. Proteção jurídica do meio ambiente - I-Floresta. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, p.214.

atinge todos aqueles proprietários e posseiros de imóveis rurais⁸⁴, porém, necessário é, muitas vezes, um mecanismo de coerção para fazer valer este dever. Para esse fim, ganha importância a ação civil pública, regulamentada pela Lei n. 7.347/1985. O artigo 5º desta lei trouxe muitos entes como legitimados ativos, não se tratando, portanto, de legitimidade ativa exclusiva do Ministério Público. Contudo, este é a instituição mais indicada para pleitear, administrativamente e em juízo, o cumprimento da obrigação ambiental, ora em estudo, por razões de estrutura da instituição e das prerrogativas legais que gozam os seus representantes.

Quanto à estrutura do Ministério Público, importante mencionar os seus princípios institucionais, sendo eles: a unidade, a indivisibilidade e a autonomia funcional, nos moldes do artigo 2º da Lei Complementar n. 40/1981, do §1º do artigo 127 da CF (e do parágrafo único do artigo 1º da Lei Complementar Estadual n. 34/1994 que regulamenta a organização do Ministério Público do Estado de Minas Gerais). O primeiro princípio consiste na propriedade deste órgão representar-se por todos os seus membros sem que perca a sua natureza una. A indivisibilidade é a possibilidade de seus membros serem “substituídos uns pelos outros na forma estabelecida na lei”⁸⁵. Por último, a independência funcional (prevista no artigo 16 da Lei Complementar n. 40/1981) é a liberdade de que dispõem os representantes da instituição em face dos poderes do Estado ou quaisquer de seus órgãos ou instituições e, inclusive dentro da própria entidade, existindo hierarquia somente no âmbito administrativo. A única limitação ao exercício dos órgãos do Ministério Público advém da legislação constitucional e infraconstitucional, incumbindo sempre a tal instituição responsável pela tutela dos direitos difusos, a aplicação e fiscalização das normas ambientais, sempre nos limites da legislação vigente.

A legitimidade ativa do Ministério Público decorre da legislação, conforme os seguintes preceitos legais: artigo 3º, III da Lei Complementar n. 40/1981; §1º do artigo 14 da Lei 6.938/1981; artigo 5º da Lei 7.347/1985; artigos 127 e 129, III da Constituição de 1988.

As prerrogativas legais oferecidas aos membros deste órgão indispensável à Justiça consistem em requisitar informações de órgãos públicos e dos particulares (§1º do artigo 8º da Lei 7.347/1985), o que facilita a obtenção de provas e informações relevantes para proposição de ação civil pública. Como exemplos aplicados ao tema aqui proposto, destacam-se tanto a requisição de informações aos Cartórios de Registro de Imóveis, sobre averbações das áreas de reserva legal nas propriedades rurais da região, como a realização de perícias pelo órgão estadual competente (o IEF, no Estado de Minas Gerais, ou pela Polícia Militar Ambiental).

⁸⁴ Ainda que o Código Florestal institua esta obrigação da mesma forma tanto para o proprietário quanto para o posseiro, a efetividade da norma ambiental em estudo fica prejudicada em relação a esta última categoria devido ao fator sócio econômico, pois, em geral os posseiros são agricultores que passam por sérias dificuldades financeiras, o que acaba por inviabilizar o cumprimento forçado da obrigação de instituir, preservar e averbar a área de reserva legal. Assim, seja no âmbito administrativo, firmando Termo de Ajuste de Conduta (TAC) entre o Ministério Público e os posseiros de propriedades rurais, a execução deste título executivo extrajudicial fica prejudicada, diante da ausência de bens dos posseiros, razão pela qual o §10 do artigo 16 do Código Florestal é pouco aplicado. E no âmbito judicial (ação civil pública), tanto o cumprimento da obrigação de condenação em dinheiro quanto o meio coercitivo de fazer o réu cumprir as obrigações de fazer e não fazer está sujeito à existência de um patrimônio mínimo, conforme dispositivos do artigo 461 do CPC.

⁸⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 17ªed.ª São Paulo: Saraiva, 2004, p.327.



Gozam os seus membros das mesmas garantias proporcionadas à Magistratura, desde a promulgação da Constituição de 1988, ou seja, a vitaliciedade, a inamovibilidade, a irredutibilidade de subsídio (*ex vi* do artigo 128, §5º, I, alíneas “a”, “b” e “c” da CF). A Constituição trouxe um papel relevante para o Ministério Público: defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Dessa forma, todos esses elementos contribuem para que o Ministério Público alcance a eficácia das normas ambientais, destacadamente, o cumprimento de instituir, conservar e averbar a área de reserva legal, conforme dispõe o Código Florestal, em harmonia com os princípios constitucionais da equidade intergeracional e do desenvolvimento sustentável.

8. ABSTRACT

The obligation to maintain a certain area of a rural property in order to preserve the regional environment caused a lot of discussion between the Law operators, bringing on the old discussion around the expression sustainable development. This study comes to grip with one of the instruments of environment protection established by the Forest Code, designing its characteristics, its connection with the right of property and the treatment given by Brazilian Courts. At last, stand out bonds with the Intergenerational Equity Principle, predicted in article 225 of the Brazilian Federal Constitution of 1988, which represents the center of the sustainable development when it establishes the natural inheritance maintenance to future generations.

Key words: Forest Code .Environmental Law. Sustainable Development. Intergenerational Equity Principle.

9. REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 3ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

_____. Poder judiciário e reserva legal: análise de recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n° 21, p. 103–131, jan. – mar.2000.

BECHARA, Érika; MONTOVANI, Mário. Reserva Legal à luz da Medida Provisória 1.736. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 16, p.144–152, out. – dez.1999.

BENJAMIN, Antonio Herman V. A Proteção das Florestas Brasileiras: ascensão e queda do Código Florestal – da medida provisória 1.511/96 ao Projeto de Conversão do Deputado Moacir Micheletto. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 18, p.21–37, abr. – jun.2000.

BOFF, Leonardo. *Saber Cuidar: ética do humano – compaixão pela terra*. 8ª. Edição. Petrópolis: Vozes, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ªed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direitos Humanos e Meio-Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

- CARVALHO, Carlos Gomes de. *Introdução ao Direito Ambiental*. Cuiabá: Edições VerdePantanal, 1990.
- COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. *Proteção jurídica do meio ambiente – I – Floresta*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.
- DEUS, Teresa Cristina de. *Tutela da Flora em Face do Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- FELDMANN, Fábio José; CAMINO, Maria Ester Mena Barreto. O direito ambiental: da teoria à prática. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 317, p. 89–108, 1992.
- KISS, Alexandre. Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In: VARELLA, M.D.; PLATIAU, A.F.B. *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.1–12.
- LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. São Paulo: Cortez, 2001.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. A transdisciplinariedade do Direito Ambiental e sua equidade intergeracional. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 6, n° 22, p.62–80, abr./jun.2001.
- _____. *Direito Ambiental na sociedade de risco*. São Paulo: Forense Universitária, 2002.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 14ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 17ªed.ª São Paulo: Saraiva, 2004.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glosário*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro: doutrina – jurisprudência – Legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 480p.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Fundamentos do Direito Ambiental no Brasil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, v.706, p.7–29, ago.1994.
- MORAES, Luís Carlos Silva de. *Código Florestal Comentado: com as alterações da Lei de Crimes Ambientais – Lei n. 9.605/98*. 3ªed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*. 5ªed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. *Direito Ambiental Internacional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2002.
- PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. A justiça, o meio ambiente e as futuras gerações. In: JÚNIOR, Jarbas Soares; GALVÃO, Fernando. *Direito Ambiental: na visão da magistratura e do Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.579–587.
- RIOS, Aurélio Virgílio Veiga; DERANI, Cristiane. Princípios gerais do Direito Internacional Ambiental. In: RIOS, Aurélio Virgílio Veiga; IRIGARAY, Carlos Teodoro Huguency. *O direito e o desenvolvimento sustentável: curso de direito ambiental*. São

Paulo: Peirópolis/IEB, 2005, p.86–122.

RODIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Ambiental*: parte geral. 2ªed. São Paulo: RT, 2005.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*: parte geral das obrigações. 30ªed. São Paulo: Saraiva, 2002, v.2.

ROTHENBURG, Walter Claudius. A constituição ecológica. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Desafios do Direito Ambiental no Século XXI*: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros/IEDC, 2005, p.813–831.

SAMPAIO, José Adércio Leite, Constituição e Meio Ambiente na Perspectiva do Direito Constitucional Comparado. In: SAMPAIO, J.A.L.; WOLD, C.; NARDY, A. J. F. *Princípios de direito ambiental*. Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 37–111.

SILVA, Américo Luís Martins da. *Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais*. São Paulo: RT, 2006, v.2.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

VARELLA, Marcelo Dias; FONTES, Eliana; ROCHA, Fernando Galvão da. *Biossegurança e Biodiversidade* – contexto científico e regulamentar. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, v.2.

WEISS, Edith Brown. *In Fairness to Future Generations*: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity. New York: Transnational Publishers Inc. 1989.385.p.



MECANISMOS JURISDICIONAIS DE TUTELA DO MEIO AMBIENTE

Gustavo Luz Gil^{1*}
Leosino Bizinoto Macedo^{2**}
Daniela Toledo Gouveia Martins^{3***}

RESUMO

O presente trabalho apresenta os instrumentos jurisdicionais de tutela do meio ambiente no Brasil, quais sejam: a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade. Pôde-se perceber que esses mecanismos se somam na função de ampliar a tutela ambiental brasileira, ora permitindo a intervenção direta do indivíduo junto ao judiciário, ora estabelecendo a necessidade de representação através de um órgão/partido/entidade que, por via da substituição processual, adquire legitimação ativa para a defesa destes direitos transindividuais, sejam difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Nesta seara, observa-se que essa representação indireta é de fundamental importância, primeiro porque é grande a dificuldade de sensibilização da população a respeito das questões ambientais, e, segundo, porque alguns desses órgãos, com destaque ao Ministério Público e algumas organizações não governamentais (ONG's), possuem apoio técnico especializado para tratar de assuntos relacionados à defesa do meio ambiente.

Palavras-chave: Direito ambiental. Instrumentos processuais. Tutela ambiental

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Ação Civil Pública – 3. Ação Popular – 4. Mandado de Segurança – 5. Mandado de Injunção – 6. Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo – 7. Considerações finais – 8. *Abstract* – 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Os recursos naturais, ao longo dos anos, vêm sendo explorados de forma indiscriminada, através da ação predatória do homem sobre a natureza. Essa utilização desordenada, sem precedentes, deixa, em nossa história, marcas que poderão se perpetuar por várias gerações.

A exploração dos recursos naturais efetuada sob o pretexto do desenvolvimento econômico, desenvolvimento esse imposto pela globalização que estabelece normas e tendências mundiais, acarreta sérios problemas aos ecossistemas existentes em nosso planeta.

^{1*} Especialista em Gestão e Auditoria Ambiental pela Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG/FEIT. E-mail: gustavo.gil@bol.com.br.

^{2**} Mestre em Filosofia das Ciências humanas pela PUC/SP. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Professor aposentado da UFU. Professor na UNIMINAS, Católica de Uberlândia e UEMG. Coordenador do Mestrado em Direito da UEMG/FEIT. E-mail: leobizinoto@yahoo.com.br.

^{3***} Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais na Comarca de Ituiutaba. Curadora do Meio Ambiente.



O Brasil se insere nesse contexto de busca pelo crescimento econômico e real necessidade de sustentabilidade, para que haja a preservação dos recursos naturais. Ora, se o país possui grande parte da biodiversidade mundial, imenso aporte aquático e a maior floresta tropical do mundo, essa inestimável riqueza natural deve ser protegida através de mecanismos administrativos e, especialmente, jurisdicionais eficazes. Mecanismos esses que devem utilizar o direito material ambiental para correta aplicação da pena ao caso concreto, quando da existência de um crime ambiental. Assim, Lélío Braga Calhau ensina que

O aplicador do direito deve pautar-se pela efetividade na aplicação das normas penais incriminadoras ambientais, evitando entendimentos que retirem a eficácia das normas do Direito Penal Ambiental. Neste sentido, o princípio da razoabilidade deve ser aplicado sempre, mas levando também em consideração a necessidade de se preservar o meio ambiente para as futuras gerações.¹

Quanto à tutela ambiental, é importante destacar que existem mecanismos jurisdicionais e não jurisdicionais de defesa do meio ambiente, sendo que este trabalho limita-se, apenas, à abordagem dos primeiros.

O ordenamento jurídico brasileiro possui alguns importantes mecanismos de defesa dos recursos naturais; assim, destacam-se dentre esses instrumentos a Ação Civil Pública, a Ação Popular, o Mandado de Segurança, o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade, objetos deste estudo.

Preliminarmente, de forma geral, nota-se significativa desinformação da população quanto aos meios de tutela dos recursos naturais; tal fato pode ser motivado pelo próprio desconhecimento quanto ao direito material, o que acarreta a ignorância quanto ao direito processual.

Outro ponto que merece destaque é o acesso e a legitimidade quanto ao uso desses mecanismos de tutela; assim, muitos dos instrumentos necessitam de especificidades para sua propositura, não estando ao alcance de toda a população. Como exemplo, cita-se a Ação Popular, que legitima o cidadão; a Ação Civil Pública, que tem como principal legitimado ativo o Ministério Público; bem como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, que, de forma taxativa, apresenta o rol no artigo 103 da CRF.

O presente artigo analisa os mecanismos jurisdicionais de defesa do meio ambiente, sob o ponto de vista da legislação pátria, aponta o mais utilizado, algumas peculiaridades atribuídas a cada um desses mecanismos bem como seus objetos de tutela.

2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A Ação Civil Pública foi instituída pela Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985, como instrumento processual para defesa de alguns interesses transindividuais (meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico). Após a nova ordem constitucional (1988), o objeto de tutela desse diploma legal foi ampliado, sendo que passaram a ser protegidos todos os direitos e interesses tidos como massificados, entendidos estes como difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

¹ CALHAU, Lélío Braga. Efetividade da tutela penal do meio ambiente: A busca do “Ponto de Equilíbrio” em direito penal ambiental. *Revista Jurídica Unijus*. Uberaba, UNIUBE, v. 8, n. 8, p. 159, maio. 2005.

Neste artigo, aborda-se apenas a questão da tutela ambiental da Ação Civil Pública; para esse fim, apresenta-se definição de meio ambiente frente a essa ação, conforme entendimento de Hely Lopes Meirelles: “Meio ambiente para fins desta ação, é o conjunto de elementos da Natureza – terra, água, ar, flora e fauna – ou criações humanas essenciais à vida de todos os seres e ao bem-estar do homem na comunidade [...]”⁴

A Constituição de 1988, em seu artigo 225, destaca que o meio ambiente é bem de uso comum do povo, e o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81, parágrafo único, traz a diferenciação entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, encontrando-se inserido nesse contexto o meio ambiente.

O texto da Lei da Ação Civil Pública aduz que seu objeto, nos termos do artigo 3º, será “[...] a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”. Comina-se a este o artigo 11 e 21 da referida lei. Haja vista a interação entre o artigo 21 da Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, artigos 83 a 90, verifica-se que houve uma ampliação das ações e respectivas obrigações nelas contidas, não se limitando às prescrições dos artigos 3º e 11 da LACP. De sorte que, com a interação entre a LACP e o CDC, houve significativa ampliação do objeto, pois possibilitou a formulação de pedidos diversos com objetivo de tutelar os recursos naturais.

Em conformidade com este entendimento, Gregório Assagra de Almeida evidencia que “[...] hoje são admissíveis o pedido condenatório, o meramente declaratório (positivo ou negativo), o constitutivo (ou desconstitutivo), o cautelar, o executivo e o mandamental”⁵.

Topan ensina acerca do objeto da Ação Civil Pública:

[...] a ação civil pública ambiental foi guindada ao patamar constitucional sem limitações, ou seja, a Constituição Federal acatou a ação civil pública com abrangência total de objeto imediato, podendo o Ministério Público buscar toda e qualquer tutela jurisdicional para a defesa do meio ambiente⁶

Destaca-se que, ao buscar a tutela dos recursos ambientais, de forma genérica, o que se persegue é a valorização de interesses difusos, tendo em vista o caráter transfronteiriço da inter-relação do homem com a natureza.

Neste prisma, pode-se perceber que o objeto imediato de toda ação civil pública está calcado na necessidade de se evitar dano iminente ou mesmo o agravamento do dano ambiental existente, seja através da condenação a uma obrigação de não fazer (não utilização de determinado recurso em escassez), seja através de condenação a uma obrigação de fazer (exigência de adequação de um Estudo de Impacto Ambiental).

Noutro sentido, havendo o dano, impõe-se condenação em importância pecuniária

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2000. p. 152.

⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo rumo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 344.

⁶ *Apud* MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 850.

a título de indenização (objeto mediato); mas ressalta-se que esta só deverá ser pretendida, a critério exclusivo, em caso de total impossibilidade de restabelecimento do bem lesado ao *status quo ante*; caso contrário, deverão ser cumuladas as obrigações de fazer ou não fazer.

Com relação à legitimação, pode-se verificar que, a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, houve a ampliação do campo de abrangência da Ação Civil Pública tendo em vista que o artigo 129, § 1º da CRF, prescreveu que a legitimação do MP não impede a de terceiros para a propositura de ações civis; ao mesmo tempo, verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor complementou o rol de legitimados no artigo 82 e incisos, de forma concorrente, o que propiciou maior abrangência da tutela coletiva.

Portanto, verifica-se que a legitimação ativa para a propositura da Ação Civil Pública não se encontra de modo taxativo no artigo 5º da Lei nº. 7.347/85, devendo ser observado, também, o artigo 82 do CDC.

Quanto à legitimação passiva, nota-se que qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que se enquadre dentro do conceito de poluidor e/ou degradador da natureza pode ser legitimada passivamente na Ação Civil Pública ambiental.

Por fim, destaca-se que diversos são os danos ambientais que podem ser tutelados por via da Ação Civil Pública. São exemplos os casos de falta de licenciamento ambiental para o desenvolvimento de atividades poluidoras e ou degradadoras da natureza, casos de agressão por atividades industriais que lançam seus efluentes em desacordo com os padrões legais, dentre tantos outros, tendo em vista que este é o mais amplo mecanismo de defesa dos recursos naturais. Abaixo, colacionam-se dois julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

No primeiro caso, verifica-se um julgado de uma Ação Civil Pública por inexistência do Estudo de Impacto Ambiental, com a aplicação de multa pela indispensabilidade desse documento:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA - DANOS AO MEIO AMBIENTE - FALTA DE ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL - INDISPENSABILIDADE DESTE.

Se a área constitui local de relevante interesse ambiental e abrangida em diretrizes especiais, qualquer licença para nela construir deve ser precedida de estudo prévio de impacto ambiental, e a falta deste acarreta sua nulidade (dela, licença). Dada sua indispensabilidade, o estudo de impacto ambiental não constitui mera formalidade que possa ser postergada. A alegada irreversibilidade da situação fática no local da construção legalmente desautorizada (edificação de diversos prédios pelo infrator), não tem o condão de esvaziar o objeto da ação civil pública. MULTA DIÁRIA - SEU CARÁTER COMPENSATÓRIO OU COMINATÓRIO - LIMITE DELA (MULTA) NAS OBRIGAÇÕES DE FAZER OU NÃO FAZER - INEXISTÊNCIA DE LIMITAÇÃO NA MULTA DECORRENTE DE DETERMINAÇÃO EM TÍTULO JUDICIAL. Quando o réu é condenado ao pagamento de multa diária estabelecida em cláusula penal pactuada pelas partes, há a limitação a que se refere o art. 920 do Código Civil (o de 1916), em face do seu caráter compensatório. Todavia, quando a multa, ao invés de ter sido pactuada em contrato (título extrajudicial), é imposta em título judicial (sentença), com o escopo de assegurar a efetividade do processo, isto é, o cumprimento da obrigação, inexistente essa limitação, dado o seu caráter cominatório (e não compensatório), regendo-se, então, pelo art. 644 do vigente Estatuto Instrumentário

Civil, e devida sem limite, até que o devedor a satisfaça (ela, obrigação)⁷.

No segundo, observa-se a supremacia do princípio da precaução para que a atividade só comece a operar após o trâmite do procedimento de licenciamento ambiental:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONFISSÃO EXPRESSA DA OCORRÊNCIA DE DANO AO MEIO AMBIENTE – AUSÊNCIA DE LICENÇA AMBIENTAL – OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO – PRESENÇA DO ““PERICULUM IN MORA”” E DO ““FUMUS BONI IURIS”” - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA – AGRAVO DESPROVIDO. 1 - Não se sustenta a alegação de violação da ampla defesa e do contraditório ante as provas apresentadas em Ação Civil Pública quando o fato a ser provado foi confessado e amplamente admitido pelos representantes legais das empresas. 2 - Não se acolhe a alegação de que a ausência de licenciamento ambiental e de concessão de Alvará de Localização e Funcionamento se deva à morosidade da administração pública se, como se depreende da prova, a agravante deixa claro que ao invés de requerer tais documentos antes do funcionamento de sua empresa, só cuidou de requerê-los quando já em funcionamento. 3 - Na proteção do meio ambiente se impõe a observância do princípio da precaução, que dá abrigo ao direito de todos ou da comunidade, notadamente ante a dificuldade ou impossibilidade de se reparar o dano ambiental, que agride a todos e age em benefício de uns poucos⁸.

3. AÇÃO POPULAR

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, LXXIII, prevê o instituto da Ação Popular nos seguintes termos:

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

A Ação Popular, então, apresenta-se como instrumento de defesa de direitos transindi-

⁷ MINAS GERAIS. Tribunal Justiça de Minas Gerais. Ação Civil Pública nº 1.0000.00.274059-5/000(1), Relator: Hyarco Immesi, Belo Horizonte, MG, 17 de agosto de 2004. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais.** Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_juris_resultado.jsp?palavrasConsulta=A%C7%C3O+CIVIL+P%DABLICA+-+DANOS+AO+MEIO+AMBIENTE+-+FALTA+DE+ESTUDO+DE+IMPACTO+AMBIENTAL+-+INDISPENSABILIDADE+DEST E&acordaoEmenta=acordao&tipoFiltro=and&resultPagina=10&submit=Pesquisar>. Acesso em: 06 mar. 2008.

⁸ MINAS GERAIS. Tribunal Justiça de Minas Gerais. Ação Civil Pública nº 1.0000.00.313410-3/000(1), Relator: Sérgio Braga, Belo Horizonte, MG, 10 de março de 2004. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais.** Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_juris_resultado.jsp?palavrasConsulta=A%C7%C3O+CIVIL+P%DABLICA+%96+CONFISS%C3O+EXPRESSA+DA+OCORR%CANCIA+DE+DANO+AO+MEIO+AMBIENTE+%96+AUS%CANCIA+DE+LICEN%C7A+AMBIENTAL+%96+OBSERV%C2NCIA+DO+PRINC%CDPIO+DA+PRECAU%C7%C3O+%96+PRESEN%C7A+DO+%22%22PERICULUM+IN+MORA+%22%22+E+DO+%22%22FUMUS+BONI+IURIS+%22%22+-+ANTECIPA%C7%C3O+DE+TUTELA+CONCEDIDA+%96+AGRAVO+DESVIDO&acordaoEmenta=acordao&tipoFiltro=and&resultPagina=10&submit=Pesquisar>. Acesso em: 06 mar. 2008.

viduais, dentre eles o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CRF).

Assim, Jose Afonso da Silva apresenta a definição dessa ação nos seguintes termos:

A ação popular é instituto processual civil, outorgado a qualquer cidadão como garantia político-constitucional (ou remédio constitucional), para a defesa do interesse da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional corretivo da ilegalidade de atos lesivos do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural.⁹ (negritos nossos)

Esse instituto processual foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente, pela Lei nº. 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula a Ação Popular.

O objeto da Ação Popular, segundo Hely Lopes Meirelles, é “o ato ilegal e lesivo ao patrimônio público”¹⁰, sendo que, nesse âmbito, de acordo com o texto constitucional, devem ser inseridos os atos lesivos e as condutas ilegais praticadas em desfavor do meio ambiente, que é um bem de uso coletivo e, portanto, espécie de direito difuso. Com a Constituição de 1988, houve ampliação quanto ao objeto da Ação Popular. Passou também a ser utilizada para a anulação de atos ilegais ou lesivos ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, dentre outros (art. 5º LXXIII, CRF).

José Afonso da Silva, ao lecionar sobre o objeto da Ação Popular, lembra:

O objeto da ação popular foi **ampliado**, em nível constitucional, à proteção da moralidade administrativa, do **meio ambiente** e do patrimônio histórico e cultural. Este último já estava contemplado na lei que regula o processo popular. Não gera mais dificuldade a compreensão do que seja meio ambiente, que é conceito adotado pela Constituição (art. 225).¹¹ (negritos nossos)

Edis Milaré comenta sobre a ampliação da tutela constitucional através da Ação Popular, ao escrever que

Este importante instrumento de defesa dos interesses da coletividade ganhou nova roupagem no texto da Lei Maior, ampliando consideravelmente o campo de sua incidência protetiva, alcançando, agora, e em nível constitucional, a moralidade administrativa, o **meio ambiente** e o patrimônio histórico e cultural do povo brasileiro¹². (negritos nossos)

Dessa forma, conforme exemplifica René Ariel Dotti, a Ação Popular ambiental surge como mais um meio disponibilizado pelo legislador constituinte para que o cidadão consiga buscar a anulação de atos lesivos ao patrimônio público e, também, ao meio ambiente:

⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 1998. p. 464. (Grifos nossos).

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “hábeas data”. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2000. p. 125.

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 1998. p. 463. (Grifos nossos).

¹² MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 904.

Como exemplos de utilização da ação popular na tutela do patrimônio ambiental, lembramos caso ocorrido na cidade paulista de Caçapava, em que alguns moradores se insurgiram contra o funcionamento da referida indústria, que se dedicava ao reprocessamento de chumbo, atividade extremamente poluidora (O estado de S. Paulo, de 21.09.1983). Em São Paulo, propôs-se ação tendente a impedir que a administração pública procedesse à demolição de um edifício – de suposto valor histórico e artístico – onde funcionava tradicional estabelecimento de ensino, a fim de construir-se no lugar uma das estações do metropolitano (José Carlos Barbosa Moreira. A Ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados ‘interesses difusos’ *Tema de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, p. 116). Outro caso de grande realce foi o ajuizamento, no final de 1978, de ação popular por um grupo de ambientalistas paranaenses contra o Estado do Paraná e a Empresa Paranaense de Turismo (Paranatur), com o objetivo de compelir os requeridos a remover obras implantadas no sítio ecológico de Vila Velha. (René Ariel Dotti. A ação popular de Vila Velha. *Jornal do Advogado*, nov.- dez. 1978, p. 12)¹³.

Neste sentido, verifica-se que o constituinte, ao inserir o meio ambiente dentre os bens passíveis de tutela via Ação Popular, amplia a proteção dos direitos transindividuais com mais esse instrumento jurídico, que deve ser utilizado em caso de atos ilegais ou lesivos ao meio ambiente.

Quanto à legitimação, verifica-se que é legitimado ativo para a propositura da Ação Popular qualquer cidadão nos termos do artigo 5º LXXIII, bem como do artigo 1º da Lei nº. 4.717/65.

A grande discussão que envolve esse preceito legal gira em torno da expressão “qualquer cidadão”; isto se dá porque a legislação infraconstitucional delimita a cidadania através de comprovação eleitoral, nos termos da lei da Ação Popular, artigo 1º, “§ 3º. A prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda”.

Os doutrinadores que defendem a limitação desse pólo ativo entre os “cidadãos” justificam que a interpretação da expressão supracitada deve ser feita de modo *stricto*, restringindo o acesso aos estrangeiros e pessoas jurídicas. Ademais, reforçam que a Lei da Ação Popular, em seu artigo 1º, § 3º, disciplinou a matéria exigindo a comprovação eleitoral como prova da cidadania. Deste entendimento comunga José Afonso da Silva, dizendo:

“Quando a Constituição diz que *qualquer cidadão* pode propor ação popular, está restringindo a legitimidade para a ação apenas ao nacional no gozo dos seus direitos políticos, ao mesmo tempo em que a recusa aos estrangeiros e às pessoas jurídicas, entre estas os partidos políticos”¹⁴.

Assim também é o entendimento de Hely Lopes Meirelles: “[...] o sujeito ativo da

¹³ *Apud* MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 904. (Grifo Original).

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 1998. p. 463. (Grifos Original).

ação popular será sempre o cidadão – pessoa física no gozo de seus direitos políticos -, isto é eleitor; [...]”¹⁵.

Ora, se o instrumento foi instituído com o fim de potencializar o acesso ao judiciário por parte de indivíduos que visem à defesa de direitos não individuais, mas, sim, coletivos, parece haver incongruência na real interpretação da norma constitucional e formulação da Lei de Ação Popular acima aludida.

A título de ilustração, importante é a definição de Ação Popular, segundo Edis Milaré:

A ação popular é um remédio jurídico constitucional nascido da **necessidade de melhorar a defesa do interesse e da moral administrativa**. Inspira-se na intenção de **fazer de todo cidadão um fiscal do bem comum**. Consiste ela no poder de o cidadão reclamar um provimento judiciário – uma sentença – que declare nulos ou torne nulos atos do poder público, seja do patrimônio de entidades estatais, seja das entidades de que o estado participe.¹⁶ (negritos nossos)

Nestes termos, se a idéia era potencializar o acesso ao judiciário e dividir com a sociedade civil a tarefa de resguardar e fiscalizar os bens públicos, não merece respaldo referida interpretação restritiva da expressão “cidadão”; muito pelo contrário: a cidadania aqui deveria ser entendida não exclusivamente dentro do contexto dos direitos políticos, mas, sim, como a efetiva participação na vida pública da nação. Deveria, sim, ter interpretação em sentido *lato* que resguarde a todos o direito de ingressar em juízo para a defesa dos direitos coletivos e difusos, dentre eles o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, lembrado na Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 225.

Ao encontro do que foi apresentado, Paulo Affonso Leme Machado posiciona-se sobre o assunto ao explicar que “A cidadania não se limita somente ao exercício dos direitos políticos, pois senão o constituinte não teria empregado explicitamente as expressões cidadania, direitos políticos e eleitorais (art. 68, II).”¹⁷. E acrescenta:

Vejo a cidadania como ação participativa onde há interesse público ou interesse social. Ser cidadão é sair de sua vida meramente privada e interessar-se pela sociedade de que faz parte e ter direitos e deveres para nele influenciar e decidir. No caso da cidadania ecológica participa-se em defesa de um direito difuso, tratando-se de ‘exigir cuidados públicos da vida’. Por isso, a Constituição de 1988 é chamada de ‘Constituição – cidadã’¹⁸.

Fiorilo, Rodrigues e Nery asseveram que “A Constituição não recepcionou o conceito infraconstitucional, no exato sentido de que forneceu o seu próprio conceito. Estamos fiéis à

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2000. p. 128.

¹⁶ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 904. (Grifos nossos).

¹⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2004. p. 118.

¹⁸ Idem . *Ibidem*, 2004. p. 118.

nossa primeira Constituição, quando se empregou a expressão ‘qualquer do povo’¹⁹.

Por fim, Daniel Henrique Bini Mendes e Fernanda de Salles Cavedon arrematam:

Devem-se considerar posicionamentos doutrinários favoráveis à **ampliação da legitimidade para a propositura da Ação Popular**, bem como desonerar o cidadão individualmente considerado, abrindo espaço para que as associações também sejam legitimados ativos, a exemplo do que já ocorre no Direito Português.²⁰

A respeito da legitimação passiva para Ação Popular, o artigo 6º da Lei 4.717/65 traz o pólo passivo:

A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo: [...].

Partindo-se do mesmo posicionamento adotado acerca da ampliação dos legitimados para Ação Popular, vislumbra-se que, ao se tratar de questões ambientais, não só os entes públicos podem ser degradadores dos recursos naturais. A par desse entendimento, interessante seria a ampliação da legitimação passiva também para a pessoa física que preenche os requisitos para se enquadrar nos conceitos de “poluidor” e ou “degradador” do meio ambiente.

Nesse sentido, encontra-se a importante doutrina de Heraldo Garcia Vitta, que leciona:

[...] nada impede que a ação popular ambiental seja proposta apenas em relação ao particular, sem a participação estatal. Como se cuida de proteção ao meio ambiente, aliás claro no art, 5º, LXXIII, do Texto Constitucional, ela pode ser intentada em face do particular e do Estado, indistintamente²¹

Portanto, quanto à legitimação para a propositura da Ação Popular, aponta-se que a expressão “qualquer cidadão” contida no texto constitucional deve sempre ser analisada sob a ótica da ampliação dos legitimados ativos, principalmente se a questão envolver a proteção ambiental; na mesma linha de raciocínio, deve esta ampliação envolver o pólo passivo, tendo em vista que qualquer indivíduo pode provocar, através de seus atos, danos ao meio ambiente.

4. MANDADO DE SEGURANÇA

O mandado de segurança é o remédio constitucional direcionado à defesa dos

¹⁹ *Apud* MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2004. p. 118.

²⁰ Ação popular ambiental e acesso à justiça: considerações acerca da legitimidade ativa. **Instituto Brasileiro de Advocacia Pública**. São Paulo, 2004. Disponível em: < <http://www.ibap.org/teses2004/teses2004d20.doc>>. Acesso em: 17 jul. 2007.

²¹ *Apud* SOUZA, Wilton Santos. Ação popular: uma análise com vistas à sua difusão como meio de tutela ambiental. **Juspodivm**, Salvador, 2007. Disponível em: < http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BBA5EED16-2656-4C4D-AB2C-90E86EB7055%7D_Acao_Popular_Ambiental.doc>. Acesso em: 17 jul. 2007.

interesses individuais e coletivos *lato sensu*, que pode ser utilizado por pessoa física ou determinadas entidades no sentido de provocar o controle jurisdicional frente a uma lesão ou à ameaça de lesão a direito líquido e certo, em decorrência de ato de autoridade pública ou a agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, praticado com ilegalidade ou abuso de poder. Sua previsão legal encontra-se no artigo 5º, incisos LXIX e LXX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Salienta-se que a Constituição não instituiu dois remédios distintos ao apresentar o mandado de segurança individual e o coletivo; o que está expresso é apenas o rol de legitimados ativos para a propositura desse instrumento único que tem seus pressupostos inscritos no inciso LXIX do artigo 5º da CRF. Deste entendimento comunga Gregório Assagra de Almeida, que diz, “O mandado de segurança coletivo, previsto no art. 5º, LXX, da CF, não significa que a nossa Carta Magna, em seu art. 5º trata, de um lado, de um mandado de segurança individual (inciso LXIX) e, de outro, de um *mandado de segurança coletivo*, (inciso LXX)”²².

Verifica-se, também, este entendimento por parte de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, que asseveram:

Não foi criada outra figura ao lado do MS tradicional, mas apenas hipótese de ‘legitimação para a causa’. Os requisitos de direito material para a concessão do MSC continuam a ser os da CF 5º LXIX: [...]. O MSC nada mais é do que a possibilidade de impetrar-se o MS tradicional por meio de tutela jurisdicional coletiva. O adjetivo ‘coletivo’ se refere à ‘forma’ de exercer-se a pretensão mandamental, e não à pretensão aduzida em si mesma. O MSC se presta a tutela de direito difuso, coletivo ou individual. O que é ‘coletivo’ não é o mérito, o objeto, o direito pleiteado por meio do MSC, mas sim a ‘ação’. Trata-se de ‘instituto processual’ que confere legitimidade para agir às entidades mencionadas no texto constitucional²³

O instituto do mandado de segurança coletivo surgiu a partir da necessidade de criar instrumentos processuais adequados com o fim de que determinadas pessoas jurídicas pudessem ingressar em juízo para defender interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos.

Ao justificar a finalidade do mandado de segurança coletivo, Alexandre de Moraes ressalta:

O legislador constituinte quis facilitar o acesso a juízo, permitindo que pessoas jurídicas defendam o interesse de seus membros ou associados, ou ainda da sociedade como um todo, no caso dos partidos políticos, sem necessidade de um mandato especial, evitando-se a multiplicidade de demandas idênticas e conseqüente demora na prestação jurisdicional e fortalecendo as organizações classistas²⁴

No caso do mandado de segurança coletivo, observa-se a figura da substituição pro-

²² ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo rumo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 272. (Grifos Originais).

²³ *Apud* ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo rumo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 273.

²⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2000. p. 163.

cessual em que os legitimados ativos (sindicatos, associações, entidades de classes, partidos políticos) ingressam em juízo defendendo interesses coletivos *lato sensu*, sem a necessidade de mandato específico para tal representação.

O objeto do mandado de segurança tem ligação direta com a ameaça de interesses individuais ou coletivos; dentre tais ofensas, destacam-se os atos normativos que possam afetar o direito ao meio ambiente equilibrado, atos estes passíveis de serem questionados via propositura do mandado de segurança, tanto pelo indivíduo, isoladamente, na tutela de um bem difuso, como pelas entidades arroladas no art. 5º, LXX, da CRF.

No entanto, o que se percebe é que são raros os casos de mandados de segurança coletivos e/ou individuais que buscam a tutela dos recursos naturais, por causa da dificuldade de comprovação dos requisitos intrínsecos desse instrumento (direito líquido e certo) e também porque há maior divulgação da Ação Civil Pública.

5. MANDADO DE INJUNÇÃO

O mandado de injunção é o meio constitucional posto à disposição de quem quer que se considere lesado pela falta de norma reguladora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Para Alexandre de Moraes, ele é conceituado como

[...] uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal. Juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visa ao combate à *síndrome de inefetividade* das normas constitucionais.²⁵

Neste contexto, para a propositura do mandado de injunção, são necessários três pressupostos constitucionais, quais sejam: 1) existência de um direito ou liberdade constitucional inerente à nacionalidade, à soberania, e à cidadania; 2) falta de norma reguladora desse direito ou liberdade ou prerrogativa; 3) inviabilidade do exercício desse direito ou liberdade ou prerrogativa, em virtude da falta de norma reguladora (as duas últimas caracterizam omissão do poder Legislativo). De sorte que deve haver nexo de causalidade entre a omissão normativa e a inviabilidade do exercício do direito, liberdade ou prerrogativa, para a propositura deste remédio constitucional.

Com relação à tutela do meio ambiente, através do mandado de injunção, diz Edis Milaré (2004, p. 906): “Ressalta-se desde logo, a excelência desse remédio para a tutela de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito constitucionalmente assegurado a todos, quando dependa de uma norma regulamentadora, cuja falta está tornando inviável seu exercício”²⁶.

²⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2000. p. 169. (Grifo do Original).

²⁶ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 906.

A respeito do objeto do mandado de injunção, Hely Lopes Meirelles leciona:

O objeto, portanto, desse mandado é a proteção de quaisquer direitos e liberdades constitucionais, individuais ou coletivos, de pessoa física ou jurídica e de franquias relativas à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, que torne possível sua fruição por inação do Poder Público em expedir normas regulamentadoras pertinentes²⁷.

Ainda quanto ao objeto, Alexandre de Moraes diz: “o mandado de injunção somente se refere à omissão de regulamentação de norma constitucional”²⁸.

Destarte, verifica-se que referido instrumento é hábil para buscar o preenchimento, junto ao judiciário, de direito, de liberdade ou de prerrogativa constitucional, quando não há lei ordinária que os regulamente.

Quanto à legitimação, verifica-se a possibilidade de propositura de mandado de injunção por qualquer pessoa física ou jurídica cujo exercício de um direito, liberdade ou prerrogativa constitucional esteja sendo inviabilizado por ausência de norma reguladora da Constituição da República Federativa do Brasil. Sérgio Reginaldo Bacha aponta que

“A legitimação ativa dessa ação compete ao titular do direito ou liberdade ou prerrogativa constitucional, cujo exercício tenha sido obstado. Pode ser nacional ou estrangeiro, pessoa física ou jurídica, e até entidades associativas, nos termos do art. 5º da Constituição Federal, inciso XXI”²⁹.

Verifica-se que deve figurar neste pólo da legitimação passiva o ente público responsável pela edição da norma “em aberto”. Sendo caso de norma federal, o competente para figurar no pólo passivo é o Congresso Nacional, salvo competência exclusiva do Presidente da República, contra o qual, em caso de sua omissão, a injunção deverá ser proposta. Em se tratando de norma estadual, cabe às respectivas Constituições Estaduais estabelecer os órgãos competentes para a edição da norma. Ela é que definirá o pólo passivo da presente ação, no nível estadual. Nesta seara, verifica-se o posicionamento de Sérgio Reginaldo Bacha:

“no pólo passivo da ação deve figurar o órgão ao qual competia emitir norma regulamentadora, ainda inexistente: Presidente da República, o Congresso Nacional ou quaisquer outras Casas Legislativas ou organismos com poder normativo”³⁰

Ao contrário dos demais instrumentos coletivos elencados, os efeitos da sentença no mandado de injunção vinculam apenas as partes, visto que esse instituto regula o caso concreto submetido ao Poder Judiciário.

Deste entendimento, comunga Celso Agrícola Barbi, que aduz:

“Tem predominado o entendimento de que no mandado de injunção o juiz não ‘legisla’. Apenas integra, no caso concreto, a lacuna legislativa, adotando uma

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “hábeas data”. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2000. p. 213.

²⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2000. p. 170.

²⁹ BACHA, Sergio Reginaldo. **Mandado de injunção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 91.

³⁰ Idem. *Ibidem.*, 1998. p. 92.

medida capaz de proteger o direito do autor da demanda”³¹.

E finaliza Sérgio Reginaldo Bacha:

Também é certo, quanto ao conteúdo do *decisum* em ação de mandado de injunção, ser *inter partes*, pois não fará coisa julgada *erga omnes*. As razões são óbvias, dadas as peculiaridades especiais de cada caso concreto levado à apreciação do judiciário. Só as pessoas que ocupam o pólo ativo e que compõem a lide é que se beneficiarão da sentença descaracterizando-a da eventualidade de vir a produzir efeitos *erga omnes*.³²

Conforme se observou, o mandado de injunção é o instrumento hábil para pleitear direito quando alguém se considere lesado pela falta de norma reguladora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais. Assim, como exemplo, pode ser citado o parágrafo 6º do artigo 225, no caso das usinas que operem com reator nuclear e que dependem de lei federal para poder instalar-se. Na situação hipotética da não edição do Decreto Lei 1.809/80, os responsáveis por esses estabelecimentos poderiam impetrar o mandado de injunção com o fim de que fosse regulamentado o parágrafo 6º do artigo 225.

Por fim, verifica-se que o mandado de injunção segue, por analogia, o rito do mandado de segurança, tendo em vista que não há, até o presente momento, lei ordinária que o regulamente.

6. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO

A Constituição, em um Estado Democrático de Direito como o Brasil, é dotada de mecanismos com vista a garantir a supremacia da vontade do Poder Constituinte sobre as demais leis do Estado.

A Constituição de 1988 é caracterizada como rígida característica que concede a ela a prerrogativa de só poder passar por alterações mediante iniciativa do Poder Constituinte através de um processo complexo.

O artigo 225 da Lei Maior estabelece diretrizes gerais sobre a preservação do meio ambiente e atribui, às leis ordinárias, a tarefa de regular, de forma específica, matérias pertinentes ao meio ambiente. No entanto, tais leis e demais atos do legislativo, seja federal ou estadual, não podem confrontar com as prescrições constitucionais, pois, havendo tal confronto, fica caracterizada ofensa aos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, o que ensejaria a interposição da chamada ”ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo”.

Notadamente, a título de exemplo, podem ensejar este tipo de ação seja a promulgação de lei que vise abolir o estudo de impacto ambiental de uma atividade de significativo potencial poluidor/degradador, seja uma lei que estimule a prática da exterminação de determinadas

³¹ *Apud* MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 907.

³² BACHA, Sérgio Reginaldo. **Mandado de injunção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 86. (Grifos do Original).

espécies, podendo levá-las à extinção, dentre tantos outros atos normativos que possam de algum modo afetar a qualidade de vida do planeta. Colaciona-se abaixo julgado do Supremo Tribunal Federal a respeito do Estudo de Impacto Ambiental:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 182, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL. CONTRAIEDADE AO ARTIGO 225, § 1º, IV, DA CARTA DA REPÚBLICA. A norma impugnada, ao dispensar a elaboração de estudo prévio de impacto ambiental no caso de áreas de florestamento ou reflorestamento para fins empresariais, cria exceção incompatível com o disposto no mencionado inciso IV do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal. **Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo constitucional catarinense sob enfoque.** ³³

No Brasil, o controle de constitucionalidade das leis pode ser efetuado através da via difusa ou por via concentrada. Na difusa, os órgãos do judiciário podem decretar a inconstitucionalidade de leis, sendo que a decisão, neste caso concreto, somente terá eficácia entre as partes; em contrapartida, o controle concentrado é efetuado somente pelo Supremo Tribunal Federal, cuja decisão terá efeito *erga omnes*.

Verifica-se, assim, que, nas questões atinentes a matéria ambiental, o controle de constitucionalidade das leis pode ser efetuado tanto via difusa pelo cidadão dentro de um processo ao questionar a validade constitucional de determinada lei, ou mesmo pelos legitimados a propor, via concentrada (STF), a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo.

Tendo em vista que este trabalho visou abordar os meios coletivos de tutela ambiental, deu-se ênfase ao controle concentrado efetuado pelo Supremo Tribunal Federal através da Ação Direita de Inconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo por ensejar um efeito *erga omnes*, que se torna mais expressivo tendo em vista a natureza difusa das questões ambientais.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os problemas ambientais, que, a cada dia, ganham destaque na imprensa mundial, acabam por gerar em toda a sociedade um mal-estar quanto ao futuro do Planeta. Esse desconforto social, motivado pelos problemas ambientais em ascensão, acaba por exigir dos governos um posicionamento mais ostensivo quanto às questões ambientais.

O ordenamento jurídico brasileiro tem buscado, ao logo dos anos, meios de ampliar a tutela ambiental, sendo que se destacam como importantes ações a inserção na Constituição Federal de 1988, de capítulo próprio destinado à tutela do meio ambiente; a Lei nº. 6.938/1981, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente; a importante Lei nº. 9.605/1998 (lei que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente,

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. nº 1086/SC, Relator: Min. Ilmar Galvão. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 10 de agosto de 2001. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 06/03/2008.

dentre tantas outras de cunho material).

A respeito do direito processual, em especial a tutela de direitos coletivos, encontram-se os cinco instrumentos apresentados, como os principais meios de aplicação das normas do direito material/ambiental brasileiro.

Após a análise desses instrumentos supracitados, verifica-se que o legislador buscou formas de garantir o acesso de todas as pessoas físicas e/ou jurídicas aos meios de defesa de seus interesses, dentre eles o direito ao meio ambiente equilibrado.

Ocorre que, dos instrumentos citados, não são todos que possibilitam a atuação direta da pessoa física, tendo em vista as peculiaridades referentes à legitimação ativa dessas ações. Dentre os mecanismos apresentados, a ação popular, o mandado de injunção e o mandado de segurança possibilitam a atuação direta da pessoa física; porém, essas três ações mostram-se pouco utilizadas para a defesa do meio ambiente, se comparadas aos demais instrumentos que possibilitam a atuação da população, de forma indireta, via representação de vários órgãos ou entidades.

Destaca-se que, no Brasil, é baixo o índice de sensibilização da população para as questões ambientais, o que reflete em um limitado índice de propositura e, conseqüentemente, de efetividade das ações que demandam a iniciativa da pessoa física, no âmbito ambiental, tendo em vista, principalmente, o pequeno número de ações individuais propostas, se comparadas aos demais instrumentos coletivos, o que, por ora, pode sugerir ou a falta de informação da população acerca desses instrumentos de defesa do meio ambiente, e/ou realmente o baixo índice de sensibilização para os problemas ambientais, que só se tornam inoportunos, para muitos cidadãos, quando os atingem de forma direta em seus lares.

Neste sentido, a representação indireta é importante meio de defesa do meio ambiente, tendo destaque entre os órgãos/entidades legitimados o Ministério Público, que, através das curadorias do meio ambiente, busca a defesa dos recursos naturais de forma específica, e as organizações não governamentais (ONG's) que buscam a defesa do meio ambiente, sendo legitimadas para muitas dessas ações coletivas.

A atuação pró-ativa do MP na defesa do meio ambiente reflete de forma direta o sucesso da Ação Civil Pública, que tem esse órgão como principal legitimado. A eficácia dessa ação aponta para o poder de organização do Ministério Público que, também, possui legitimidade para formulação dos termos de ajustamento de condutas, antes ou mesmo durante o trâmite processual da Ação Civil Pública. Esse grau de especificidade garante ao MP e, conseqüentemente, à Ação Civil Pública vanguarda na tutela ambiental.

Portanto, verifica-se que a representação indireta por parte de alguns órgãos, com destaque para MP e para as ONG's ambientais, é de fundamental importância para que se permita a tutela pontual da questão ambiental.

8. ABSTRACT:

The present paper present the collective juridical instruments of the environment tutoring in Brazil, which are: the public civil action, the popular action, the warrant, the court injunction and the direct action of unconstitutionality. It was realized that these mechanisms add to one another in the function of maximizing the Brazilian environmental tutoring, sometimes allowing the direct intervention of the individual together with the judiciary, sometimes establishing the need of representation through an organ / party / entity which via processual substitution acquires active legitimation for the defence of these trans-individual rights, be them difuse, collective or individual homogenic. In view of this light, it is observed that this indirect representation is of vital importance, first because the difficult of sensibilization of the population is great concerning environmental issues and secondly because some of these organs specially the District Office and some non-governmental organizations(NGOs) have the specialized technical support to deal with issues related to the environment defence.

Key Words: *Environmental law. Processual instruments. Environmental tutoring.*

9. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo rumo do direito processual.** São Paulo: Saraiva, 2003.

BACHA, Sergio Reginaldo. **Mandado de injunção.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. (1988). Brasília: Senado Federal, 2002.

BRASIL. Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951. Dispõe sobre as alterações do Código de Processo Civil, relativas ao mandado de segurança. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 1951. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1533.htm>. Acesso em: 24 jul. 2007.

BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 jul. 1965. Republicado em: 8 abr. 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm>. Acesso em: 18 jul. 2007.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 18 jul. 2007.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (**VE-TADO**) e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 18 jul. 2007.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Retificado em: 10 jan. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 18 jul. 2007.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 28 jul. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. nº 1086/SC, Relator: Ilmar Galvão. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 10 de agosto de 2001. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 06/03/2008.

CALHAU, Lélío Braga. Efetividade da tutela penal do meio ambiente: A busca do “Ponto de Equilíbrio” em direito penal ambiental. **Revista Jurídica Unijus**. Uberaba, UNIUBE, v. 8, n. 8, p. 153-160, maio. 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**: comentários por artigo Lei 7.374, de 24.07.85. 2. ed., Rio de Janeiro: Lúmen júris, 1999.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores**. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”**. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Daniel Henrique Bini; CAVEDON, Fernanda de Salles. Ação popular ambiental e acesso à justiça: considerações acerca da legitimidade ativa. **Instituto Brasileiro de Advocacia Pública**. São Paulo, 2004. Disponível em: <<http://www.ibap.org/teses2004/teses2004d20.doc>>. Acesso em: 17 jul. 2007.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MINAS GERAIS. Tribunal Justiça de Minas Gerais. Ação Civil Pública nº 1.0000.00.274059-5/000(1), Relator: Hyparco Immesi, Belo Horizonte, MG, 17 de agosto de 2004. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/_juris_resultado.jsp?palavrasConsulta=A%C7%C3O+CIVIL+P%DABLICA+-+DANOS+AO+MEIO+AMBIENTE+-+FALTA+DE+ESTUDO+DE+IMPACTO+AMBIENTAL+-+INDISPENSABILIDADE+DESTE&acordaoEmenta=acordao&tipoFiltro=and&resultPagina=10&submit=Pesquisar>. Acesso em: 06 mar. 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal Justiça de Minas Gerais. Ação Civil Pública nº 1.0000.00.313410-3/000(1), Relator: Sérgio Braga, Belo Horizonte, MG, 10 de março de 2004. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?palavrasConsulta=A%C7%C3O+CIVIL+P%DABLICA+%96+CONFISS%C3O+EXPRESSA+DA+OCORR%CANCIA+DE+DANO+AO+MEIO+AMBIENTE+%96+AUS%CANCIA+DE+LICEN%C7A+AMBIENTAL+%96+OBSERV%C2NCIA+DO+PRINC%CDPIO+DA+PRECAU%C7%C3O+%96+PRESEN%C7A+DO+%22%22PERICULUM+IN+MORA%22%22+E+DO+%22%22FUMUS+BONI+IURIS%22%22+-+ANTECIPA%C7%C3O+DE+TUTELA+CONCEDIDA+%96+AGRAVO+DESPROVIDO&acordaoEmenta=acordao&tipoFiltro=and&resultPagina=10&submit=Pesquisar>. Acesso em: 06 mar. 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2000.

OLIVEIRA, Marina. ICMS ecológico: instrumento econômico para a gestão ambiental. **Revista Jurídica Unijus**. Uberaba, UNIUBE, v. 9, n. 11, p. 109-128, nov. 2006.

SCALON, Marina. Direito ambiental e recursos hídricos. **Revista Jurídica Unijus**. Uberaba, UNIUBE, v. 7, n. 1, p. 99-112, nov. 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUZA, Wilton Santos. Ação popular: uma análise com vistas à sua difusão como meio de tutela ambiental. **Juspodivm**, Salvador, 2007. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BBA5EED16-2656-4C4D-AB2C-90E86EB7055%7D_Acao_Popular_Ambiental.doc>. Acesso em: 17 jul. 2007.



A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS SEGUNDO GEORG HENRIK VON WRIGTH e RONALD DWORKIN

Gustavo F. Grizzuti¹

RESUMO

O objetivo deste estudo é discutir se existe uma lógica das normas no pensamento de G.H. Von Wrigth e de Ronald Dworkin. A abordagem será feita por meio de um estudo crítico do artigo “Há uma lógica das normas?” de G.H Von Wrigth, em que se analisará a obrigação e a permissão, a lógica das normas e as metanormas para sua interpretação. Para melhor compreensão, é apresentada a valoração e aplicação em dois casos, além de tratar de algumas normas anômalas.

Palavras-chave: Lógica e estrutura das normas. Interpretação. Linguagem e direito. Obrigação e permissão. Não contradição das leis. Algumas normas anômalas.

SUMÁRIO

1. Introdução – 2. *O* como obrigação e *P* como permissão – 3. A lógica das normas e as metanormas – 4. Algumas normas anômalas – 5. Um caso legal X um caso real – 5.1 Caso legal – 5.2 Caso real – 6. Conclusão – 7. *Resumen* – 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Georg Henrik Von Wright nasceu na Finlândia, em 14 de junho de 1916, e morreu nessa mesma cidade, no dia 16 de junho de 2003². Em 1934 entrou na Universidade de Helsinki e formou-se em 1937. Esteve um período na Itália e na Áustria, em 1938, e em Cambridge. Em 1941 publicou sua tese doutoral: *O Problema Lógico da Indução*. Jaakko Hintikka o colocou sobre a linha da sintaxe das matemáticas e, portanto, da sintaxe em absoluto: a lógica. Em Cambridge, trabalhou com Wittgenstein e G.E. Moore. Em 1948 foi convidado a ocupar a cátedra de Filosofia, que havia deixado Wittgenstein. Em 1950 publica: *Um Ensaio de Lógica Modal*. E, no ano seguinte: *Tratado da Indução e a Probabilidade*. Em 1951 voltou a Helsinki e, em 1963, publica: *Norma e Ação* – um dos monumentos da lógica das normas.

¹ Advogado. Lic. em Língua Espanhola – Especialista UNIUBE (2006). Diploma Superior de Español pela Universidad de Salamanca- Ministerio de Ciencia y Cultura de España. Membro da A.A.D.E. (Asociación Argentina de Docentes de Español) e D.E.L.E.: Diploma de Excelencia de Español - Univ. Nacional de Lanus. Rep. Argentina. Membro do Grupo de Pesquisa e Estudo de Linguística e Língua Portuguesa (GPELLP) Subprojeto 1 “Linguagens normativa e jurídica nos órgãos públicos educacionais” UFTM.

² Gonzalez Lagier Daniel. “Apuntes sobre la vida y la obra de G.H Von Wright.” Disponível em <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/56810626541292774832457/015775.pdf?incr=1>. Acesso em: 14/11/06



Foi um filósofo completo. Ocupou-se dos temas clássicos e, também, da liberdade e de um tema que ainda não foi muito estudado: a lógica da eleição. Foi um mestre paciente e extraordinário, um homem de uma calma tão plena que impressionava-me estar alguns minutos com ele.

O objetivo deste estudo é discutir se existe uma lógica das normas jurídicas, segundo o pensamento de George H. Von Wrighth.

A abordagem teórica desse entusiasta da deontologia será feita através de um estudo crítico de seu artigo “Há uma lógica das normas?” (tradução nossa).³

Este artigo tentará explicar a questão de como representar, com e desde a linguagem formal, as normas condicionais, segundo Von Wrighth, quer dizer as normas que prescrevem o quê deve, pode ou não deve ser feito dadas certas condições.

A segunda questão que tentará abordar este estudo é a de qual papel pode cumprir a deontologia, na aclaração das questões, das lacunas e das contradições no Direito, segundo G.H.Von Wrighth, sob o ponto de vista da Ciência Jurídica e das metanormas, e, dos princípios jurídicos ou gerais do direito, segundo o professor Ronald Dworkin.

Por último, fizemos uma apreciação sobre a aplicabilidade da idéia e de que maneira em dois casos.

Este estudo concluiu que é necessário precisar os sentidos que limitam o universo das possibilidades, tanto da linguagem das normas quanto dos princípios gerais do direito, e que a certeza matemática do direito, a verdade única e sagrada da lei impedem a efetividade do processo, e se são influência do racionalismo jurídico dos séculos XVII e XVIII, das idéias de Hobbes, Montesquieu e de outros pensadores⁴

Escrevemos com a certeza de que nada de novo descobrimos, pois a resposta para estas questões, seguramente, já foi dada. Mas, também, pensamos que uma nova solução a um problema já resolvido pode ser valiosa, tanto por que pode haver um novo enfoque, quanto por que pode guiar futuras investigações para uma nova direção⁵.

2. O COMO OBRIGAÇÃO E P COMO PERMISSÃO

Bakhtín M. expõe que a linguagem jurídica é um dos gêneros discursivos. Esta linguagem é próprio dos advogados, promotores, juizes e operadores do direito em geral, específico e diferente de outras linguagens portanto seus enunciados seja nos textos seja no discurso oral tem essa natureza a jurídica, quer dizer a legal representa obrigações, permissão etc.

Seguindo o ensino de Von Wrighth, quem chama *O* para obrigação, e *P* para a permissão, a realizabilidade de uma conduta humana há de ser logicamente contingente ou possível

³ ¿Hay una lógica de las normas? Titulo original “Is there a Logical of Normas” em Six Essais in Phiilosophical Logic. Ata Philosophica Fennica vol 66. 1966 página 35-53. Disponível em: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01316142066248847190680/015776.pdf?incr=1> Acesso no dia 23/11/06.

⁴ Weter, Belmiro Pedro. Artigo “O racionalismo *moderno e a inefetividade do processo civil*” publicado na RT 853, p. 11-57 novembro de 2006.

⁵ Von Wrighth, G.H “Valor Norma y Acción en mis escritos filosóficos”. P. 9. Disponível em: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826852761255025228813/015777.pdf?incr=1>

Acesso em: 23/11/06

e, também, fisicamente.

“Só o que não é fisicamente necessário, nem fisicamente impossível, pode ser realizado pelo homem. É, portanto, normal e razoável dizer que, qualquer norma que obriga ou permite algo não realizável, é espúria, não é uma norma real”.⁶ (Von Wrigh, 1996 - tradução nossa)

Quando um conjunto de normas é consistente? Quando a conjunção de seus conteúdos é um estado de coisas realizáveis. Portanto, se não são consistentes, são inconsistentes ou contraditórias: “*São inconsistentes quando é um estado de coisas impossíveis*”.⁷

Assim, Von Wrigh chama essa *inconsistência de impossibilidade*, equiparando os dois vocábulos. Caracteriza-se como sendo aquilo que está (*P*) permitido é, também, não permitido, pois seu fazer não é (*O*) obrigatório.

Para o filósofo parece um fato notório (é assim também entendemos) que muitas ordens jurídicas contenham tantas lacunas, quanto normas, mutuamente, contraditórias.

Von Wrigh pergunta: é possível uma lógica das normas? E responde:

“Desde o enfoque no sintático e no semântico afirmo que um sistema de normas é consistente se a conjugação de todas as coisas (conteúdos normativos), que as normas do conjunto declaram obrigatórias, junto com qualquer das coisas que elas permitem, é um estado de coisas susceptível de ser alcançado. É algo que pode obter-se como um resultado ou consequência da ação humana. Um conjunto que não é consistente é inconsistente ou contraditório”.⁸ (tradução nossa)

Pensamos que a intenção de Von Wrigh de resumir em formulas a proposições normativas foi um intento falido, embora seu trabalho seja cientificamente correto.

Ronald Dworkin, quando critica o positivismo e o utilitarismo e seus respectivos modelos de regras, expressa que os casos difíceis precisam da interpretação e intervenção livre do julgador. Obtém-se uma melhor interpretação do processo judicial, segundo Dworkin, se admitimos que o Direito também está integrado por princípios que outorgam justificação e guias de interpretação das regras.

⁶ Idem: “Solo lo que no es fisicamente necesario ni fisicamente imposible puede ser realizado por el hombre. Es por tanto normal y razonable decir que cualquier norma que obliga o permite algo no realizable que es “espúria”, que no es una “norma real”.

⁷ Idem: *Von Wrigh. Pag. 6.*: Disponível em:

<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01316142066248847190680/015776.pdf?incr=1> Acesso no dia 23/11/06.

⁸ Idem: *Von Wrigh. Pag.12* :”Desde el enfoque ya no sintático sino semántico afirmo que un sistema de normas es consistente si y solo si la conjugación de todas las cosas (contenidos normativos) que las normas del conjunto declaran obligatorias junto con cualquiera de las cosas que ellas permiten es un estado de cosas susceptible de ser alcanzado, é algo que pode obtenerse como un resultado o consecuencia de la acción humana. Un conjunto que no es consistente es inconsistente o contradictorio.. Disponível em:

<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01316142066248847190680/015776.pdf?incr=1> Acesso em: 23/11/06.

Dworkin concebe o Direito como integridade, como uma concepção interpretativa rival tanto do realismo norte-americano quanto do convencionalismo do positivismo, fugindo do conceito semântico do Direito para o conceito interpretativo desta ciência.

Os desacordos teóricos, para Dworkin, são aqueles que divergem sobre os próprios fundamentos, quer dizer, sobre que tipos de enunciados decidem a verdade ou a falsidade das proposições jurídicas. Dworkin apresenta um modelo de integridade dos legisladores ao legislar e o modelo de integridade dos juízes ao interpretar, quer dizer, como se o Direito fosse criado por um único legislador e que, por sua vez, atuava debaixo de um esquema coerente de princípios. Dworkin insta aos juízes a tomar decisões tentando prever quais seriam as melhores consequências para a comunidade, como se o Direito de uma comunidade fosse obra de um legislador racional, de modo que, para cada caso, houvesse uma única resposta correta.

Portanto, na teoria de Dworkin, não existiram *lacunas* nem *antinomias* nem *contradições* para o juiz que tem o dever de decidir em *todos* os casos e de acordo com o direito em sua integridade.

Para Von Wrigth, existe uma clara diferenciação entre as normas do Direito e as normas da moral. Para Dworkin, existe uma relação, uma conexão e ao mesmo tempo uma diferenciação entre ambas essas ordens normativas, para orientar o juiz em sua interpretação, embora os juízes resolvam, não por seus princípios pessoais, mas pelos princípios do sistema.

A tese da *integralidade* de Dworkin pretende resolver as respostas com base no esquema semântico. Para ele, tanto o positivismo quanto o jusnaturalismo simplificam o problema da relação entre Direito e Justiça, ao afirmar ou negar que a condição do *justo* é definidora do sistema chamado *Direito*. Como J. Rawls, também Dworkin elabora uma teoria diferente do ultraliberalismo, do utilitarismo e do neoconservadorismo.

3. A LÓGICA DAS NORMAS E AS METANORMAS

Um dos propósitos de Von Wrigth, em “Há uma lógica das normas?” é acentuar que os *lógicos* deixam de lado como aplicar aos enunciados que expressam *normas*, os conectivos “e”, “não” e “ou”, e aqueles que são definíveis em termos próprios. Von Wrigth fala que o seu objetivo é expiar este pecado:

“Direi que o uso genuíno das conetivas oracionais, ao construir formulações normativas complexas, consiste em afirmar *fatos* e não em expressar *normas*. O uso de conetivas oracionais, para construir formulações normativas complexas, não cabe numa genuína lógica das normas”.⁹ (Tradução nossa).

⁹ Idem *Von Wright*, p.11 – Disponível em:

<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01316142066248847190680/015776.pdf?incr=1> Acesso em: 23/11/06.

Assim, para esse autor, a semântica é a principal razão de interpretação das normas, embora auxiliadas por metanormas, sem sentido moral. Mas, para R. Dworkin, o que deve orientar a interpretação são os *princípios*, estes, vinculados com alguns dos princípios chamados *morais*.

Para Dworkin, os princípios, não os extras jurídicos, mas, sim, os jurídicos e os políticos são os que devem guiar a interpretação do juiz. Portanto, pensamos que esses *princípios*, assim chamados por Dworkin, são as mesmas *metanormas* chamadas por Von Wright.

4. ALGUMAS NORMAS ANÔMALAS

Essa heterodoxia pode resultar da inconstitucionalidade de muitas normas, de normas *arrogantes* (assim chamadas aquelas que estabelecem que a retroatividade de uma lei não poderá afetar direitos amparados por garantias constitucionais – pois isso é óbvio), de normas *contraditórias* entre si, de normas *processuais* na Constituição, de normas *impróprias* como são as definições que deveriam ficar para a dogmática (Chiappini 2006).¹⁰ Assim, a doutrina de E. Zafaroni e outros, no Direito Penal, consideram uma *impropriedade* a inclusão de normas processuais no Código Penal, como se vê nos artigos 107 a 109.¹¹

Von Wright pergunta: existem códigos normativos sem lacunas? E responde:

“É inconcebível que uma autoridade empírica tenha assinado um valor normativo a todos os estados de coisas possíveis. Necessariamente haverá estados de coisas individuais aos quais o direito positivo não declare nem permitidos nem proibidos (na realidade, a maioria dos estados de coisas pertence a esta categoria). Nesse sentido, a resposta a pergunta formulada é negativa.”¹² (Tradução nossa)

Criticando o racionalismo jurídico e o pensamento dogmático, Belmiro Pedro Wwlter expressa que este

“[...] pressupõe a perfeição da lei criada por um legislador iluminado, esquecendo-se, contudo, que essas leis podem tornar-se anacrônicas, lacunosas, mal-redigidas, injustas quando de sua aplicação, capazes, como toda a proposição normativa, de gerar duas ou mais compreensões hermenêuticas legítimas, embora entre si antagônicas”.¹³

Perante essa realidade legislativa e perante a falta de univocidade da lei cabe ao juiz e ao intérprete criar *ex novo* o direito e não ser a “boca da lei”, como no Estado Absolutista

¹⁰ CHIAPPINI Julio. “La variedad normativa del Código Civil”. Revista La Ley. Año LXX N° 227 Ed. La Ley 2006 .

¹¹ Rev Jur. UNIUS, Uberaba-MG, V9, n.11, p.217.

¹² “Es inconcebible que una autoridad empírica haya asignado un valor normativo a todos los estados de cosas posibles. Necesariamente habrá estados de cosas individuales a los que el derecho positivo no declare ni permitidos ni prohibidos (en realidad la mayoría, la gran mayoría de los estados de cosas pertenecen a esta categoría). En este sentido la respuesta a la pregunta anterior es negativa.” (Von Wright, p.15 – Disponível em: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01316142066248847190680/015776.pdf?incr=1> Acesso em: 23/11/06.

¹³ Weter , Belmiro Pedro. “O racionalismo moderno e a inefetividade do processo civil” publicado na RT 853, p. 11-57

de Hobbes e Montesquieu, pois, na atualidade, o texto jurídico tem sentido plurívoco e não unívoco.¹⁴

5. UM CASO LEGAL X UM CASO REAL

Primeiramente, no item *caso legal*, no que diz respeito ao conteúdo de *normas* legais *abertas*, é possível fazer cotejo entre os artigos 15 e 16, do Código Civil Argentino, com os artigos 113, 156, 157, 317, 421 e 422 do Código Civil do Brasil, todas elas, de ambos esses códigos, exigem interpretação e direcionam sua conclusão, para aplicação nos casos de fato. O desenvolvimento desses aspectos será feito a seguir.

De outro lado, o que chamamos de *caso real*, mas também para fins didáticos, estudaremos como um Juiz Federal da Argentina, agora no ano de 2006, interpretou os Decretos nºs 2.070, 2.071 e 2.072, de 1975, e, no exercício de sua jurisdição, ordenou a detenção da ex-Presidente M. E. Martínez de Perón (Isabelita), que já esteve presa e atualmente mora na Espanha, para onde foi expedida solicitação de extradição, cujo processo encontra-se em trâmite.

Trataremos de analisar as possíveis soluções interpretativas, tanto em relação ao positivismo semântico, quanto ao sistema de integralidade (para concluir sobre a utilidade prática ou não destas teorias e seus princípios – Dworkin), ou das metanormas (Von Wrighth), quer dizer, daqueles que a doutrina chama de *princípios gerais do direito*.

Acreditamos também na utilidade e na análise do discurso, pois visa à análise das diferentes formações discursivas e de suas condições de produção, extrapolando o campo lingüístico, na medida em que busca a determinação do sentido também no campo sócio-histórico e psicanalítico.¹⁵

5.1 Caso legal

Apresento dois artigos do Código Civil Argentino:

Artigo 15: *Os juízes não podem deixar de julgar sob pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência das leis.* (Tradução nossa)¹⁶

Artigo 16: *Se uma questão civil não puder ser resolvida pelas palavras, nem pelo espírito da lei, se atenderá aos princípios de leis análogas; e se, ainda, a questão restar duvidosa, aplicar-se-á os princípios gerais do direito, levando-se em consideração as cir-*

¹⁴ Idem. Welter, Belmiro Pedro... p. 53

¹⁵ Kappel, Irma Beatriz Araújo. 2003.

¹⁶ Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.

*cunstancias do caso.*¹⁷ (Tradução nossa)

De acordo com citados artigos, o juiz não poderá deixar de julgar uma questão em litígio, invocando o silêncio, a obscuridade ou, até, a insuficiência da lei. Esses artigos, pela concepção semântica, na interpretação judicial, integram-se àquilo que a hermenêutica chama de *espírito da lei*, ou *intenção da lei*, quer dizer, do legislador, ou seja, aos princípios gerais do Direito, ou aos princípios de leis análogas e no devido contexto, segundo as circunstâncias do caso a resolver.

A análise da linguagem legislativa seria a etapa primeira e primária da interpretação da lei. Mas esta análise não está em condições de oferecer todos os instrumentos aptos para uma decisão jurídica, pois a forma lingüística se tornou complexa e incapaz de expressar, de forma duradoura, todas as articulações de uma sociedade moderna.

Embora a interpretação semântica devesse prevalecer sobre as outras, na tarefa interpretativa, por estar no primeiro lugar, o exame gramatical produz um exame parcial, pois a linguagem da lei não é rigorosa, nem completa, nem ordenada e, às vezes, é ambígua, sendo tarefa do jurista sistematizar as propriedades lingüísticas.

Perante esse aparente caos, os princípios morais (tanto de Dworkin, quanto às metanormas, de ordem *lógica*, como da *ética*, de Von Wrighth) estariam compreendidos na legislação positiva, já que o intérprete deveria procurar neles as diretrizes do plano *supra legal*, para resolver essas questões.

São adequados aos princípios defendidos os conteúdos dos Artigos 113, 156, 157, 317, 421 e 422 do Código Civil do Brasil (expressados em conceitos abertos), pois cabe ao juiz escolher e determinar as circunstâncias do caso que forem relevantes, para determinar a conduta das partes.

Esses artigos estabelecidos no Código Civil Brasileiro são regras orientadoras para o juiz intérprete, pois servem para aclarar aspectos, às vezes, confusos por falta de definição na própria lei, a exemplo do *estado de perigo*, e, fundamentalmente, para que o juiz tenha em conta as circunstâncias dos fatos, as condutas das partes, para evitar que uma se aproveite da outra mais fraca, ou da própria obscuridade da lei, ou de cláusulas contratuais que estejam fora da *moral*, da *probidade* e da *boa fé*, ou perante negócios jurídicos que, por sua complexidade, poderiam gerar *erros* no julgamento (causado por uma das partes), ou perante o *abuso* daquele que detenha o poder mais forte na relação jurídica estabelecida. Eis os textos legais aludidos:

Artigo 113: *Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.*

Art.156: *Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família,*

¹⁷ *Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.*



de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.

Art.157: *Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.*

Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.

Art. 317: *Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.*

Art. 421: *A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*

Art. 422: *Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*

5.2 Caso real

Os Decretos Presidenciais n^os 2070, 2071, e 2072, de 1975, baixados pelo Presidente em exercício da Presidência da Nação Argentina, Italo Argentino Luder, incluiu os termos *aniquilar o acionar subversivo*¹⁸ (tradução nossa). Com base nesses Decretos convocou-se as Forças Armadas para “*aniquilar o acionar dos elementos subversivos*”, na República Argentina. O texto legal expressava: “*executar as operações militares e de segurança que sejam necessárias aos efeitos de aniquilar o acionar dos elementos subversivos em todo o território do país*”¹⁹ (tradução nossa).

As ações militares coincidiram com o desaparecimento do jornalista Héctor Aldo Fagetti Gallego, que depois de trabalhar em Buenos Aires voltou à sua província e foi seques-

¹⁸ Original: “Aniquilar el accionar subversivo”.

¹⁹ “Ejecutar las operaciones militares y de seguridad que sean necesarias a los de efectos de aniquilar el accionar de los elementos subversivos en todo el territorio del país”.

trado no dia 25 de fevereiro de 1976.²⁰

Em outubro do ano de 2006, o juiz Federal Raúl Héctor Acosta, da República Argentina, ordenou as detenções da ex-cúpula do Governo de 1975: os ex-ministros Antônio Cafiero e outros, e da ex-Presidente M. E. Martínez de Perón (Isabelita), pela redação desses decretos com os termos *aniquilar o acionar subversivo*, de 1975, por homicídio e genocídio, pelo desaparecimento de pessoas os chamadas “desaparecidos”, cujo número calcula-se em 20.000, entre os anos 1975/1982.

À luz do estudo de Von Wrighth,²¹ “*recusar aceitar que uma obrigação implica logicamente a permissão correspondente é, simplesmente teimosia*”.

Portanto, seguindo as premissas de Von Wrighth, a permissão para aniquilar não poderia ser a negação da ordem de morte, mas esta é sua lógica? Três palavras numa lei poderiam ocasionar o desaparecimento de 20.000 pessoas?

O que tem, em particular, os termos: *aniquilar, acionar, e subversivo*, incluso nos decretos?

Segundo o dicionário Aurélio²²:

Aniquilar: 1 Reduzir a nada, anular; 2 Destruir. 3 Abater, prostrar.

Acionar: pôr em ação.

Subversivo: que subverte, revolucionário”.

Segundo o DRAE,²³ *aniquilar* significa, em primeiro conceito, fazer desaparecer pessoas, animais ou coisas (tradução nossa).

O juiz Federal considerou que, com a frase *aniquilar o acionar subversivo*, o ex-governo deu início a mais sangrenta repressão conhecida no país: o terrorismo do Estado.²⁴ Mas, um dos indiciados, o ex-ministro A. Cafiero, diz que ele, também, foi preso e vítima do terrorismo de Estado²⁵.

²⁰ .Jornal “Página 12”, 10/11/2006. Disponível em: <http://www.pagina12.com.ar/buscador/resultado.php?q=cAFIERO>. Acesso em 26/11/06.

²¹ Von Wrighth, p. 13. Disponível em: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01316142066248847190680/015776.pdf?incr=1> Acesso em: 23/11/06.

²² Diccionario Aurelio

²³ Diccionario de la Real Academia Española.

²⁴ A favor da interpretação do Juiz citado o advogado e professor universitário E. Barcesat explica que “a usurpação do conhecimento e decisão sobre as condutas supostamente delitivas, que é subtraída do Poder Judiciário para ser entregue às Forças Armadas”.

²⁵ Jornal “Página 12”. Disponível em: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-75705-2006-11-05.html>. Acesso em: 26/11/06

Assim, um juiz crê que a redação de uma norma é causa de imputação de crime gravíssimo e, os réus, contrariamente, se sentem vítimas.

Se a *semântica*, como regra de interpretação primária, se o sistema tem ou não lacunas perante o *permitido* ou *proibido*, seria a lei, que ordena o aniquilar, a culpada pelos desaparecimentos, sem a mão assassina?

Contrariamente, em Nuremberg, fixou-se o esquema da *obediência* devida até chegar ao autor do escritório, quer dizer, autor ideológico da ordem. Por isso, estabeleceu-se a responsabilidade penal daquele que se encontra fora dos fatos, mas sendo o responsável pela ordem ilícita. Porém, exigindo a absolvição do subalterno nos casos em que estava impedido de desobedecer a ordem, por temor, hierarquia funcional ou por perigo iminente em sua vida, ou de sua liberdade, caso desobedecesse a ordem do superior hierárquico. É necessário, na interpretação, o estudo das circunstâncias e das condições do que se chama pré-lei ou processo legislativo.

Bakhtin, citado por Irma Kappel,²⁶ também resgata, para o estudo da linguagem, o aspecto ideológico da palavra, mostrando que ela não é um dado natural, acabado, mas que se constitui em um processo repleto de significações, que interagem na comunicação.

Assim, a palavra *subversivo* estava e está carregada de conotação subjetiva, pois os decretos não davam sua definição, tanto nessa época (1975), como agora, neste momento histórico, pois, quem são os subversivos? Aqueles que se opõem a ordem estabelecida? Que desafiam a *intelligentsia* e se opõem ao poderoso de turno?

O termo *subversivo* sempre foi usado contra os opositores, estejam com armas ou não. Por isso o aspecto ideológico está presente no direito, contrariamente ao sustentado por H. Helsen. É impossível estudar as *normas* do Direito como ciência pura, sem ideologia, ou, segundo a doutrina de M. Bakhtín, encontrar pureza na linguagem das normas.

O reclamo popular majoritário de imputar à cúpula militar (nove pessoas) a responsabilidade e o castigo pelos desaparecimentos contrapõe e confronta, há mais de vinte anos, com as escusas do grupo minoritário e autoritário, que afirma que os desaparecimentos não foram genocídio. Apenas erros ou excessos na repressão. Nunca, assassinatos.

Segundo Eduardo Barcesat²⁷, quando foram editados os decretos que falavam de “aniquilação”, durante o governo de María Estela Martínez, viúva de Perón,

“nenhum tipo penal definia o que devia entender-se por *subversivo*, de modo que o facultamento para aniquilar se configurava como uma ordem de extermínio em branco”. [...] “O repressor é quem determina quem cairão dentro do indefinível círculo de sujeitos passivos do aniquilamento”.²⁸

Barcesat destacou que “a Convenção Internacional sobre Prevenção e Sanção do

²⁶ Irma Kappel2003....

²⁷ Barcesat é professor titular no Departamento de Teoría General y Filosofía del Derecho da Universidad de Buenos Aires e com atuação em causas vinculadas na defesa dos direitos humanos.

²⁸ Jornal “Página 12”. Disponível em: <http://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-80347-2007-02-13.html> Acesso em 13/02/07

Delito de Genocídio já era norma positiva do direito argentino, desde o ano 1956, pelo que nenhum jurista sério incluiria a expressão aniquilar”. Também afirmou que “o bom senso dos juízes federais que estão investigando os crimes cometidos pela Tríplice AAA²⁹, assim como as ordens e autorizações viciadas emitidos pelo Governo de María Estela Martínez e do governo interino de Italo A. Luder”.³⁰ (Tradução nossa)

6. CONCLUSÃO

A linguagem e o contexto, as idéias da comunidade e os princípios jurídicos, às vezes, não são suficientes para conseguir uma interpretação adequada. Por isso é preciso eliminar, na redação das leis, a polissemia e a ambigüidade dos termos condicionais e delas integrantes, para que o intérprete possa aclarar a incerteza, ou a confusão, ou a falta de clareza da linguagem jurídica, e limitar seu alcance ao caso concreto, para não produzir uma sentença ou interpretação arbitrária.

Entendemos que, todo texto legal contém um conjunto de elementos que intervêm no ato enunciativo, em um momento histórico e lugar determinado. Todo esse acontecimento é único, de acordo com as aportações sociológicas de Bakhtin,³¹ que estabelece que os enunciados têm um caráter dialógico subjacente, no sentido de que remetem a outros enunciados, produzidos em outros momentos. Também, no sentido de que sempre implicam a existência de um destinatário, em geral para este obedecer à lei. Por exemplo, dentro do discurso político da era Isabel Perón, sempre estavam presentes os termos: *subversivo; guerra; inimigos; “sinarquia”³² internacional; inimigos de fora e de dentro; etc.*

Não existe solução única para os casos a interpretar, pois são os homens que levam a cabo essa tarefa, porém, passíveis de erros conscientes ou não. Exemplo disso é a jurisprudência dos tribunais colegiados, em que ocorrem opiniões majoritárias e minoritárias dos juízes sobre um mesmo caso.

Kelsen descreve um sistema puro, livre de influências. Mas, acreditamos que tal pureza não existe, pois são os homens que fazem as leis. Por isso, o Direito está influenciado por idéias e ideologias, às vezes, acentuadas naqueles que fazem as leis. Porém, “Os erros de Kelsen quase sempre estão iluminando e muito podem ser aprendidos deles”,³³ pois a pureza do Direito é um objetivo a ser atingido. (Tradução nossa)

A *lógica* das normas é um objetivo a alcançar. Não algo já realizado.

A verdade ou não das normas será dada pela sua interpretação e aplicação no caso específico, real, não por sua validez, pois a validez, como verdade, seria matéria de outro estu-

²⁹ Alianza Anticomunista Argentina.

³⁰ Jornal “Página 12”. Disponível em: <http://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-80347-2007-02-13.html> Acesso em: 13/02/07

³¹ Bakhtin, M. “Marxismo e Filosofia da Linguagem”. Pag. 126.

³² Nota do autor: *Sinarquia* é expressão muito utilizada no discurso político da ultradireita espanhola e europeia, referindo-se à oposição como uma ameaça em geral e propósito de desestabilização do governo.

³³ Bulygin Eugenio “Cognition and interpretario” *apud* Lima Guerra, Marcelo. “Norma, Texto e Metáfora da Moldura em Kelsen”. RT 853, novembro 2006, p. 85, nota ^o12.

do, pois excede o marco desta pesquisa, pois se sabe que, pela simples validade, as leis carecem de verdade ou falsidade, pois, muitas vezes, temos leis que não se cumprem, nem se exige sua obrigatoriedade, por estar fora do contexto e porque tiveram interesses diferentes aos da sociedade. Exemplos destas seriam as penalidades para o caso de crime de *adultério*, ou para o caso de crime de *desacato*, figuras já derogadas, de fato, na maioria dos países, diante das poucas sentenças condenatórias ocorridas e a pouca seriedade que representam estes crimes para os juízes, para a doutrina e para a maioria dos membros da sociedade.

Serão válidas e lógicas as normas quando adequadas e valoradas como apropriadas pela sociedade, se esta assim as aceita num contexto, lugar e tempo determinado. E deixam de ser assim, se rejeitadas em outro tempo, lugar e contexto.

O caminho será adequado se fixado os limites da interpretação e quais são os diversos significados (quando tem mais de um) no enunciado jurídico. Mas devemos considerar que o poder de comunicação da linguagem não pode se reduzir a um conjunto de convenções sobre o uso da mesma, pois quando se estabelece uma convenção sobre o uso da linguagem, ao mesmo tempo vai aparecer a possibilidade de seu uso no convencional, pois as palavras da lei não constituem um todo monológico, com univocidade. Pelo contrário, representam diferentes pensamentos, doutrinas e ideologias que as sustentam e que, às vezes, colidem umas com as outras, e isso fica claro pela confusão que gera na sua aplicação, no caso real.

Delimitada as margens da interpretação, a escolha de uma é valoração individual do interprete, porém refutável por outro.

Entendemos que, em abstrato, toda norma é derrotável através da argumentação jurídica, filosófica, sociológica, política e até lingüística. Desse modo, conclui-se que não há interpretação das normas em abstrato, quer dizer, sem estar adequadas aos fatos, pois a interpretação deve ser no caso concreto. O texto jurídico deve ser compreendido em cada momento de sua aplicação, ou seja, em cada situação concreta, de uma maneira nova e distinta.³⁴ Por isso, os trabalhos doutrinários servem como fonte indireta do direito, pois as críticas que a doutrina elabora servem para aperfeiçoar as futuras interpretações da lei, para dar definições àqueles termos jurídicos não definidos ou confusos, mais amplamente em uso nos litígios e nas sentenças, como são os conceitos de *boa fé*, de *propriedade*, etc., e de outros conceitos que o legislador deixa sem definição, por serem óbvios na ciência jurídica, posto que o caráter de *óbvio*, muitas vezes, decorre da unanimidade da doutrina sobre o tema.

A interpretação jurídica é feita, também, pelos advogados nas consultas, nas orientações aos consulentes, na preparação de escritos, de petições e de recursos judiciais, de pareceres e, ainda, nas tradicionais publicações doutrinárias.

Consideramos que o sentido comum, ou as idéias que a comunidade tem sobre um tema, ou a ética, ou as crenças, etc., não são termos que eliminam a falta de clareza, ou a incerteza. Nunca poderemos estar seguros de que nossas crenças não haverão de sofrer alguma revisão. Todos anseiam por conceitos unívocos. Mas a comunidade é muito ampla em idéias,

³⁴ Welter, Belmiro Pedro, p.28.

em costumes diversos. Já não é possível dizer que o *ético* continua sendo igual para todos os membros da sociedade, pelo pluralismo que existe.

Pelo exposto, cremos que não existe uma *lógica* das normas em geral, como um conjunto abstrato, fechado e sistêmico. Poderá, sim, haver lógica em uma ou muitas leis, mas sempre na interpretação/aplicação sobre um caso concreto, e na medida em que haja acordo sobre o que é chamado de *lógica*, eliminando, no que for possível, a falta de clareza, a polissemia, a incerteza ou a confusão de conceitos.

Em síntese, a interpretação das normas deve ser feita em cada caso de fato, ao momento da aplicação da lei. Não, em sentido “abstrato”, fora da realidade temporal dos fatos e do contexto das pessoas ou das coisas envolvidas,³⁵ das circunstâncias sociais, políticas, econômicas, etc. Por isso, o juiz é o intérprete último. Mas, de forma alguma como a “boca da lei”, pois cabe ao Poder Judiciário compreender e adequar o caso concreto ao texto e ao contexto constitucional. Não, unicamente, aos termos da lei.³⁶

Portanto, através da leitura crítica das lições de G. H. Von Wright, e de Ronald Dworkin, não há Direito perfeito, nem matemático. E que, também, a tarefa interpretativa das normas jurídicas não é exclusividade do juiz, mas, sim, de todos os operadores do direito que, no dia-a-dia, por meio de orientações, de escritos e de pareceres dão solução para os casos que lhes são apresentados, evitando litígios que não precisam, necessariamente, passar pelo judiciário. E a solução encontrada há de gozar do mais amplo consenso, fundadas nas elaborações doutrinárias que muito enriquecem os conceitos, sem os quais as leis ficariam obscuras, pois a lei, como qualquer texto enunciativo, livro ou discurso político ou jurídico, precisa da crítica doutrinária.

7. RESUMEN

El objetivo de este estudio es discutir si existe una lógica de las normas en el pensamiento de G.H. Von Wright y de Ronald Dworkin. El abordaje teórico será hecho a través de un estudio crítico del artículo “Hay una lógica de las normas?” de G.H. von Wright. La obligación y la permisión. La lógica de las normas y las metanormas para su interpretación. Valoración y aplicación en dos casos. Algunas normas anómalas. Conclusión. Referencias bibliográficas.

Palabras-clave: *Lógica y estructura de las normas. Interpretación. Lenguaje y Derecho. Obligación y permisión. No contradicción de las leyes. Algunas normas anómalas.*

8. REFERÊNCIAS

- BAKHTÍN, M. “Marxismo e filosofia da linguagem” Ed. Hucitec. 1999. SP
- CHIAPPINI Julio. “La variedad normativa del Código Civil”. Revista La Ley. Año LXX N° 227 Disponível em <http://www.laley.com.ar/download/actualidad/ACT23112006.pdf>. Acesso 23/11/06.
- DWORKIN Ronald y las consecuencias de la vaguedad de las normas. Disponível

³⁵ Bakhtín, M. Pag.103

³⁶ Welter, Belmiro Pedro, p.22

em:

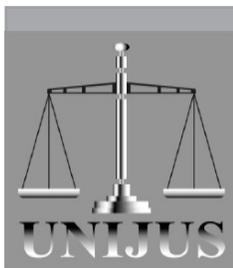
http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12726106447813728543435/cuaderno19/Doxa19_18.pdf. Acesso 23/11/06.

KAPPEL, Irma Beatriz Araujo. "O discurso institucional legal do ensino religioso". Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências e Letras, Campus de Araraquara, 2003. Teses de Doutorado.

LIMA GUERRA, Marcelo. "Norma, Texto e Metáfora da Moldura em Kelsen" RT 853 novembro 2006 p. 85 nota nº12. Página 12. Disponível em: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-75705-2006-11-05.html>. Acesso 26/11/06.

VON WRIGTH, Georg Henry. "¿Hay una lógica de las normas?" (Is there logic of Norms) Disponível em: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01316142066248847190680/015776.pdf?incr=1>. Acesso 23/11/06

WELTER, Belmiro Pedro. "O racionalismo *moderno e a inefetividade do processo civil*". RT 853, p. 11-57. Novembro de 2006.



EQÜIDADE, RAZÃO PÚBLICA E O DIREITO AO ABORTO NO BRASIL¹

Éder Ferreira²

RESUMO

Este artigo pretende aplicar as noções de razão pública e de justiça como equidade, na concepção do filósofo liberal John Rawls, ao tema do direito ao aborto no Brasil, mediante análise documental, cujas fontes primárias foram essencialmente a Lei Penal Brasileira, e o *habeas corpus* nº 84.025-6, do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Razão Pública. Justiça como Equidade. Direito ao Aborto. Democracia Constitucional.

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Razão Pública e Equidade na perspectiva rawlsiana, 2.1 A idéia de razão pública, 2.2 Justiça como Equidade, a) O princípio da liberdade, b) O princípio da diferença e igualdade; 3. Notas sobre a questão do direito ao aborto no Brasil; 4. Considerações finais; 5. *Abstract*; 6. Referências.

1. Introdução

O presente trabalho apresenta o debate sobre a questão do direito ao aborto em *sociedades constitucionais democráticas* modernas, a partir das noções de *razão pública e equidade* na perspectiva de John Rawls.

Para tanto, foi utilizada como principal fonte de pesquisa a obra de John Rawls intitulada *A idéia de razão pública revista*, a partir da qual se procedeu a uma revisão teórica do tema, concomitantemente com a exposição de exemplos na lei e na jurisprudência brasileiras.

O objetivo da pesquisa foi trazer ao domínio político brasileiro discussões acerca da *razão pública*, questionando, então, a *legitimidade do fórum político público*, na concepção *rawlsiana*.

¹ Trabalho desenvolvido no curso de especialização em Filosofia do Direito – “Fundamentos do Estado de Direito”, na disciplina Filosofia Contemporânea do Direito IV – John Rawls, sob orientação do professor Dr. Alcino Eduardo Bonella.

² Bacharel em Direito pela Universidade de Uberaba (2005). Pós-Graduado em Direito Público (2007) e em Filosofia do Direito (2008) pela Universidade Federal de Uberlândia. Conciliador Criminal do Juizado Especial de Uberaba – TJMG. Membro da Comissão de Monitoramento da Violência em Eventos Esportivos e Culturais de Uberaba – COMOVEEC/SSP-MG.



Os resultados serão apresentados nas páginas que se seguem.

2. RAZÃO PÚBLICA E EQUIDADE NA PERSPECTIVA RAWLSIANA

2.1 A idéia de razão pública

“Embora as sociedades democráticas diverjam quanto às doutrinas específicas que nelas são influentes e ativas [...], encontrar uma idéia adequada de razão pública é um interesse que confronta a todas elas. [...]

O zelo de incorporar a verdade inteira na política é incompatível com uma idéia de razão pública que faça parte da cidadania democrática.”

John Rawls

A *idéia de razão pública* diz respeito a *sociedades democráticas constitucionais bem ordenadas*, refere-se, pois, a valores morais e políticos que devem determinar a relação de um governo democrático constitucional com os seus cidadãos e a relação dos cidadãos entre si.

Uma característica básica da democracia é o *pluralismo razoável*, ou seja, a existência de *doutrinas abrangentes*³ razoáveis⁴ e conflitantes (de natureza religiosa, filosófica e moral) é decorrência esperada da sua cultura de instituições livres. Então, quando os cidadãos percebem a impossibilidade de acordo ou de uma aproximação à compreensão recíproca com fundamento em suas *doutrinas abrangentes* irreconciliáveis, torna-se necessária a consideração em torno de quais tipos de razões podem ser oferecidos razoavelmente, de um para o outro, quando estão em questão *perguntas políticas fundamentais*. Rawls propõe que, na *razão pública*, as *doutrinas abrangentes* de verdade ou direito sejam substituídas por uma idéia do *politicamente razoável* dirigido aos cidadãos como cidadãos.

A *idéia de razão pública* origina-se, pois, de uma concepção de cidadania democrática numa democracia constitucional, relação política fundamental da cidadania, que tem duas características especiais: 1- *É uma relação de cidadãos com a estrutura básica da sociedade, uma estrutura em que entramos apenas pelo nascimento e da qual saímos apenas pela morte;* 2- *É uma relação de cidadãos livres e iguais, que exercem o poder político último como corpo coletivo*⁵.

Além dessas características especiais, a *razão pública* constitui-se por uma estrutura

³ John Rawls (2004, p. 173) utiliza o termo doutrina para designar visões abrangentes de todos os tipos (filosófica, moral, religiosa...), razoáveis ou não.

⁴ Para Rawls (2004, p. 174), uma doutrina é razoável na medida em que aceita um *regime democrático constitucional* e a *idéia de lei legítima* que o acompanha.

⁵ RAWLS, John. A idéia de razão pública revista. In: O direito dos povos. 1.ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 179.

que envolve os seguintes aspectos, dentre outros:

1 – as *questões políticas fundamentais* às quais se aplica, ou sejam, os *elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica*. Os *elementos constitucionais essenciais*, segundo Rawls, contemplam a discussão em torno de quais direitos e liberdades políticas podem incorporar *razoavelmente* uma constituição escrita, quando sua interpretação é condicionada a apreciação por um *tribunal supremo* ou a alguma agência correspondente. As *questões de justiça básica*, por sua vez, referem-se a questões de estrutura básica da sociedade, envolvem questões de economia básica, justiça social e demais elementos não contemplados em uma constituição;

2 – as *pessoas a quem se aplicam*, ou seja, ao *fórum político público* (funcionários do governo e candidatos a cargo público), que é constituído por: a) *discurso dos juízes* nas discussões, e especialmente, dos juízes de um tribunal supremo; b) *discurso dos funcionários do governo*, especialmente executivos e legisladores principais; c) *discurso de candidatos a cargo público* e de seus chefes de campanha e declarações políticas. A idéia de razão pública aplica-se mais aos juizes;

3 – *seu conteúdo como dado por uma família de concepções políticas razoáveis de justiça*, sendo que os cidadãos serão razoáveis se: a) mutuamente se considerarem livres e iguais em um *sistema de cooperação social ao longo de gerações*, e estão preparados a *oferecer um ao outro termos justos de cooperação segundo o que consideram ser a concepção mais razoável de justiça política*; b) aceitarem agir com base nesses termos, mesmo em detrimento de suas aspirações em dadas circunstâncias, desde que os outros cidadãos concordem com esses termos;

4 – a *aplicação dessas concepções em discussões de normas coercitivas a serem decretadas na forma da lei legítima para um povo democrático*. Então, quando numa *questão constitucional essencial*, ou numa *questão de justiça básica*, todos os funcionários do governo, agindo nos limites de suas atribuições legais (competentes), atuam partindo da *razão pública* e a seguindo, e quando todos os *cidadãos razoáveis* idealizam-se, *como se fossem legisladores seguindo a razão pública, a disposição jurídica que expressa a opinião da maioria é lei legítima*.

[...] Nosso exercício de poder político é adequado apenas quando acreditamos sinceramente que as razões que ofereceríamos para as nossas ações políticas – se devêssemos formulá-las como funcionários do governo – são suficientes, e pensamos razoavelmente que outros cidadãos também poderiam aceitar razoavelmente essas razões. [...] Para serem razoáveis, as concepções políticas devem justificar apenas constituições que satisfaçam esse princípio.⁶

5 – a *verificação pelos cidadãos de que os princípios derivados das suas concepções de justiça satisfazem o critério de reciprocidade*, sendo que o papel do critério de reciprocidade é *especificar a natureza da relação política num regime democrático constitucional como uma relação de amizade cívica*.

[...] O critério de reciprocidade normalmente é violado sempre que as li-

⁶ RAWLS, John. Obra citada, p. 180-1.

berdades básicas são negadas. [...] Como a idéia de razão pública especifica no nível mais profundo os valores políticos básicos, e especifica como a relação política deve ser compreendida, os que acreditam que as questões políticas fundamentais devem ser decididas pelo que consideram como as melhores razões segundo a sua própria idéia de verdade inteira – incluindo a sua doutrina abrangente religiosa ou secular -, não por razões que possam ser compartilhadas por todos os cidadãos como livres e iguais, rejeitaram a idéia de razão pública. O liberalismo político vê essa insistência na verdade inteira na política como incompatível com a cidadania democrática e a idéia de lei legítima.⁷

O *critério de reciprocidade* traz a exigência de que, quando termos são propostos entre cidadãos, *como os termos de cooperação justa mais razoáveis, quem os propõe pense também que é ao menos razoável que os outros os aceitem como cidadãos livres e iguais, não dominados, nem manipulados ou sob a pressão de uma posição política ou social inferior*⁸.

Além disso, a *razão é pública* de três maneiras: 1^a) razão de cidadãos livres e iguais, é a razão do público; 2^a) seu tema é o bem público no que diz respeito a questões de justiça política fundamental, cujas questões são de dois tipos: *elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica*; 3^a) sua natureza e conteúdo são públicos, sendo expressos no raciocínio público por uma família de *concepções razoáveis de justiça política* que se pense que possa satisfazer o *critério de reciprocidade*.

Daí se extrai que o *ideal de razão pública* concretiza-se sempre que os magistrados, legisladores e membros do executivo, assim como os outros funcionários públicos e candidatos a cargo público atuam a partir da *idéia de razão pública, seguem-na e explicam a outros cidadãos suas razões para sustentar posições políticas fundamentais em função da concepção política de justiça que consideram como a mais razoável*. Tal procedimento equivale ao *dever de civildade mútua para com outros cidadãos*.

É que, em um governo representativo, os cidadãos votam em representantes (chefes do poder executivo e legisladores), não em leis (exceto em questões de referendo, que raramente são fundamentais). Então, [...] *dizemos que, idealmente, os cidadãos devem pensar em si mesmos como se fossem legisladores, e perguntar a si mesmos quais estatutos, sustentados por quais razões que satisfaçam o critério de reciprocidade, pensariam ser mais razoável decretar*. Por isso, a capacidade dos cidadãos sólida e generalizada – de se conceberem como legisladores ideais e repudiar os funcionários e candidatos a cargo público que contrariam a *razão pública* – é *uma das raízes políticas e sociais da democracia, e é vital para que permaneça forte e vigorosa*. Esse é um dever intrinsecamente moral, não é um dever jurídico, pois nesse caso seria incompatível com a liberdade do discurso⁹.

Por essa razão, a *idéia de razão pública* identifica-se com *democracias constitucionais bem ordenadas, ou democracia deliberativa*, que é a idéia da própria deliberação. *Quando deliberam, os cidadãos trocam pontos de vista e debatem as razões que os sustentam no que diz respeito a questões políticas públicas*.

⁷ RAWLS, John. Obra citada, p. 181-2.

⁸ RAWLS, John. Obra citada, p.180.

⁹ RAWLS, John. Obra citada, p. 178-9.

Os cidadãos, nesse caso,

[...] supõem que suas opiniões políticas podem ser revistas por meio da discussão com os outros cidadãos, e não são, portanto, simplesmente o resultado fixo de seus interesses privados ou não políticos. Nesse ponto a razão pública é crucial, pois caracteriza o raciocínio dos cidadãos quanto a elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica.¹⁰

A democracia constitucional bem ordenada ou democracia deliberativa compõe-se de três elementos essenciais: 1) *idéia de razão pública*, embora nem todas as idéias de tal tipo sejam as mesmas; 2) *estrutura de instituições democráticas constitucionais que especifique o cenário dos corpos legislativos deliberativos*; 3) *conhecimento e desejo dos cidadãos em geral de seguir a razão pública e concretizar seu ideal na conduta política*.

Esse três elementos trazem algumas implicações imediatas, quais sejam: a) financiamento público das eleições; b) provimento de ocasiões públicas para a discussão ordenada e séria de *questões fundamentais* e de *questões de política pública*.

A deliberação pública é, pois, característica básica da democracia e deve ser *livre da maldição do dinheiro*. Portanto, a *democracia deliberativa* reconhece que, *sem instrução ampla para todos os cidadãos, e sem um público informado a respeito de problemas prementes, decisões políticas e sociais cruciais simplesmente não podem ser tomadas*, pois, mesmo que haja líderes políticos previdentes, que desejassem fazer mudanças e reformas sensatas, não seria possível conseguir a adesão de um público mal informado e descrente em aceitá-las e segui-las. *Na busca constante de dinheiro para financiar campanhas, o sistema político é simplesmente incapaz de funcionar. Seus poderes deliberativos estão paralisados*¹¹.

Assim, um cidadão participa da *razão pública* quando delibera no contexto do que considera sinceramente como a *concepção política de justiça mais razoável*, a qual expresse *valores políticos* dos quais também podemos pensar *razoavelmente* que outros cidadãos, como livres e iguais, poderiam endossar.

Por essa razão, Rawls defende a *justiça como equidade* como a concepção mais adequada de justiça para uma democracia constitucional, equivalendo a *uma deliberação racional, pois é atingida uma conclusão que satisfaz as condições e restrições pressupostas*¹².

2.2 Justiça como Equidade

Uma das peças fundamentais do pensamento de John Rawls é a noção de justiça como equidade. A concepção de *justiça como equidade* está implícita na doutrina clássica do contrato social, sendo uma abstração dela. Tal concepção refere-se a *um conjunto de princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade, frutos de um consenso original, ou seja, realizado numa situação inicial de igualdade entre as pessoas racionais e livres preocupadas em promover*

¹⁰ RAWLS, John. Obra citada, p. 183.

¹¹ RAWLS, John. Obra citada, p. 183-5.

¹² BONELLA, Alcino Eduardo; OLIVEIRA, Joviniano José Rezende. A teoria da justiça de Rawls. In: Revista Horizonte Científico. Uberlândia: PROPP/UFU, vol. 2, 2003. Disponível em: <<http://www.propp.ufu.br/revistaelectronica/>>. Consulta em: 28 dez. 2006, p. 02.

seus próprios interesses. Nesse sentido, os princípios orientadores da definição dos direitos e obrigações básicos e da fixação dos benefícios sociais são eleitos em conjunto. Esses princípios dão corpo à constituição de uma sociedade, de tal sorte que os princípios de justiça e injustiça são definidos pelas pessoas em uma *situação inicial de liberdade eqüitativa*, que na *justiça como eqüidade refere-se à posição original*¹³. Assim, deve-se interpretar a *eqüidade pela idéia de que os princípios de justiça são escolhidos numa posição original de igualdade*¹⁴.

Rawls apresenta-nos dois princípios de justiça, os quais espera que sejam selecionados pelos agentes na *posição original* e sob um *véu de ignorância*¹⁵, quando esses carecem de quaisquer dados particulares sobre a sua situação na sociedade *como, por exemplo, a sua classe social; o seu poder econômico e opções nessa matéria; até o seu grau de inteligência e força; e noções de Bem*¹⁶.

a) O princípio da liberdade

A liberdade é o primeiro princípio apresentado por Rawls, e também a primeira peça a causar o debate inesgotável entre liberdade e igualdade: *qual destas deve prevalecer? Mais: ao optarmos pelo equilíbrio (que nos parece indispensável), como garanti-lo?*

Quanto ao princípio da liberdade, cabe salientar que, para Rawls, *todas as pessoas terão igual direito ao mais amplo sistema total de liberdades fundamentais iguais que seja compatível com um sistema idêntico de liberdade para todos*. No plano material, genericamente, são *liberdades básicas* dos cidadãos os direitos de liberdade política (eleger e ser eleito), de liberdades de pensamento, de consciência, de expressão e associação, de propriedade pessoal, de proibição de prisão arbitrária e expropriação, salvaguardados pelo Estado de Direito. Outro dado fundamental, segundo Rawls, é a igualdade de liberdade, apresentada como a base de uma sociedade justa¹⁷.

b) O princípio da diferença e igualdade

¹³ Corresponde ao estado de natureza do contratualismo clássico, em que são acordados os princípios de justiça. *Não é, obviamente concebida como uma situação histórica real, muito menos como uma condição cultural primitiva. É entendida como uma situação puramente hipotética caracterizada de modo a conduzir a uma certa concepção de justiça. É o 'status quo' no qual qualquer consenso atingido é justo.* (BONELLA; OLIVEIRA, 2003, p. 06)

¹⁴ Neste sentido, ver BONELLA, Alcino Eduardo; OLIVEIRA, Jovianio José Rezende. A teoria da justiça de Rawls. In: Revista Horizonte Científico. Uberlândia: PROPP/UFU, vol. 2, 2003. Disponível em: <<http://www.propp.ufu.br/revistaelectronica/>>. Consulta em: 28 dez. 2006, p. 04-6.

¹⁵ *Garantia de eqüidade na escolha dos princípios de justiça, pois elimina os acasos naturais e contingências sociais. [...] Isto advém da necessidade de anular os efeitos das contingências que colocam as pessoas em disputa que por vezes as fazem egoístas. [...] Então, sob o véu de ignorância, as partes desconhecem seu lugar na sociedade, sua posição social, sua sorte na distribuição dos bens e talentos naturais, sua concepção particular de bem, suas características psicológicas, pessimismo e otimismo, suas circunstâncias particulares, ou seja, suas posições de desenvolvimento econômico e político, e a geração a qual pertencem. [...] As partes não ignoram os fatos gerais da sociedade humana, as circunstâncias de justiça e as conseqüências destas circunstâncias... as relações políticas, os princípios da teoria econômica, as leis da psicologia humana e as bases da organização da estrutura básica.* (BONELLA; OLIVEIRA, 2003, p. 06-7)

¹⁶ MELO, Frederico Alcântara de. John Rawls: uma noção de justiça. Lisboa: FDUNL, 2001, p. 06-7.

¹⁷ MELO, Frederico Alcântara de. Obra citada, p. 07.

Quanto à *igualdade*, Rawls propõe um sistema político em que *as desigualdades sociais e econômicas devem ser organizadas de modo a, simultaneamente: a) representarem o maior benefício para os menos favorecidos; b) estarem ligadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade justa de oportunidades*. A *igualdade* representa, então, numa perspectiva de *coexistência pacífica*, um *direito à diferença*. A *distribuição da riqueza e do lucro* torna-se relevante nesse contexto, devendo ser realizada de acordo com as *liberdades de igual cidadania e igualdade de oportunidades*.

Em síntese apertada, a Justiça como Equidade corresponde à garantia ampla da liberdade (liberdade política, de pensamento, de consciência, de expressão e associação, de propriedade pessoal, e proibição de prisão arbitrária e expropriação), combinada com igualdade material, consistente na garantia de igualdade de oportunidades, inclusive com aplicação de medidas de correção, tais como a distribuição de riqueza e lucro por meio de tributos.

3. NOTAS SOBRE A QUESTÃO DO DIREITO AO ABORTO NO BRASIL

Uma vez definida a *idéia de razão pública* e caracterizada a concepção política de *justiça como equidade*, passemos à análise da questão do direito ao aborto no Brasil, embora não possamos afirmar que referido país seja uma *sociedade constitucional bem ordenada*.

É que uma sociedade constitucional bem ordenada, como já mencionamos, pressupõe três elementos (a – *idéia de razão pública*; b – *estrutura de instituições democráticas constitucionais que especifique o cenário dos corpos legislativos deliberativos*; c – *conhecimento e desejo dos cidadãos em geral de seguir a razão pública e concretizar seu ideal na conduta política*), dos quais o Brasil é, ao menos em tese, possuidor de apenas dois: *idéia de razão pública* e *estrutura de instituições democráticas constitucionais*, carecendo, pois, do conhecimento dos cidadãos.

Vejamos, então, o discurso legislativo e o discurso dos juízes acerca do direito ao aborto, a partir da *idéia de razão pública* e da *concepção política de justiça como equidade*.

No que tange ao direito ao aborto, a legislação brasileira, ou seja, o discurso do legislador do Brasil é mantido desde 1940, expresso no Código Penal Brasileiro (Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Assim, muito embora os legisladores atuais não tenham votado e aprovado o Código Penal vigente, por não o terem modificado, quando o podem fazer, considerá-lo-emos como parte integrante de seu discurso.

Antes de prosseguirmos na apreciação do discurso dos legisladores, quanto ao direito de aborto, devemos conceituá-lo. Em interpretação à norma penal brasileira, o aborto foi definido como

[...] interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou do feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes de sua expulsão. Não deixará de haver, no

caso, aborto.¹⁸

Além disso, o aborto é caracterizado como *espontâneo* ou *natural*, quando ocorre em razão de problemas de saúde da gestante; ou *provocado*. O aborto provocado pode ter como causa motivações econômicas (falta de condições para criar um filho, gestante operária etc.), morais (estupro, gravidez extra-matrimônio etc.) ou individuais (egoísmo, vaidade, horror à responsabilidade etc.).

Em diferentes países ocorrem diferentes hipóteses de liberação do aborto. Em países como Suécia, Dinamarca, Finlândia, Inglaterra, França, Alemanha, dentre outros, é permitido o aborto quando provocado até o terceiro ou quarto mês de gestação.

O Código Penal Brasileiro, no entanto, define cinco figuras de aborto: 1) o *auto-aborto* e *consentimento no aborto* (artigo 124); 2) *aborto sem consentimento da gestante* (artigo 125); 3) *aborto com consentimento da gestante* (artigo 126); 4) *aborto necessário* e *sentimental*, quando provocado por médico por não haver outro meio de salvar a vida da gestante (artigo 128, I) e; 5) *aborto sentimental* (humanitário ou ético), quando a gravidez interrompida por médico resulta de estupro, desde que o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (artigo 128, II).

Dessas cinco figuras, apenas é assegurado, por lei, o direito ao aborto nas hipóteses de *risco de vida* da gestante ou *estupro*. Sobre o tema, e alertando para a relatividade do direito à vida no ordenamento jurídico, Fachinelli¹⁹ afirma que

[...] O próprio instituto do aborto demonstra e corrobora o afirmado, visto que, diante de quaisquer das situações excepcionais expressas no Código Penal a prática do aborto não é penalizada. De igual forma, a prática do homicídio, desde que em legítima defesa própria ou de outrem, também não é penalizada. Em resumo, o direito à vida é passível de discussão judicial, com as garantias do contraditório e da ampla defesa.

A lei é silente quanto à hipótese de aborto eugênico ou eugenésico, ou seja, aquele *executado ante a suspeita de que o filho virá ao mundo com anomalias graves, por herança dos pais*²⁰. Esse silêncio pode ser interpretado como omissão voluntária do legislador frente a uma questão tão polêmica como o aborto.

Desse modo, ao poder judiciário resta interpretar a lei penal, atentando-se aos princípios constitucionais (*elementos constitucionais essenciais* que condicionam a interpretação à aplicação da lei por um *tribunal supremo*), tais como *vida, liberdade* – da mulher sobre o próprio corpo, *igualdade* – entre homens e mulheres, etc. Nesse sentido, a autorização do aborto de feto anencefálico, sob o prisma jurídico-penal, seria possível por meio de três fundamentações distintas:

[...] a primeira é a de crime impossível; a segunda, de inexigibilidade

¹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. Dos crimes contra a vida. In: Manual de Direito Penal: parte especial – arts. 121 a 234 do CP. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 93.

¹⁹ FACHINELLI, Guilherme Berto Nascimento. O aborto anencefálico e a tutela da dignidade humana na Constituição de 1988. In: Revista Jurídica UNIJUS, Uberaba: UNIUBE/MPMG, V.9, n. 10, Maio 2006, p. 154.

²⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. Obra citada, p. 100.

de conduta diversa; e, por último, a teoria da responsabilidade normativa. Todas elas respaldadas nos princípios constitucionais supramencionados. E tratando-se, especificamente, da abordagem penal, esta há de passar pelo filtro Constitucional, destacando-se o princípio da intervenção mínima. Este, imanente ao Direito Penal recepcionado pela Constituição de 1988, entende que a repressão Estatal só deverá ocorrer no seio da sociedade com a finalidade de proteger os seus bens jurídicos mais relevantes.²¹

Salge²² atenta que o “cerne da questão gira em torno da possibilidade de que o Estado-Juiz venha a decidir sobre o prosseguimento ou não da gravidez, quando, no caso *sub judice*, se constata que o feto é portador de defeitos genéticos”²³.

Ocorre que nem sempre os tribunais e/ou magistrados agem e seguem a *idéia de razão pública*, ao exercer sua função. Do mesmo modo, também o fazem segmentos da sociedade, como magistrados aposentados e professores de direito, ao elaborarem Pareceres (aqui, a pedido de interessados, claro), e representantes religiosos de igrejas. É o que ocorreu em recente caso no Brasil.

Na cidade do Rio de Janeiro, uma mulher gestante, ao descobrir que o fruto de sua gestação era um feto acometido por anencefalia (ausência ou má-formação do cérebro), requereu autorização judicial para interromper a gravidez. O pedido não foi concedido pelo juiz de primeiro grau, ao argumento de que não há previsão legal para essa hipótese. Então, o Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei e vislumbrando, no caso, direito legítimo da postulante, recorreu da decisão ao TJRJ. Nesse Tribunal Estadual, a Relatora Des^a. Giselda Leitão Teixeira concedeu²⁴, em liminar, autorização para a realização da intervenção cirúrgica destinada a promover a interrupção da gravidez, argumentando do seguinte modo:

A hipótese trazida nestes autos não é de fácil solução, eis que, trata-se de uma vida que está em curso, mas, registre-se, fadada, inexoravelmente, ao óbito logo após o parto.

A notícia da vinda de um filho é motivo de imensa alegria. Incontáveis projetos começam a ser traçados, imaginando-se um futuro repleto de alegria e realizações para a família que começa a se formar.

²¹ FACHINELLI, Guilherme Berto Nascimento. O aborto anencefálico e a tutela da dignidade humana na Constituição de 1988. In: Revista Jurídica UNIJUS, Uberaba: UNIUBE/MPMG, V.9, n. 10, Maio 2006, p. 157.

²² SALGE, Cláudia Aparecida. Aspectos criminais do aborto. Revista Jurídica UNIJUS, Uberaba: UNIUBE/MPMG, V.8, n. 9, nov. 2005, p. 236.

²³ Salge (Op. cit., p. 239) constata que “a tendência da jurisprudência atual é no sentido de permitir o aborto de fetos portadores de graves anomalias que, segundo os pareceres médicos, tornariam impossível a sobrevivência”. Mas posiciona-se contra tal tendência, na medida em que afirma que desconsiderar algumas críticas ditas relevantes pode fazer com que o “posicionamento moderno adotado pelos Tribunais e Juízos Monocráticos brasileiros [...] se constituam em verdadeiros alvarás para a prática do crime de aborto”. Dentre essas críticas, Salge (Op. cit., p. 239-243) explicita as seguintes: 1) “a lei penal apenas autoriza a interrupção da gravidez nos casos previstos no art. 128, não se encontrando acobertado pela permissiva o abortamento de feto com anomalias”; 2) “tais precedentes poderiam abrir espaço para que os magistrados se pronunciem em casos similares ou para permitirem o aborto por outros motivos que acreditam suscetíveis de sustentar a legitimidade da interrupção seletiva da gravidez”; 3) “a ninguém é dado o direito de decidir pela eliminação de um ser humano, por entender pela indignidade de sua vida”; 4) “a vida intra-uterina deve ser tratada com o mesmo respeito que a vida fora do útero materno”.

²⁴ Decisão liminar cautelar na Apelação n. 5.208-03, Segunda Câmara Criminal/TJRJ.

Mas, sobrevindo a notícia de que o feto padece de patologia irreversível e incontornável, fácil imaginar-se o desespero, a tristeza que toma conta dos pais. Saber que se traz no ventre um ser tão amado, mas fadado à morte tão logo nasça.

Louve-se a iniciativa do casal que, ao invés de recorrer à ilegalidade, buscou junto ao Judiciário obter a interrupção da gravidez.

Não se pode ficar insensível ao sofrimento desta mãe. Mais do que qualquer outra pessoa, a apelante busca um fim ao seu sofrimento, positivado cabalmente nos autos às fls. 12 pelo atestado médico que se refere a ‘estado emocional abalado, necessitando de cuidados especiais’.

A anencefalia do feto é atestada pelo documento juntado às fls. 13, que **‘apresentando feto com malformação grave do sistema nervoso central (cabeça fetal) com ausência de calota craniana e cérebro rudimentar’**, concluindo que **‘é incompatível com a vida pós-natal’**.

A vida é bem a ser preservada a qualquer custo. Mas e quando a vida torna-se inviável, pois é certo que o bebê em gestação não sobreviverá após o parto?

É justo condenar-se a mãe a meses de sofrimento, de angústia, de desespero, quando, desde logo, já se sabe que o feto está condenado de forma irremediável ao óbito, logo após o parto?

Não se trata de doença, mas de um embrião sem cérebro.

Desesperados, os pais vêm às portas do Judiciário buscar uma solução legal para o sofrimento que sobre eles se abateu. Buscam a legalidade, o que demonstra nobreza de sentimentos e obediência à ordem jurídica vigente. Nada de agir às margens da lei, porque nada têm a esconder: tornam público o drama que sobre eles se abateu e clamam por uma solução que ponha fim ao sofrimento e à angústia.

Louve-se a sensibilidade da Promotora Dra. Soraya Taveira Gaya que, com lucidez e desassombro, manifestou-se favoravelmente ao pedido formulado pelo casal, ilustrando sua manifestação com fotos e texto informativos sobre o doloroso tema da anencefalia. São de Promotores assim, dotados deste espírito público que a sociedade necessita. Atuam sem alarde, mas lucidamente opinam como lhes parece correto, sem preocupação com as eventuais críticas que possam advir pelo desassombro. Promovem verdadeiramente a Justiça!

Não se pode impor à gestante o insuportável fardo de, ao longo de meses, prosseguir na gravidez já fadada ao insucesso. A morte do feto, logo após o parto, é inquestionável. Logo, infelizmente nada se pode fazer para salvar o ser em formação.

Assim, nossa preocupação deve ser para com o casal, em especial com a mãe, que padece de sérios problemas de ordem emocional ante o difícil momento por que passa.²⁵ (original sem negritos)

Entretanto, antes mesmo da publicação oficial da decisão monocrática da Relatora Des^a. Giselda Leitão Teixeira – em sede de Cautelar na Apelação nº 5.208-03, Segunda Câmara

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.025-6. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, 04 de março de 2004. Diário da Justiça, Brasília, DF, p. 04, 25 de jun. 2004.

Criminal/TJRJ – concedendo o direito à interrupção da gravidez, conforme artigo publicado no jornal “O Globo”, os advogados Carlos Brazil (Desembargador aposentado do TJRJ) e Paulo Silveira Martins Leão Junior recorreram da decisão, pela via do Agravo Regimental, requerendo modificação da liminar e, em consequência, proibição da interrupção da gravidez. Então, o Des. José Carlos Schmidt Murta Ribeiro, presidente dessa Segunda Câmara Criminal (pelo fato de a Relatora ter saído de férias um dia antes da interposição do Agravo Regimental), reexaminou a questão e suspendeu a cautelar que concedera o direito à interrupção da gravidez. E, assim, restou suspensa a cautelar até que o plenário do TJRJ julgasse o Agravo Regimental.

Enquanto isso, e antes da decisão definitiva ser proferida pela Segunda Câmara Criminal do TJRJ, um padre, presidente de uma associação em defesa da vida, residente em outro Estado Membro da federação, recorreu da decisão cautelar ao STJ (Superior Tribunal de Justiça), por meio de *Habeas Corpus*, em defesa do feto. O STJ, pela sua Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, desprezando o requisito processual de “aguardo da decisão definitiva pelo TJRJ”, conheceu do *Habeas Corpus* impetrado e o proveu, determinando a proibição de interrupção da gravidez, pelos motivos tão-somente formais que se seguem, dentre outros:

3. A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia in malam partem. Há de prevalecer, nesses casos, o princípio da reserva legal.

4. O legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador.²⁶

Finalmente, frente a essa decisão, uma pessoa e duas associações vinculadas ao estudo e movimento sobre questões de gênero, impetraram *Habeas Corpus* perante o Supremo Tribunal Federal – STF, alegando: 1º. coação da liberdade pela proibição de interrupção da mal sucedida gestação; 2º. inoportunidade do crime de aborto; 3º. necessidade de tutela à saúde física e mental da gestante; 4º. desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Esse recurso, processado sob nº 84.025-6, recebeu do Ministro Relator, Joaquim Barbosa, lúcida decisão e veemente repúdio aos descasos processuais:

Abro aqui um pequeno parêntese para mais uma vez tentar deixar explícita a forma como tramitou a apelação interposta pela paciente ao Tribunal de Justiça carioca. Parece-me evidente que nenhuma dessas peripécias processuais exóticas teria ocorrido se estivéssemos diante de uma questão desprovida de paixões, de convicções filosóficas, morais e políticas arraigadas.

Pois bem. Ao receber o recurso de apelação da paciente, a desembargadora relatora deferiu a liminar, autorizando a paciente a realizar o aborto.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.025-6. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, 04 de março de 2004. Diário da Justiça, Brasília, DF, p. 04, 25 de jun. 2004.

Inconformados com a decisão monocrática, CARLOS BRAZIL e PAULO SILVEIRA MARTINS LEÃO JUNIOR, advogados, estranhos ao processo, interpuseram agravo regimental, mesmo sendo partes ilegítimas e não tendo qualquer interesse jurídico na demanda, e apenas invocando o direito constitucional de petição e o art. 5º, XXXV, da Constituição. O Presidente da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça conheceu do recurso e, violando o princípio do juiz natural, cassou liminarmente a decisão da desembargadora relatora da apelação. Ao final, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento ao agravo regimental, conformando a decisão monocrática da desembargadora relatora.

Destaco, para fins de elucidação dessa esdrúxula situação, um trecho do voto da desembargadora quando do julgamento do agravo regimental:

“Sem que a decisão fosse publicada no Diário Oficial, com base em reportagens publicadas em jornais, os agravantes interpuseram este agravo regimental, **dirigido à esta relatora, em obediência ao previsto no Regimento Interno deste Tribunal (art. 200, §2º)**, requerendo a reconsideração da decisão agravada e, submetida ao Colegiado fosse reformada, invocando o argumento de defesa da vida.

[...] No mesmo dia (fl. 80), outro Desembargador desta Câmara, ao argumento de que o único presente era seu Presidente, suspendeu a autorização concedida por esta relatora, mas determinando o envio dos autos à relatora, mesmo de férias, para apreciar a hipótese de julgamento.

[...] Logo, resta incompreensível a invasão de competência perpetrada nestes autos, eis que **não há hierarquia entre Desembargadores da mesma Câmara; um não pode revogar a decisão de outro** e, para quem leu nos jornais a notícia de revogação da decisão de um Desembargador por outro, ficou a falsa impressão de que há hierarquia entre os Desembargadores e que o Presidente da Câmara tudo pode.”

Concomitantemente, LUIZ CARLOS LODI DA CRUZ, sacerdote da Igreja Católica e presidente da ONG Pró-Vida, com sede em Anápolis-GO, impetrou, também contra a concessão da liminar pela relatora, habeas corpus ao Superior Tribunal de Justiça.

A impetração do habeas corpus àquela Corte visava, portanto, a atacar a decisão monocrática da desembargadora do Tribunal de Justiça carioca que concedera a liminar em favor da ora paciente.²⁷ (original sem negritos)

Em resumo, no STF, o Ministro relator concedeu, em medida liminar, a autorização para interrupção da gravidez. Entretanto, o processo já havia se arrastado pelo tempo, de modo que a criança nasceu e viveu por sete minutos, vindo a falecer logo em seguida. A ação proposta perdera, por isso, seu objeto, nem chegando a ser votada pelo colegiado do STF²⁸.

A discussão do direito ao aborto foi realizada em um espaço público (poder judiciário), mobilizando associações, cidadãos, magistrados, representantes do executivo (Ministério Público) e outros funcionários públicos, embora se tratasse de um caso isolado em questão. Nessa

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.025-6. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, 04 de março de 2004. Diário da Justiça, Brasília, DF, p. 04, 25 de jun. 2004.

²⁸ Salge (2005, p. 237) concluiu no seguinte sentido: “Esse caso demonstrou que as frequentes divergências dos julgadores, na espécie, e a demora na tramitação dos feitos tornam impossível a prestação jurisdicional tempestiva, já que a gestação perdura apenas por nove meses”.

discussão, cidadãos com base em concepções *políticas de justiça* e em *doutrinas abrangentes* fizeram-se presentes e defenderam o direito à vida do feto em oposição à liberdade e integridade física e mental da gestante. Magistrados infringiram *leis legítimas*²⁹ que regulamentam o processo judicial, para defenderem uma doutrina abrangente contrária à concessão do aborto, mesmo em casos de má formação grave do feto (ausência de cérebro)³⁰.

Como consequência, a duração irrazoável do processo e os argumentos ilegítimos e ilegais de alguns magistrados e cidadãos conduziram e determinaram o fim do processo sem a apreciação definitiva acerca da concessão do direito ao aborto em casos de anencefalia.

O modo como foi conduzido o processo judicial demonstrou que a *razão pública* esteve longe da atuação de funcionários públicos e cidadãos, o que constitui um óbice à efetivação da *democracia deliberativa*, assim como da aplicação da *justiça como equidade*, primeiro pela impropriedade dos meios, e segundo pela irrazoabilidade dos fins, além de ficar patente o quão é gravoso para a sociedade a falta de conhecimento dos cidadãos, que poderiam intervir socialmente (enquanto corpo coletivo) na definição razoável acerca do direito ao aborto.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da malha conceitual ralswiana, pode-se inferir que uma *sociedade democrática constitucional* é desejável do ponto de vista da *razoabilidade* e da *reciprocidade*. Isso se dá pelo fato de que em uma *sociedade constitucional democrática* as pessoas são tidas como cidadãos iguais e livres e participantes da ordenação da vida coletiva por meio de *leis legítimas*, ou seja, idealmente desejadas mesmo quando em oposição à convicção individual baseada em *doutrina abrangente*.

Acresce acentuar que, em um Estado de Direito laico, como é o caso do Brasil, o julgador, ao apreciar questões levadas ao judiciário, não deve decidir com base em sua convicção religiosa (doutrina abrangente), mas, sim, em conformidade com o ordenamento jurídico (leis legítimas).

²⁹ Consideramos como lei legítima, as leis processuais no Brasil, vez que ratificam os princípios garantidores do devido processo legal, tais como juiz natural; contraditório, ampla defesa, duração razoável do processo, dentre outros, típicos dos estados constitucionais modernos. Ou seja, razoavelmente, qualquer cidadão pensando-se idealmente como legislador optaria por esse sistema processual, muito embora nem sempre ele se concretize, por razões que não serão apreciadas neste trabalho.

³⁰ A questão, muito embora tenha sido tratada por julgadores e peticionários como uma questão moral, chegou ao judiciário como uma questão de direito, mais especificamente de direito à saúde. Sobre o direito à saúde, Azevedo (*In Direitos humanos e direitos à saúde*. Revista Jurídica UNIJUS, Uberaba: UNIUBE/MPMG, V.10, n. 12, Maio 2007, p. 172-173) distinguindo “direitos humanos à saúde” de “direitos à saúde” afirmou que: “Direitos humanos à saúde são direitos que razoavelmente demandamos sobre os governos, ancorados no desejo moral de arranjos políticos que protejam os desafortunados e garantam (por humanidade) ações públicas em benefício dos que, por várias razões, são ou se tornaram incapazes de garantir, sem o apoio e solidariedade dos demais, os meios para a promoção, proteção ou recuperação de sua própria saúde (e/ou daqueles sob sua responsabilidade). Direitos *humanos* à saúde são reivindicações políticas atuais, ancoradas nos princípios humanitários declarados pelos manifestos, e dirigidas aos governos. (...) Direitos à saúde que não satisfaçam a condição que os tornaria ‘humanos’ são direitos efetivos que, caso todavia não os tivéssemos em comum (isto é, caso não existisse um arranjo legal ou constitucional que os declarasse como direitos sociais), poderíamos deixar de possuí-los sem que houvesse ofensa à nossa dignidade (ou seja, não estaríamos, sem eles, sujeitos ao infortúnio e ao risco de vivermos sob uma condição miserável ou ‘desumana’).”

Então, na perspectiva teórica de John Rawls, faz-se necessária a difusão do conhecimento na sociedade, bem como a manifestação de vontade dos funcionários públicos em agir de acordo com a razão pública, para que a produção dos atos estatais se dê conforme a vontade da maioria, não pelo simples fato de constituir superioridade numérica, mas porque a vontade da maioria corresponde aos interesses humanos de uma sociedade livre e com igualdade de oportunidades entre todos.

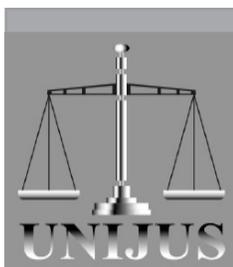
5. ABSTRACT

This article pretend to apply the notions of public reason and of justice as fairness, on Rawl's conception, the theme of the abortion's right into the Brazil. Analyzed the brasilian criminal law and the Habeas Corpus nº 84.025-6 – STF.

Key-words: *Public Reason. Justice as Fairness. Abortion's Right. Constitutional Democracy.*

6. REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Marco Antônio Oliveira de. Direitos humanos e direitos à saúde. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba: UNIUBE/MPMG, V.10, n. 12, Maio 2007, p.151-176.
- BONELLA, Alcino Eduardo; OLIVEIRA, Joviniano José Rezende. A teoria da justiça de Rawls. In: **Revista Horizonte Científico**. Uberlândia: PROPP/UFU, vol. 2, 2003. Disponível em: < <http://www.propp.ufu.br/revistaeletronica/>>. Consulta em: 28 dez. 2006.
- BRASIL. [Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940](#), institui o Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31/dez. 1940.
- FACHINELLI, Guilherme Berto Nascimento. O aborto anencefálico e a tutela da dignidade humana na Constituição de 1988. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba: UNIUBE/MPMG, V.9, n. 10, Maio 2006, p.153-160.
- MELO, Frederico Alcântara de. **John Rawls: uma noção de justiça**. Lisboa: FDUNL, 2001.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Dos crimes contra a vida. In: **Manual de Direito Penal: parte especial – arts. 121 a 234 do CP**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 59-102.
- RAWLS, John. A idéia de razão pública revista. In: **O direito dos povos**. 1.ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 171-235.
- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº2003.050.05208. Segunda Câmara Criminal. Relatora: Desembargadora Giselda Leitão Teixeira, 25 de novembro de 2003. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, s/p., 23 de mar. 2004.
- SALGE, Cláudia Aparecida. Aspectos criminais do aborto. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba: UNIUBE/MPMG, V.8, n. 9, nov. 2005 p. 219-244.
- STF – Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.025-6. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, 04 de março de 2004. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, p. 04, 25 de jun. 2004.



FORMAS DE GARANTIR O ACESSO À JUSTIÇA E SUA EFETIVIDADE

Viviane Saud Sallum Gonçalves¹

RESUMO

O Objetivo deste artigo é analisar alguns dos instrumentos de democratização da justiça que garantem o direito ao seu acesso pela população, em especial por parte do jurisdicionado hipossuficiente. Esse desiderato será feito a partir da análise de atuação do Poder Judiciário por meio dos Juizados Especiais, bem como da análise da instituição destinada a assegurar esse direito (Defensoria Pública), e pelo instituto processual da legitimidade extraordinária. Dessa forma, pretende-se verificar como a garantia do exercício do acesso à justiça contribui para a efetividade da tutela jurisdicional prestada, e faz valer o sentido de pacificação social.

Palavras-chaves: Acesso à justiça. Democratização da Justiça. Defensoria Pública. Juizados Especiais. Legitimidade Extraordinária.

SUMÁRIO

1. Introdução – 2. Juizados Especiais – 2.1. Evolução histórica dos Juizados Especiais – 2.2. Importância da criação dos Juizados Especiais – 2.3. Movimento pela Conciliação – 2.4. Juizado Especial Estadual de Uberaba/MG e análise quanto à sua efetividade – 3. Aspectos gerais das Defensorias Públicas – 3.1 Da assistência jurídica – 3.2 Da Defensoria Pública – 4. Legitimidade extraordinária – 4.1 O surgimento de um Direito Processual Coletivo – 4.2 A legitimidade extraordinária no Processo Civil Brasileiro – 4.3 Aspectos gerais e natureza jurídica da legitimidade extraordinária – 5. Considerações finais – 6. *Abstrat* – 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Pode-se dizer, pois, sem exagerar, que a nova Constituição representa o que de mais moderno existe na tendência universal rumo à diminuição da distância entre o povo e a justiça.

Ada Pellegrini Grinover

Uma sociedade organizada somente prossegue no tempo e no espaço se construída sobre uma ordem jurídica justa e democrática. Para isso, em grande medida, depende da possibilidade real de o Poder Judiciário dirimir com prontidão e efetividade as divergências que naturalmente surgem no seio da comunidade. Assim, torna-se inafastável e inegável a relação do Estado Democrático de Direito e sua busca permanente pela *efetividade* do processo

¹ Advogada. Graduada pela UNIUBE em 2004. Conciliadora no Juizado Especial Estadual de Uberaba/MG.



judicial em busca da paz social. Tal relação se perfaz, em nosso ordenamento constitucional, com a consagração do Direito Fundamental expresso no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, conhecido como Princípio da Inafastabilidade do Judiciário.

É diante dessas premissas introdutórias que se aponta o objetivo deste artigo, voltado para a realização de uma análise crítica e pragmática de alguns instrumentos de democratização da Justiça, consistentes nos mecanismos que propiciam o exercício do direito de acesso à justiça.

É histórico, como veremos, a preocupação com a extensão e a efetividade desse direito de acesso à justiça. E não se pretende, neste estudo, esgotar, de forma absoluta, toda a doutrina dispensada para esse relevante tema. O objetivo deste artigo é menos ousado. Consiste em expor alguns mecanismos que garantem o acesso à justiça, especialmente por parte da população carente. O primeiro mecanismo a ser analisado será o Juizado Especial (que faz parte do Poder Judiciário), em seguida, as Defensorias Públicas (como órgão essencial à jurisdição, e que teve sua solidificação com a Emenda Constitucional 45/2004). Por fim, será abordado o instituto da legitimidade extraordinária, como meio de acesso à justiça, nos processos coletivos.

2. JUIZADOS ESPECIAIS

2.1. Evolução histórica dos Juizados Especiais

Os Juizados Especiais não são novidades no sistema jurídico brasileiro. Sua gênese remonta a década de oitenta, precisamente no seu início quando o primeiro Conselho de Conciliação e Arbitragem, instalado no Rio Grande do Sul, passou a ter competência para decidir, extrajudicialmente, causas com valor até 40 ORTNs – que, na época, correspondiam a 4,76 salários mínimos.

No âmbito federal, a iniciativa de criação dos Juizados Especiais partiu do Ministério da Desburocratização. Assim, em 1984, foi aprovada a Lei 7.244/84, de Hélio Beltrão e Piquet Carneiro, que instituiu os Juizados de Pequenas Causas e definiu os princípios norteadores de seu procedimento.

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, os Juizados Especiais passaram a fazer parte da estrutura do Poder Judiciário, conforme redação do artigo 98, I, da Constituição Federal. Entretanto, sua regulamentação legislativa só ocorreu em 1995, com a promulgação da Lei 9.099/1995 – Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Essa lei introduziu no ordenamento jurídico um novo sistema, na verdade um microsistema de natureza instrumental, e de instalação e funcionamento constitucionalmente obrigatório para a União, o Distrito Federal, os Territórios e os Estados federados.

Com esse novo microsistema, várias mudanças sobrevieram. Por exemplo, a lei subtraiu a expressão “pequenas causas”; ampliou as competências dos Juizados Estaduais para causas de até 40 salários mínimos, bem como o rol das competências materiais; e estendeu a competência para a área criminal.

Recentemente, a Lei n. 10.259/2001 instituiu os Juizados Especiais Federais, cujas competências são para causas de valor não excedente a 60 salários mínimos.

Surgiu, assim, uma nova forma de o Estado prestar serviços jurisdicionais, cujas

intenções primárias consistem em ser apta a proporcionar uma tutela simplificada, econômica e rápida.

2.2. Importância da criação dos Juizados Especiais

A sistemática dos Juizados surgiu da constatação de que o jurisdicionado envolvido em causa de baixo valor econômico, ou de menor complexidade não encontrava no Poder Judiciário a possibilidade de respostas rápidas. Assim, o conflito levado a juízo não era solucionado por razões diversas, seja por força das custas processuais, seja pela morosidade ou excesso de formalismo. Havia, nesse momento, dois fatores fortes que inviabilizavam uma prestação jurídica justa: a inacessibilidade do jurisdicionado hipossuficiente, e a própria crise do judiciário, caracterizada pela litigiosidade contida.

Essa nova forma de prestar jurisdição foi de extrema valia, pois trouxe relevantes modificações de cunho legislativo e prático. Primeiramente, significou grande avanço legislativo, de fundamento Constitucional, cujos efeitos foram reestruturantes, revelados por um microsistema pautado na agilidade e na informalidade. Além disso, essa lei representou o revigoramento da legitimação do Poder Judiciário, e verdadeira revolução da cultura jurídica brasileira.

Até então se vivia num sistema único de soluções autoritárias de conflitos intersubjetivos, dado por meio de uma decisão judicial. Com a renovação legislativa adentrou-se num sistema de composição, de solução amigável como forma alternativa de prestação de tutela pelo Estado-Juiz.

Em razão disso, motivados pela necessidade de ampliar o acesso à justiça para a população, os Juizados Especiais (sem a intenção de resolver o problema que afetava e, ainda, afeta o judiciário – a morosidade na prestação jurisdicional), teve como destinatário, em especial, aquele cidadão comum que deixava de recorrer à justiça.

Kazuo Watanabe² defende o surgimento dos Juizados Especiais como forma de eficaz acesso à justiça, senão vejamos:

Essa nova forma de prestar jurisdição significa, antes de tudo, um avanço legislativo de origem eminentemente constitucional, que vem dar guarida aos antigos anseios de todos os cidadãos, especialmente aos da população menos abastada, de uma justiça apta a proporcionar uma prestação de tutela simples, rápida, econômica e segura, capaz de levar à liberação da indesejável *litigiosidade contida*. Em outros termos, trata-se, em última análise, de mecanismo hábil na ampliação do *acesso à ordem jurídica justa*.

Ainda sobre a importância do surgimento dos Juizados Especiais Estaduais com o advento da Lei 9.099/1995, Joel Dias Figueira Júnior³ diz:

Estamos diante não apenas de um novo sistema apresentado ao mundo jurídico. Esta lei representa muito mais do que isso, visto que significa o revigoramento

² WATANABE, Kazuo. **Finalidade maior dos Juizados Especiais Cíveis**. Publicado na revista *Cidadania e Justiça* (publicação AMB), ano III, n. 7, 2º semestre 1999, p. 32 e seguintes.

³ TOURINHO NETO, Fernando da Costa e FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. 4 ed. reform., atual., e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 44.

da legitimação do Poder Judiciário perante o povo brasileiro e a reestruturação (ou verdadeira revolução) de nossa cultura jurídica, porquanto saímos de um mecanismo (entravado em seu funcionamento mais elementar e desacreditado pelo cidadão) de soluções autoritárias dos conflitos intersubjetivos (decisão judicial da lide) para adentrar a órbita da composição amigável como forma alternativa de prestação da tutela pelo Estado-Juiz.

Denota-se que o implemento dos Juizados Especiais foi um grande avanço para que houvesse maior efetividade quanto ao acesso à justiça por parte daquele que se julgava à margem da tutela jurisdicional tradicional.

Nesse contexto, é oportuno ressaltar que os Juizados Especiais contribuem para a agilização das soluções dos conflitos interpessoais sociais, facilitando o acesso à justiça, pois há, no Brasil, aproximadamente 2.559 Juizados Especiais Cíveis e Criminais, e foram ajuizados cerca de 1.096.871 processos (pedidos iniciais).

A título de exemplo, no Paraná há 218 Juizados Especiais Cíveis e Criminais, e foram ajuizados 26.187 processos, sendo solucionados 113.222 do total de pedidos ajuizados. Já, no Estado de São Paulo, os Juizados Especiais atendem 50 % da demanda da Justiça. Além disso, esse Estado implementou em sua estrutura judiciária os denominados Juizados Especiais Itinerantes, através de unidades móveis do Tribunal de Justiça, as quais se deslocam para os bairros mais distantes e com alta densidade populacional.

Por esses dados podemos afirmar que os Juizados Especiais Estaduais, além de comprovar o acerto técnico simplificado – já que os estudos sobre Direito Processual sustentam que o modelo dos juizados será a justiça do futuro –, são de extrema importância para auxiliar e amparar aqueles do povo (hipossuficientes) que buscam proteção jurisdicional.

Em suma, sua estratégia fundamental foi a adoção de procedimentos processuais diversificados e, todos, desburocratizados, que se materializam na facilitação do acesso à justiça, expressados por meio da eficiência na solução dos conflitos intersubjetivos.

A atual legislação facilita esse acesso pela possibilidade de ingresso direto no Juizado especial; pela gratuidade; pela simplificação dos atos; e, sobretudo, pela celeridade. Aliás, a sistemática dos Juizados, expressa no artigo 2º da lei 9.099/1995, é orientada pelos princípios da simplicidade, por meio da informalidade e oralidade, pelos princípios da economia e celeridade e por fim, pela busca permanente da conciliação. De forma especial, ganha importância esse último item: conciliação – mesmo que, ainda, não estimulada no tradicional sistema de graduação em Direito.

2.3. Movimento pela Conciliação

Etimologicamente, o termo conciliação, “*conciliationem*”, deriva do latim e significa harmonização de litigantes. Tecnicamente, no âmbito dos Juizados Especiais, consiste na primeira audiência que se realiza perante um conciliador, sem a presença do Magistrado, mas sob sua supervisão, ou pelo próprio juiz, na qual as próprias partes são instadas a solucionar

rem seus conflitos. Sobrevindo acordo, acarretará a extinção da lide, por meio de sentença homologatória de mérito.

Como bem explica Joel Dias Figueira Júnior⁴,

[...] na conciliação, o terceiro imparcial chamado a mediar o conflito – o conciliador – não só aproxima as partes como ainda realiza atividades de controle das negociações, aparando as arestas porventura existentes, formulando propostas, apontando as vantagens ou desvantagens, buscando facilitar e alcançar a autocomposição.

A essência dessa fase é a busca pela pacificação social, ou seja, a missão do conciliador ou do juiz é romper com a idéia de composição da lide por meio de sentença de procedência ou improcedência do pedido inicial. Com a conciliação, não é só a própria lide que se extingue amigavelmente; não raras vezes é, também, solução do conflito sócio/psicológico do postulante ou do inadimplente que, assim, fica apaziguado.

Relevante a atuação do Conselho Nacional de Justiça, que, em 23 de agosto de 2006, por seus conselheiros, lançou o movimento pela conciliação. Esse tipo de iniciativa, em especial no âmbito dos Juizados Especiais, fortalece a participação da sociedade no Judiciário. Trata-se de fator complementar à pacificação social.

A conciliação já estava prevista desde 1824, e também no Código Comercial de 1850. A razão de sua importância é simples: com a conciliação, os resultados almejados estarão mais próximos das partes conflitantes, além de representar economia de tempo e dinheiro para a estrutura judiciária.

Nas exatas palavras de Joaquim Falcão⁵:

Ampliar os Juizados Especiais é ampliar o próprio acesso à justiça, e conseqüentemente diminuir a violência e aumentar a paz social. Pois, infelizmente há uma relação perversa. Quanto menos as pessoas acreditam na justiça, e quanto menos tem acesso a ela, mais a violência aumenta. Há uma relação de eficiência da justiça à paz social.

Hoje, os Juizados Especiais são uma realidade como forma simples e rápida de solução dos conflitos. Eles formalmente representam a ampliação do acesso à justiça, acolhendo casos que até então ficavam à margem da apreciação pelo poder judiciário. Em 2008, a campanha “Conciliar é legal”, veio fortalecer ainda mais a busca pela pacificação social.

Assim, é notória a fecundidade dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais; eles estão efetuando uma revolução no Poder Judiciário, e podem se tornar o grande marco da justiça brasileira na democratização do acesso pelos jurisdicionados, em especial pelos hipossuficientes – como já dito.

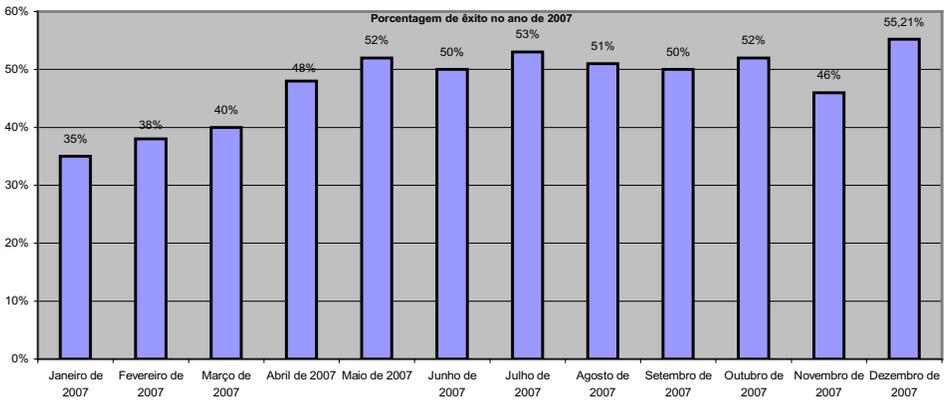
2.4. Juizado Especial Estadual Cível de Uberaba/MG e análise quanto sua efetividade na conciliação

⁴ TOURINHO NETO, Fernando da Costa e FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. 4 ed. reform., atual., e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

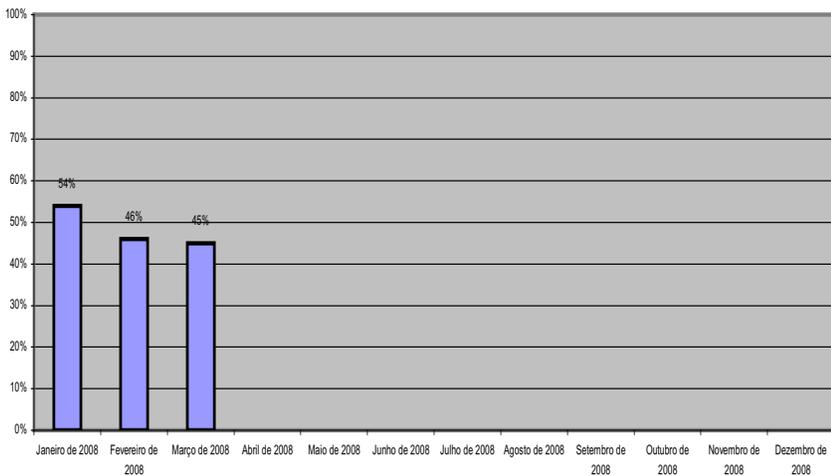
⁵ Revista Jurídica Consulex. Ano X – nº232. in “Movimento pela conciliação”. P.38/40.

O Juizado Especial Estadual Cível de Uberaba/MG é um referencial para os demais Juizados de Minas Gerais, em razão do trabalho desenvolvido, especialmente pela conciliação. As audiências de conciliação são realizadas por conciliadores, sob a supervisão do Magistrado. Os conciliadores, que em sua maioria são voluntários, são orientados a desenvolverem seus trabalhos visando a concretização da almejada pacificação social, ou seja, a busca de um acordo efetivo. A realização de um acordo não quer dizer apenas a diminuição do volume de processos aguardando a prestação jurisdicional, mas, sobretudo, o fim de um conflito social anteriormente instalado. Com o acordo, estanca-se a litigiosidade contida, e sobrevém a realização da justiça pelas próprias partes.

Para corroborar tal assertiva vejamos os números das audiências de conciliações que obtiveram êxito no ano de 2007, e em alguns meses de 2008⁶:



Porcentagem de êxito no ano de 2008



⁶ Dados fornecidos pela conciliação do Juizado Especial Estadual de Uberaba/MG.

Os dados acima nos permitem afirmar que no Juizado Especial Cível e Criminal, Estadual, de Uberaba, há cumprimento das finalidades dispostas na Lei n. 9.099/95, vez que o êxito das conciliações traduz na solução dos conflitos realizada pelos próprios jurisdicionados, afastando, com isso, a imposição de uma tutela jurisdicional.

Por outro lado, em análise geral desse sistema judiciário no país todo, a realidade que se apura sobre os juizados, qual seja a de ser uma justiça célere e efetiva, é que, ainda, está distanciado de sua intenção inicial. Isso porque, como sabido, há Estados federado em que os Juizados Especiais estão tão assoberbados quanto a Justiça Comum.

Esse atual contexto fático, que vem descaracterizando os juizados (pois estão se equiparando à justiça comum), está a exigir uma releitura da forma de prestação de justiça. É necessário avançar nas buscas de melhores formas de prestação da tutela jurisdicional. Para tanto alguns paradigmas não de ser superados a fim de que possa fomentar a implementação da chamada justiça participativa e coexistencial.

3. ASPECTOS GERAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

3.1. Da assistência jurídica

Desde os tempos antigos, percebe-se a preocupação em se garantir a assistência judiciária. Há relatos de que desde a era pré-cristã havia preocupação com a prestação da assistência judiciária prevista no Código de Hamurabi.

Nos tempos contemporâneos, houve um movimento evolutivo encabeçado por Cappelletti e Garth, intitulado de *primeira onda*, que prestigiou a assistência judiciária, visando ao aprimoramento do acesso dos pobres à Justiça, por meio da prestação gratuita de serviços judiciais.

Isso traduz a preocupação com a realidade social, na qual a grande maioria das pessoas não aciona o judiciário por não terem condições de arcar com as custas processuais, bem como pela impossibilidade de contratação de profissional qualificado para defender seus interesses em juízo. Tudo isso, de fato, impede e dificulta o acesso à justiça.

Como bem ressalva Pedro Lenza:

Em razão das características do sistema do *laissez-faire* dos séculos XVIII e XIX, motivadoras do absentismo do Estado Liberal burguês, a garantia do *acesso à justiça* era vista como um “direito” apenas formal, egoisticamente reservada aos mais abastados que pudessem arcar com as custas processuais.

E mais, ainda segundo referido autor:

[...] a realidade percebida nos dias atuais é que a grande maioria das pessoas não tem condições de arcar com as custas do processo, não só do processo “judiciário”, como qualquer outro tipo de procedimento que envolva o dispêndio de dinheiro para sua realização, bem como a impossibilidade de contratação de profissional qualificado para defender os seus interesses, dificultando, portanto, o *acesso à justiça*.

No Brasil, o sistema de assistência jurídica concebida sofreu relevantes variações desde sua implementação, seja no âmbito Constitucional, seja quanto à legislação ordinária, e acompanhou a história política do nosso país, e a evolução da nossa concepção de cidadania.

Em linhas gerais, o estudo da assistência jurídica no Brasil pode ser realizado em três momentos: um primeiro, até a promulgação da Lei 1060/1950, que, pela primeira vez, regulamentou a assistência judiciária; um segundo, compreende a década de 50 até a promulgação da Constituição Federal de 1988; por fim, um terceiro, é marcado pelas mudanças da própria constituição de 1988.

No histórico constitucional brasileiro, a assistência judiciária só foi consagrada como direito constitucional com o advento da Constituição de 1934.⁷

Esse direito fundamental foi abstraído na Constituição de 1937, reaparecendo na Constituição de 1946, sendo finalmente consagrado pela Constituição de 1988, em seu artigo 5º, LXXIV, consistente na assistência jurídica integral e gratuita.

Em sede de lei ordinária, a Lei n.1.060/1950 foi o grande marco na prestação dos serviços de assistência jurídica – ainda com o nome de assistência judiciária –, porque, apesar de esculpido em seu texto preceito que não caracterizava a assistência jurídica como dever do Estado, nem o acesso à justiça como direito fundamental para o exercício da cidadania, nela ficaram definidos princípios que acompanham a instalação e o funcionamento da assistência jurídica até aos dias atuais, tais como o conceito de *beneficiário* e *necessitado*, assim como os limites dessa prestação, materializados no artigo 2º, parágrafo único.

Em que pese à sua relevância e importância para o fortalecimento do direito do acesso à justiça, essa legislação deixou lacunosa a questão da obrigatoriedade da prestação da assistência por parte do Estado.

Aos poucos, o serviço da assistência jurídica foi se configurando como dever do Estado, especialmente com os novos contornos trazidos pela Constituição de 1988, chamada de “Constituição Cidadã”, que incorporou em seu sistema jurídico brasileiro não somente os direitos dos cidadãos, mas, também, a garantia da efetividade desses direitos. Nesse rol encontra-se o direito de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República.

Seguindo as tendências apontadas pelo movimento de acesso à justiça, o artigo 5º da Constituição Federal garante o exercício desse direito, impondo ao Estado o dever de prestar assistência jurídica, o que de fato implicou uma ampliação desse serviço. Assim, a assistência jurídica brasileira está alicerçada pelos princípios constitucionais do Estado de Direito, sob o qual está instituído nosso sistema democrático, que compreende os seguintes princípios: igualdade, amplo acesso à justiça, e o devido processo legal.

Essa ampliação significa garantir não só o acesso da população carente às instituições jurídicas, mas, também, que o Estado deve oferecer orientação jurídica abrangente, a fim de garantir a efetiva igualdade. Nos dizeres de Kazuo Watanabe,⁸

⁷Art. 11: “A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais, e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos” – Pedro Lenza p. 492.

⁸ WATANABE, Kazuo. **Finalidade maior dos Juizados Especiais Cíveis**. Publicado na revista *Cidadania e Justiça* (publicação AMB), ano III, n. 7, 2º semestre 1999, p. 32 e seguintes.

[...] a efetiva igualdade supõe, antes de mais nada, um nivelamento cultural, através de informação e orientação, que permite o pleno conhecimento da existência de um direito. Em seguida, vem o problema da paridade de armas na disputa em juízo.

Neste sentido, o Estado assumiu, formalmente, a responsabilidade pela prestação da assistência jurídica aos necessitados. E isso está sendo concretizado, em âmbito constitucional, com a criação e instalação das Defensorias Públicas (como instituição essencial à função jurisdicional do Estado), ao lado do Ministério Público e da Advocacia (esta última, como atividade indispensável à administração da justiça).

Hugo Mazzilli, reconhecendo que o acesso à Justiça é um dos valores fundamentais da própria democracia, constata: “*Entretanto, a possibilidade de acesso à Justiça não é efetivamente igual para todos: são gritantes as desigualdades econômicas, sociais, culturais, regionais, etárias, mentais*”⁹.

É oportuno ressaltar a diferença conceitual entre os termos “acesso à justiça” e “assistência judiciária”.

Como ensina o professor Ernesto Lippmann¹⁰,

A assistência judiciária não se confunde com justiça gratuita. A primeira é fornecida pelo Estado, que possibilita ao necessitado o acesso aos serviços profissionais do advogado e dos demais auxiliares da justiça, inclusive os peritos, seja mediante a defensoria pública ou da designação de um profissional liberal pelo Juiz. Quanto à justiça gratuita, consiste na isenção de todas as despesas inerentes à demanda, e é instituto de direito processual. Ambas são essenciais para que os menos favorecidos tenham acesso à Justiça, pois ainda que o advogado se abstenha de cobrar honorários ao trabalhar para os mais pobres, faltam a estes condições para arcar com outros gastos inerentes à demanda, como custas, perícias, etc. Assim, freqüentemente, os acordãos, ao tratar da justiça gratuita, ressaltam seu caráter de Direito Constitucional.

No mesmo sentido, é a lição de José Cretella Junior¹¹ quanto à diferença entre a “assistência judiciária” e a “justiça gratuita”:

Denomina-se assistência judiciária o auxílio que o Estado oferece – agora obrigatoriamente – ao que se encontra em situação de miserabilidade, dispensando-o das despesas e providenciando-lhe defensor, em juízo. A lei de organização judiciária determina qual o Juiz competente para a assistência judiciária; para deferir ou indeferir o benefício da justiça gratuita, competente é o próprio Juiz da causa. A assistência judiciária abrange todos os atos que concorram, de qualquer modo, para o conhecimento da justiça – certidões de tabeliães, por exemplo -, ao passo que o

⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19º ed.rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 58.

¹⁰ LIPPMANN, Ernesto. *Os Direitos fundamentais da Constituição de 1988*. São Paulo: Editora LTR, 1999.

¹¹ Comentário à Constituição brasileira de 1988, apud Anselmo Prieto Alvarez - Uma moderna concepção de assistência jurídica gratuita in RT n° 778 p 49.

benefício da justiça gratuita é circunscrito aos processos, incluída a preparação da prova e as cautelares. O requerente, antes de entrar com a ação, em juízo, deverá solicitar a assistência judiciária.

Araken de Assis¹² segue na mesma direção, enfocando a diferença entre o prescrito na Lei 1.060/50 e o disposto na Constituição de 1988, assim se posicionando:

Segundo decorre do art. 4º, caput, c/c o art. 2º, parágrafo único da Lei 1.060/50, bastará à parte necessitada a simples alegação de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou da sua família, para obter o benefício da gratuidade. Tal benefício, outorgado para determinado processo, no qual representará a parte advogado designado (art. 14, caput, da Lei 1.060/50), se distingue da assistência judiciária integral, prestada por órgão do Estado, e prevista no art. 5º, LXXIV, da CF/88. Como visto o benefício da gratuidade é diferente, porque mais restrito, do que a assistência judiciária e a assistência jurídica integral.

Assim, observa-se que a Assistência Judiciária, enquanto instituto de direito administrativo, é posta à disposição do hipossuficiente como condição primeira para seu ingresso no judiciário, momento em que lhe é fornecido, além das isenções de custas e atos processuais, defensor público. Mas quando se fala em benefício da justiça gratuita, tem-se esta como instrumento processual que pode ser solicitado ao juiz da causa, tanto no momento inaugural da ação, quanto em seu curso, o que significa que a dispensa das despesas processuais é provisória e condicionada à manutenção do estado de pobreza do postulante, podendo ser revogada a qualquer tempo.

3.2 - Da Defensoria Pública

Estabelece a Constituição Federal em seu Título IV: Da Organização dos Poderes – Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça – Seção III: Da Advocacia e da Defensoria Pública:

Art. 134 – A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

E o artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal, garante o acesso jurídico integral, o qual deve ser exercido pela Defensoria Pública – Órgão Público responsável, constitucionalmente, pela representação judicial e extrajudicial do cidadão juridicamente necessitado.

A Emenda Constitucional nº45/2004 constitucionalizou a autonomia dessa instituição, reconhecendo-lhe autonomia funcional e administrativa, bem como a iniciativa da proposta orçamentária (art. 134, §2º, CF/88¹³). Nesse mesmo sentido se conduziu a Assembléia Legislativa

¹² ASSIS, Araken. **Benefícios da gratuidade in Ajuris** n° 73, p. 175.

¹³ Art. 134, §2º CF/88: “§2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, §2º.”

Mineira, no artigo 129 da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Segundo Pedro Lenza:

A reforma do Judiciário, neste sentido, ao fortalecer a carreira da Defensoria Pública, amplia a real possibilidade de cumprimento e realização do direito fundamental previsto no art. 5º, LXXIV, qual seja a prestação da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

O princípio do acesso à justiça, especialmente no contexto onde se eleva e solidifica a assistência jurídica integral por meio do fortalecimento institucional da defensoria pública, apresenta-se de fundamental importância a fim de diminuir a exclusão social, e de fato efetivar os fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito.

A Defensoria Pública, como instituição essencial à justiça, está sob a égide de princípios institucionais. São eles: princípio da unidade; da indivisibilidade; e da independência funcional, previstos na Lei Complementar 80/1994, e, na legislação mineira, na Lei Complementar 65/2003. Vale registrar que em 2006, por meio da Lei Complementar 988/2006, o Estado de São Paulo instituiu sua Defensoria Pública, observando sua estrutura principiológica e orgânica basilar, bem como alargou, de forma satisfatória, as atribuições de seus membros. Além disso, relacionou, em seu artigo 6º, os direitos dos necessitados, o que significa preocupação com a efetividade do modo de agir dessa instituição. Eis a redação desse dispositivo:

Artigo 6º - São direitos das pessoas que buscam atendimento na Defensoria Pública:

I - a informação;

II - a qualidade na execução das funções;

III - a participação na definição das diretrizes institucionais da Defensoria Pública e no acompanhamento da fiscalização das ações e projetos desenvolvidos pela Instituição, da atividade funcional e da conduta pública dos membros e servidores.

§ 1º - O direito previsto no inciso I deste artigo consubstancia-se na obtenção de informações precisas sobre:

I - o horário de funcionamento dos órgãos da Defensoria Pública;

II - o tipo de atividade exercida em cada órgão, sua localização exata e a indicação do responsável pelo atendimento ao público;

III - os procedimentos para acesso a exames, formulários e outros dados necessários à execução das funções;

IV - a tramitação dos procedimentos administrativos e dos processos judiciais em que figure como interessado;

V - as decisões proferidas e a respectiva motivação, inclusive opiniões divergentes, constantes dos procedimentos administrativos e dos processos judiciais em que figure como interessado;

VI - o acesso à Ouvidoria-Geral, encarregada de receber denúncias, reclamações ou sugestões.

§ 2º - O direito à qualidade na execução das funções exige dos membros e servidores da Defensoria Pública:

I - urbanidade e respeito no atendimento às pessoas que buscam assistência na Defensoria Pública;

II - atendimento por ordem de chegada, assegurada prioridade a pessoas idosas, grávidas, doentes e portadoras de necessidades especiais;

III - igualdade de tratamento, vedado qualquer tipo de discriminação;

IV - racionalização na execução das funções;

V - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de exigências, obrigações, restrições e sanções não previstas em lei;

VI - cumprimento de prazos e normas procedimentais;

VII - fixação e observância de horário e normas compatíveis com o bom atendimento das pessoas que buscam a Defensoria Pública;

VIII - adoção de medidas de proteção à saúde ou segurança das pessoas que buscam atendimento na Defensoria Pública;

IX - vetado;

X - manutenção de instalações limpas, sinalizadas, acessíveis e adequadas ao serviço ou atendimento;

XI - observância dos deveres, proibições e impedimentos previstos nesta lei.

§ 3º - O direito previsto no inciso III deste artigo será efetivado através da Conferência Estadual e das Pré-Conferências Regionais da Defensoria Pública, do Plano Anual de Atuação da Defensoria Pública e da Ouvidoria- Geral da Defensoria Pública, na forma desta lei.

Em linhas gerais, por princípio da *unidade* há de se compreender um todo orgânico, de modo que seus membros estarão sob uma mesma direção, perquirindo as mesmas finalidades, e atuando sob os mesmos fundamentos institucionais. Estritamente ligados a esse princípio tem-se o da *indivisibilidade*, que permite aos defensores titulados não se vincularem, de modo absoluto, aos processos em que atuam, podendo ser substituídos sem que haja ruptura ou fracionamento dos interesses da instituição e do jurisdicionado assistido. Por fim, o princípio da *independência* funcional do defensor garante sua atuação e seu exercício sem qualquer interferência à sua tutela de convicção técnica.

Como diz o Holden Macedo¹⁴:

Sem a Defensoria Pública não há acesso à Justiça. Sem acesso à Justiça, o Poder Judiciário não pode dirimir os conflitos de interesses adotando a decisão mais justa para o caso e combatendo o abuso e arbitrariedade. E sem uma decisão justa para os conflitos de interesses não há participação ativa de todos os indivíduos na vida do seu governo e do seu povo. Não há cidadania!

Em resumo, quando se fala em acesso à justiça para todos os cidadãos há de se lembrar que a Defensoria Pública é Órgão Público posto à disposição dos cidadãos, ditos hipossuficientes, para tutela jurisdicional igual àqueles que possuem condições financeiras suficientes para contratar advogados particulares. Mesmo porque não permitir o acesso à justiça pelos

¹⁴ROCHA, Elaine. *Holden Macedo defende controle de convênios para assistência pela Defensoria Pública*. Disponível em http://www.stj.gov.br/Noticias/detalhes_noticias.asp?seq_noticia=7787

desamparados economicamente afronta o princípio da dignidade da pessoa humana – direito fundamental de todo cidadão.

4- LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA

Atualmente, a sociedade tem passado por profundas transformações com o desenvolvimento incessante das economias de massa. O individualismo do século XIX cedeu lugar à massificação em velocidade acelerada.

Entretanto, essa evolução não foi acompanhada pelo ordenamento jurídico, que, desenvolvido em período anterior, não se encontrava pronto para solucionar as situações inéditas que a vida em sociedade estabelecia.

Esse descompasso se tornou mais acentuado a partir da década de 70, quando se desencadeou um movimento de busca pela efetividade do processo. O manancial até então disponível não abrangia todos os interesses da coletividade. A clássica distinção entre o direito público e o direito privado também não era suficiente para abranger o espectro de interesse que a sociedade moderna manifestava. Mais que isso, os mecanismos tradicionais de acesso à justiça não eram suficientes para assegurar a defesa de todos os tipos de interesses que se manifestavam em face da nova realidade que alvorecia. Em decorrência desse contexto, a criação de novos institutos de direito material e processual não bastava. Foi preciso mudar a mentalidade, estabelecendo-se que o individual deve ceder ao coletivo.

Assim, constatou-se o surgimento de um direito que não podia ser atribuído a uma pessoa, ou mesmo a um só grupo, mas sim a todos. Esse entendimento possibilitou a criação de mecanismos eficazes de proteção e acesso à justiça, com atribuição de legitimidade a entes determinados para a sua defesa.

Desta forma, o ordenamento jurídico, a partir de um determinado momento, admitiu a existência dessa nova categoria de interesses e criou mecanismos próprios para sua defesa em juízo.

Sob o aspecto processual, o que caracteriza os interesses transindividuais ou coletivos não é apenas o fato de serem compartilhados por diversos titulares individuais reunidos pela mesma relação jurídica ou fática, mas, mais do que isso, é circunstância de que a ordem jurídica reconhece a necessidade de que o acesso individual dos lesados à justiça seja substituído por um processo coletivo, o qual deve não só ser apto a impedir o grave risco de decisões contraditórias, como ainda conduzir a uma solução eficiente de uma só vez em proveito de todos os lesados.

4.1 – A legitimidade extraordinária no Processo Civil brasileiro

Ao lado da tutela individual dos interesses, surge a tutela coletiva, com alguns mecanismos próprios e outros adaptados do processo tradicional.

A Lei de Ação Civil Pública tratou do direito material, bem como dos mecanismos processuais para sua defesa. Referida lei fez duas coisas ao mesmo tempo, quais sejam, reconheceu a existência de alguns direitos coletivos e criou mecanismos adequados para sua proteção. Entretanto, o direito material objeto de proteção era limitado e constava num rol taxativo.

Com a edição do Código do Consumidor, estendeu-se a possibilidade de tutela a todos os interesses difusos e coletivos, pois eles constituíam uma categoria própria e diferenciada que merecia um sistema autônomo de proteção.

Na verdade, essa estrutura de proteção à tutela coletiva visava propiciar o acesso à justiça mais efetivo e adequado. É nesse cotejo que se insere o estudo da legitimidade, a qual, no âmbito dos interesses coletivos, é qualificada como ‘extraordinária’, ou seja, alguém em nome próprio vai a juízo defender direitos alheios.

4.2 - Aspectos gerais e natureza jurídica da legitimidade extraordinária

A legitimidade consiste na relação de pertinência subjetiva entre o conflito levado a juízo e a qualidade para litigar. Ela se contextualiza dentro das condições da ação e fundamenta-se pela teoria do exame concreto das condições da ação.

A regra no Processo Civil é a legitimidade ordinária, ou seja, só fará parte da relação processual aquele que tiver interesse em defender direito próprio em litígio.

A legitimidade extraordinária é excepcional porque, quando ela se verifica, há dissociação entre a qualidade de parte e a titularidade do direito material alegado. Assim, no que diz respeito à propositura das ações coletivas, a referida lei atribuiu a determinados entes legitimidade como forma de garantir amplo acesso à justiça. Mais que isso, a extensão da coisa julgada assim o demonstra, porque nas ações civis públicas a eficácia da coisa julgada é *erga omnes e ultra partes*.

4.3 - O surgimento de um Direito Processual Coletivo

O Processo Civil tradicional, de base individualista, nasceu como ciência autônoma no século XIX. Por um longo período, os estudos de processo Civil permaneceram sob essa perspectiva, e assim foram construídos os seus institutos fundamentais. Seus mecanismos objetivavam dar solução àqueles litígios individuais que eram levados ao exame do judiciário.

O Código de Processo Civil, editado mais de século depois, ainda evidenciava a tendência individualista da ciência processual, embora estivesse em consonância com suas técnicas mais modernas. Por exemplo, na legislação processual são muito raras as hipóteses de legitimidade extraordinária. O legislador sempre a viu com reserva. Com exceção dos interesses de uma pessoa, não se cogitava a defesa do direito daqueles que pertencessem a um grupo, a uma coletividade, ou até mesmo a toda a sociedade. Eles não podiam ser defendidos porque não havia mecanismos processuais adequados.

A deficiência estava estabelecida na seara processual civil, que não os fornecia, e muitas pretensões não podiam receber adequada tutela jurisdicional. A jurisdição não era abrangente o suficiente para acolher esse tipo de pretensão, o que constituía um fator limitativo de acesso à justiça e uma causa de insatisfação por aqueles que recorrem ao Judiciário.

Tal situação agravou-se nas últimas décadas com o desenvolvimento das sociedades de massa e a crescente preocupação com os interesses de todo um grupo ou coletividade, como os concernentes ao meio ambiente. A sociedade evoluiu, e a deficiência do instrumental jurídico

acentuou-se. Assim, diante de tamanha disparidade, buscou-se estender a jurisdição até a tutela de interesses que antes não podiam ser levados ao judiciário.

Neste contexto, a doutrina de Dinamarco esclarece que estudiosos internacionais têm indicado a existência de três ondas de renovação do direito processual, a saber: a primeira, voltada à assistência jurídica dos necessitados; a segunda, à abrangência da tutela judicial dos interesses transindividuais; e a terceira, ao aperfeiçoamento técnico dos mecanismos internos do processo.

É nos estudos dessas ondas de renovação que fica acentuada a importância da análise dos instrumentos dispostos para a defesa dos direitos de uma coletividade, com o surgimento do Processo Coletivo.

Quando se fala em Processo Coletivo, vale ressaltar o que salienta Vigaritti, citado por Fredie Didie Jr.¹⁵ em seu livro *Curso de Direito Processual Civil – Direito Coletivo*:

Não se trata de novidade a união popular em torno de certos interesses, muito menos o embate para a realização, efetivação e consagração desses mesmos interesses. A novidade dentro do sistema posto, aparece quando esta união aspira à tutela jurisdicional como solução para os conflitos. Tal postura é um voto de confiança no sistema, e, ao mesmo tempo, uma expressão da radical vontade de renovação do próprio sistema. Também é nova a aspiração de receber a tutela jurisdicional na dimensão real, coletiva, bem como a busca de espaço nas instituições processuais, para solucionar essa procura.

Neste diapasão, é possível observar que, à medida que a sociedade vai se organizando em grupos, é necessário que haja tutelas mais específica e mais eficaz para sua defesa, ou seja, uma tutela real, efetiva e participativa.

Foi pensando nisso que a Assembléia Constituinte estabeleceu severas alterações na sistemática constitucional brasileira quando da elaboração da Constituição de 1988. Uma dessas alterações é quanto à inclusão dos direitos “coletivos” no rol dos direitos fundamentais. Neste contexto, como outrora já mencionado, encontra-se o princípio da inafastabilidade do poder judiciário ou universalidade da jurisdição, renovado e ampliado.

Com base nisso, é possível identificar os elementos que compõem o conceito do Processo Coletivo, quais sejam: 1) interesse público primário; 2) legitimação extraordinária para agir; 3) afirmação de um direito coletivo *lato sensu*, no pólo ativo, ou a afirmação de um direito em face de um titular de um direito coletivo *lato sensu* (*ação coletiva passiva*); e, por fim, 4) a extensão da coisa julgada.

Desta forma, nos dizeres de Fredie Didie Jr.¹⁶,

Conceitua-se processo coletivo como aquele instaurado por ou em face de um legitimado autônomo, em que se postula um direito coletivo *lato sensu* ou

¹⁵VIGORITTI, Vincenzo. *Interesse Collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. IN: JÚNIOR DIDIE, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil- Direito Coletivo*. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 42/43.

¹⁶JÚNIOR DIDIE, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil- Direito Coletivo*. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 43.

se postula um direito em face de um titular de um direito coletivo lato sensu, com o fito de obter um provimento jurisdicional que atingirá uma coletividade, um grupo ou um determinado número de pessoas.

Tendo em vista a relevância do tema, é oportuno expor os princípios norteadores do direito processual coletivo, quais sejam:

a) Princípio do Acesso à Justiça: este princípio, por ser referente à tutela de interesses transindividuais, visa à solução de conflitos que, por serem de massa, têm dimensão social e política, assume feição própria e peculiar no processo coletivo. Enquanto no processo individual este princípio diz respeito exclusivamente ao cidadão, objetivando nortear a solução de controvérsias limitadas ao círculo de interesses da pessoa, no processo coletivo transmuda-se em princípio de interesse de uma coletividade, formada por centenas, milhares e às vezes milhões de pessoas.

b) Princípio da universalidade da jurisdição: este princípio, ligado ao anterior, compreende que o acesso à justiça deve ser garantido a um número cada vez maior de pessoas, amparando um número cada vez maior de causas. É por intermédio deste princípio que as massas têm oportunidades de submeter aos tribunais as novas causas, que, pelo processo individual, não tinham sequer chance de chegar à justiça. O tratamento coletivo de interesses e direitos comunitários é que efetivamente abre as portas à universalidade da jurisdição.

c) Princípio da participação: tanto no processo civil individual como no coletivo observa-se a garantia constitucional do contraditório. O que distingue um de outro é o fato de que, enquanto o contraditório no processo individual se faz diretamente pelo sujeito da relação processual, no segundo (processo coletivo), o contraditório cumpre-se pela atuação do portador (terceiro), em juízo, dos interesses ou direitos difusos ou individuais homogêneos.

d) Princípio da Ação: este princípio também é chamado de princípio da demanda, o qual indica a atribuição à parte da iniciativa de provocar o exercício da função jurisdicional.

e) Princípio do impulso oficial: este princípio rege tanto o processo individual quanto o coletivo, da mesma maneira. Mas a soma de poderes atribuídos ao juiz é questão intimamente ligada ao modo pelo qual se exerce o princípio do impulso oficial. Cabem ao juiz medidas como desmembrar um processo coletivo em dois – sendo um voltado à tutela de interesses ou direitos difusos, outro voltado à proteção dos individuais homogêneos, quando convenientes para a tramitação do processo; dirigir como gestor do processo a audiência preliminar, decidindo desde logo as questões processuais e fixando os pontos controvertidos, quando falharem os meios alternativos de solução de controvérsias; flexibilizar a técnica processual, como, por exemplo, na interpretação do pedido e da causa de pedir.

f) Princípio da economia: este princípio trata do máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais. Como exemplo, temos a reunião de processos em casos de conexidade e continência, e do encerramento do segundo processo em casos como de litispendência e coisa julgada.

g) Princípio da instrumentalidade das formas: segundo este princípio, as formas do processo não devem ser excessivas, sufocando os escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição, devendo assumir exclusivamente o formato necessário a assegurar as garantias das partes e a conduzir o processo a seu destino final, qual seja, a pacificação com justiça.

Desta forma, pode-se perceber que muitos dos princípios gerais do direito processual assumem feição própria no processo coletivo, apontando para a existência de diferenças substanciais. Mais que isso, a análise quanto aos princípios gerais do direito processual, aplicados aos processos coletivos, demonstrou a feição própria e diversa que estes assumem, podendo assim afirmar que o processo coletivo é capaz de adaptar os princípios gerais às suas particularidades. Assim, é possível concluir a respeito do surgimento e da existência de um novo ramo do Direito Processual, qual seja, o *Direito Processual Coletivo*, o qual conta com princípios revisitados e institutos fundamentais próprios, e tendo objeto bem definido: a tutela jurisdicional dos interesses ou direitos difusos (*lato sensu*) e individuais homogêneos.

Tamanha a importância do tema que, no dia 05 de dezembro de 2005, foi realizada sessão ordinária do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça, na sede do Ministério Público do Distrito Federal, ocasião em que a professora Ada Pellegrini Grinover ministrou palestra sobre o possível “Código de Processo Coletivo”. Contudo, o Anteprojeto ainda não foi aprovado para efetivamente criar um Código de Processo Coletivo. É oportuno tecer algumas observações acerca do referido Anteprojeto:

1) O art. 4º, *caput*, prevê que a causa de pedir e o pedido serão interpretados extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido. Esse dispositivo confirma a tese de que o art. 293 do CPC é incompatível com a proteção dos interesses e direitos massificados.

2) O art. 7º prevê a comunicação pelo juiz ao Ministério Público e outros legitimados sobre processos repetitivos, a fim de que proponham, em sendo o caso, ação coletiva. Esse dispositivo confirma a tese de que a ação coletiva é de interesse social quando ajuizada para evitar a proliferação de ações individuais repetitivas.

3) O art. 9º determina que o juiz deverá dar prioridade ao processamento do processo coletivo, servindo-se preferencialmente dos meios eletrônicos. Esse dispositivo confirma a tese de que a tutela dos interesses sociais, presentes nas ações coletivas, deve ser priorizada quanto ao seu processamento.

4) O art. 10 adota a teoria da “carga dinâmica do ônus da prova” e ainda prevê a produção de prova de ofício pelo juiz, observado o contraditório. Esse dispositivo, em relação aos tópicos acima, rompe com a teoria clássica adotada pelo art. 333 do CPC, a qual leva em conta somente a natureza jurídica do fato e o interesse para fixar regra sobre a distribuição do ônus da prova.

5) O art. 10, § 4º, prevê que a competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*. Esse dispositivo confirma a tese de que a alteração levada a efeito no art. 16 da LACP pela Lei 9.494/97 é flagrantemente inconstitucional.

6) O art. 47 prevê a instalação de órgãos especializados para o processamento e jul-

gamento de ações coletivas. Esse dispositivo dá amparo a uma reivindicação dos estudiosos sobre o tema.

7) O art. 48 prevê que o código deva ser interpretado de forma aberta e flexível, de modo compatível com a tutela coletiva dos direitos e interesses de que trata. A interpretação aberta e flexível em relação à proteção aos direitos e interesses massificados é uma imposição constitucional (art. 5º, § 2º, da CF).

É importante ter em mente que o principal fundamento do referido Anteprojeto é manter, em sua essência, as normas da legislação em vigor, aperfeiçoando-as por intermédio de regras não só mais claras, mas sobretudo mais flexíveis e abertas, adequadas às demandas coletivas. Corresponde a essa necessidade de flexibilização da técnica processual um aumento dos poderes do juiz – o que, aliás, é uma tendência até do processo civil individual.

O Anteprojeto engloba os atuais processos coletivos brasileiros – com exceção dos relativos ao controle da constitucionalidade, que não se destinam à defesa de interesses ou direitos de grupos, categorias ou classes de pessoas – sendo constituído de seis Capítulos.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade deve exigir que o Estado promova a proteção dos direitos e o acesso aos tribunais. Cabe ao Estado aperfeiçoar e modernizar a ordem jurídica, de forma justa, célere e eficiente, com apoio e participação de todos os cidadãos.

Outrossim, o Estado deverá manter o que existe de bom na Justiça e equipá-la com melhores ferramentas de trabalho, através da criatividade operacional, legislativa e econômica dos três poderes estatais em âmbito federal, estadual e municipal, concomitantemente com a participação e cooperação das organizações, associações privadas e demais foros sociais.

Resumindo, o acesso à justiça consiste na proteção de qualquer direito, sem qualquer restrição econômica, social ou política. Não basta a simples garantia formal da defesa dos direitos e o acesso aos tribunais, mas, sim, a garantia da proteção material desses direitos, assegurando a todos os cidadãos, independentemente de classe social, a ordem jurídica justa. Mais que isso, não basta a melhoria do acesso à justiça com o aperfeiçoamento dos instrumentos e condições materiais de trabalho, mas devem os programas assegurar a disseminação do conhecimento do direito com vista a possibilitar o acesso à jurisdição a todas as classes sociais, haja vista que 33 % (trinta e três por cento) da população não utiliza a justiça porque não sabe ou não conhece seus direitos – o que não é admissível em um Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal de 1988 ampliou de forma significativa o rol dos Direitos Fundamentais do cidadão brasileiro, uma vez que os Direitos civis, políticos e sociais, assim como os Direitos Difusos e os Coletivos foram expressamente assegurados.

No que diz respeito a assegurar esses direitos juridicamente, a Constituição Federal também garantiu um conjunto de instrumentos legais e alargou as possibilidades de solução dos conflitos sociais através do Poder Judiciário.

Nesse contexto, o direito de acesso à justiça foi alçado ao *status* de direito fundamental, sendo reconhecido enquanto direito essencial para a viabilidade e garantia dos demais direitos, como dispõe o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. E para que tal direito pudesse ser exercido por todos os cidadãos, a Constituição Federal previu o direito a assistência jurídica integral e gratuita. Isso porque a exclusão social e a pobreza são os maiores obstáculos ao acesso à justiça.

O pleno acesso à justiça só será possível com a erradicação da pobreza ou com a inclusão dos excluídos no processo de democratização da justiça, através de mecanismos que assegurem aos miseráveis a ordem jurídica justa.

E fez mais, assumiu como dever do Estado a prestação da assistência jurídica aos legalmente necessitados através da Defensoria Pública – instituição essencial ao funcionamento da justiça.

Não se pode olvidar que o direito deve adaptar-se às circunstâncias, funcionando como instrumento a serviço da sociedade. Deve estar apto a refletir os seus anseios e acompanhar suas inovações. Portanto, para que haja efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas sejam admitidas a demandarem e a se defenderem.

É nesse sentido que vislumbramos em nosso ordenamento a caminhada em busca da amplitude do acesso à justiça, seja por uma instituição, por um órgão, ou por entes legitimados a propiciar esse acesso. É dessa forma que se alcança a efetividade do processo, ou seja, o processo deve ser exercitado de modo a proporcionar às partes o acesso à justiça, o qual se resume, nos dizeres muito precisos do ilustre doutrinador brasileiro, Kazuo Watanade: acesso à ordem jurídica justa.

Neste sentido, há de perceber que a necessidade da disseminação do conhecimento do direito é dever de toda a sociedade, e deverá ter por finalidade facilitar o acesso à justiça, devendo ser estabelecido um plano integrado de ações entre todos os seguimentos sociais. Isso poderá ser efetivado por meio de impressão de cartilhas, distribuição de folhetos explicativos, divulgação de direitos em *sites* na *internet*, realização de cursos da comunidade local, campanhas publicitárias na imprensa falada e escrita, programas de televisão de conscientização dos direitos, revistas especializadas para a educação dos direitos, juzizados itinerantes como os implantados no Estado de São Paulo e na Operação Praias no Paraná, entre outras formas.

Como é possível observar, o Judiciário brasileiro tem todas as ferramentas necessárias para dar a todo cidadão acesso à justiça, seja por parte dos órgãos funcionais (Defensoria Pública e Ministério Público) ou por força de leis adequadas, a exemplo da Lei de Assistência Judiciária. O fato é que, pelos preceitos constitucionais, a todos é assegurado o acesso à Justiça, e neste sentido os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) estão trabalhando.

Cabe agora somente disseminar tais informações, como acima explicitado, pois as formas de acesso à justiça há, mas o seu desconhecimento faz com que parte dos cidadãos desacredite no judiciário e, mais que isso, tenha a idéia de que só são tutelados os direitos dos ricos, e que por ser hipossuficiente não tem direito ao acesso à justiça.

6. ABSTRACT

This article was written intending to analyze some of justice democratization's instruments that ensure people's right of accessing justice, specially for those who are underprivileged. In this article we will analyze the acts of Judicial Branch through Special Courts and also the institution meant to assure this right (Public Defenders' office) as well as of existing procedural mechanisms directed towards legal assistance. This way, we intent to verify how the guarantee of justice access leads to effective responses and gives meaning to social pacification.

Key words: *To have access to justice. Justice democratization's. Public defenders' office. Judicial Branch. Towards legal assistance.*

7. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual de ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALVES, Cleber Francisco. PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à Justiça em preto e branco: retratos Institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Lúmen Jures, 2004.

ASSIS, Araken. **Benefícios da gratuidade in Ajuris**. N° 73, 2003.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil, volume 1: Teoria Geral e Processo de Conhecimento (1ª parte)**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Novo Curso de Direito Processual Civil, volume 1: Teoria Geral e Processo de Conhecimento (2ª parte) e Procedimentos Especiais**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

JÚNIOR DIDIE, Fredie e JÚNIOR ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil - Direito Coletivo**. Salvador: Jus Podivm, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 8º ed. São Paulo: Editora Método, 2005.

LIPPMANN, Ernesto. **Os Direitos fundamentais da Constituição de 1988**. São Paulo: Editora LTR, 1999.

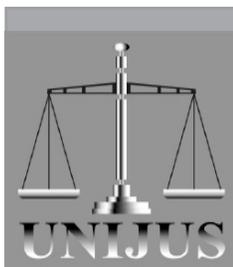
MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 19º ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROCHA, Elaine. **Holden Macedo defende controle de convênios para assistência pela Defensoria Pública**. Disponível em www.stj.gov.br/noticias/detalhes=7787

SADEK, Maria Tereza. **Acesso à Justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. – Série pesquisas.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa e FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. 4 ed. reform., atual., e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

WATANABE, Kazuo. **Finalidade maior dos Juizados Especiais Cíveis**. Publicado na revista *Cidadania e Justiça* (publicação AMB), ano III, n. 7, 2º semestre 1999, p. 32 e seguintes.



A CORREÇÃO MONETÁRIA NO ÂMBITO TRIBUTÁRIO E A CONSTITUCIONALIDADE DA TAXA SELIC

Kelson Carlos de Resende^{1*}

RESUMO

O presente estudo tem por fim analisar a constitucionalidade da opção legislativa de se utilizar a taxa SELIC como parâmetro para atualização monetária dos débitos fiscais vencidos e não recolhidos. Referida opção vem sendo alvo de críticas, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, sob o argumento de que se estaria desrespeitando o princípio constitucional da legalidade. Inicialmente, serão abordados alguns institutos do Direito Tributário a fim de que se possam conhecer as formas como surge o crédito fiscal, concluindo, através da análise destes institutos sob a ótica do princípio da legalidade, pela constitucionalidade da medida.

Palavras-Chave: Direito Tributário. Direito Constitucional. Débito Fiscal. Taxa SELIC. Constitucionalidade.

SUMÁRIO

1. Introdução – 2. Surgimento da Obrigação Tributária – 3. Constituição do Crédito Tributário – 4. Fato Gerador e Base de Cálculo – 5. Capacidade Contributiva – 6. Ausência do Aspecto Volitivo para Formalização do Fato Gerador Tributário – 7. Momento de Ocorrência do Fato Gerador e a Tributação dos Atos Ilícitos – 8. Multa Fiscal – 9. Procedimento Administrativo de Lançamento – 10. Encargos Financeiros – 10.1. Revalorização Financeira e Incidência de Juros de Mora sobre o Crédito Tributário – 11. Correção Monetária no Âmbito Tributário – 11.1. Considerações Preliminares – 11.2. A utilização da Taxa SELIC como parâmetro para correção dos débitos fiscais – 11.3. Críticas ao posicionamento do STJ e fundamentação ideológica – 12. Conclusão – 13. *Abstract* – 14. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Princípio da Legalidade, estampado no art. 5º, inciso II da Constituição Federal, estabelece que ninguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Nossa Constituição consagra, também, o princípio da hierarquia das leis, segundo o qual o conjunto normativo se organiza de acordo com a supremacia das normas superiores em relação às inferiores, e o da reserva legal, que prescreve que só a lei poderá regular direitos fundamentais.

Apesar de sofrer críticas, por ter se estendido demasiadamente quanto às matérias tratadas em nossa Constituição, o poder constituinte originário foi feliz ao inserir em nossa

^{1*} Advogado. Graduado pela Universidade de Uberaba – UNIUBE, em 2007.



Carta Magna vários dispositivos de natureza tributária, dentre os quais se destaca o artigo 150, inciso I, que estabelece um limite ao poder de tributar, vedando à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

Tratando especificamente da correção monetária do crédito tributário, o § 1º do artigo 161 do Código Tributário Nacional - CTN, determina que, não havendo sido integralmente pago no vencimento, o débito fiscal será acrescido de juros de mora, calculados à taxa de 1% ao mês, salvo disposição de lei em contrário. Atualmente, essa correção vem sendo instituída pelo artigo 84 da Lei nº 8.981 de 20 de janeiro de 1995, com a redação que lhe foi dada pelo artigo 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, determinando a utilização da taxa SELIC nos débitos fiscais em atraso, o que, salvo melhor juízo, não apresenta nenhum desrespeito à Constituição Federal, como a seguir será visto.

O presente estudo, portanto, tem por fim analisar a constitucionalidade da utilização da taxa SELIC como parâmetro para correção dos débitos fiscais em atraso e os reflexos práticos desta discussão. Antes, porém, faz-se necessária a compreensão de alguns institutos atinentes ao Direito dos Tributos, a fim de que possamos identificar as formas de constituição e formalização do Crédito Tributário que, uma vez não recolhido à data apazada pelo Fisco, poderá ser corrigido pelo parâmetro ora em estudo.

2. SURGIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

Em linhas gerais, *obrigação* é o poder jurídico pelo qual uma pessoa, física ou jurídica, com base na lei ou no contrato, pode exigir de outra o cumprimento de uma prestação lícita, possível e determinável do ponto de vista econômico.

Trata-se de uma ligação existente entre dois sujeitos, estabelecida por determinada disposição normativa ou por livre iniciativa das partes, onde um assumiu determinado encargo em favor do outro, obtendo, via de regra, algum benefício em contrapartida. Com base nesse conceito genérico e abstrato, pode-se conceituar a obrigação tributária como sendo o vínculo jurídico entre o ente tributante e um particular, no qual o primeiro, com base exclusivamente na lei, pode exigir do segundo uma prestação, positiva ou negativa, de natureza tributária.

A obrigação tributária é constituída, portanto, por um *sujeito ativo*, que é a pessoa jurídica de direito público ou privado que possui competência para instituí-la ou exigir seu cumprimento; por um *sujeito passivo*, que é a pessoa física ou jurídica obrigada por lei ao cumprimento da prestação tributária, também denominada contribuinte ou responsável; por uma *causa*, que é a lei, em razão do princípio da legalidade acima citado, tendo em vista que somente ela pode criar obrigações tributárias; e, finalmente, por um *objeto*, que é o cumprimento da prestação determinada pela lei.

Quanto às suas espécies, o art. 113 do CTN subdividiu a obrigação tributária em principal e acessória.

A primeira, trata-se de espécie que nasce com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto o pagamento de determinado tributo ou penalidade pecuniária advinda da legislação tributária. Sua extinção se dá juntamente com o crédito que dela decorre, conforme esclarece o § 1º do art. 113 do CTN.

É importante ressaltar que o fato de a obrigação tributária surgir com a ocorrência do fato gerador não exclui sua natureza legalista, isto porque somente a lei pode definir determinadas situações como hipóteses de incidência dos tributos, de acordo com o disposto

no art. 97, III do CTN.

A obrigação tributária principal é uma obrigação de natureza eminentemente patrimonial de dar coisa incerta. Justifica-se tal afirmativa no fato de que, antes da ocorrência do fato gerador, o objeto da prestação tributária não está especificamente individualizado, sendo indicado apenas pela sua espécie, ou seja, uma prestação pecuniária. Portanto, a espécie em questão, prevista de forma abstrata na lei e materializada com a concretização do fato gerador, tem natureza de obrigação ilíquida, sendo certo que somente o *lançamento* especificará seu objeto, tornando-a uma obrigação líquida.

O § 1º do art. 113 do CTN é claro ao prever que a obrigação tributária principal tem por objeto não só o pagamento de tributo, mas também o de penalidade pecuniária. Tal penalidade foi incluída pelo legislador como objeto da obrigação tributária principal graças à identidade de suas naturezas.

Já a obrigação tributária acessória, apesar de também decorrer da legislação tributária, tem por objeto o cumprimento de obrigação no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos, conforme preceitua o § 2º do art. 113 do CTN.

Em razão de sua finalidade, a obrigação tributária acessória pode ser estabelecida por qualquer das normas que integram a legislação tributária, hipótese prevista no art. 96 do CTN. Isso se dá porque referida obrigação visa atender aos interesses do fisco no que tange à fiscalização e arrecadação dos tributos, e corresponde a qualquer exigência feita pela legislação tributária que não seja, efetivamente, o pagamento do tributo. Assim, ela pode consubstanciar-se em uma obrigação de fazer (exibir livros no ato da fiscalização, prestar informações aos agentes fazendários, declarar bens a fim de mensurar o tributo, etc.) ou obrigação de não-fazer (manter intactos documentos e livros obrigatórios pelo prazo exigido por lei, aceitar o exame em livros e documentos, não embarçar os atos de fiscalização, etc.).

O descumprimento da obrigação acessória faz com que ela se converta em obrigação principal no que tange à penalidade pecuniária. Ou seja, a obrigação tributária acessória, que essencialmente não tem natureza pecuniária, ao ser descumprida pelo contribuinte, faz incidir a penalidade e passa a ter valor econômico, convertendo-se em obrigação principal.

3. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

A palavra “crédito” vem do latim *creditum*, que significa segurança, valia, confiança, boa fama ou reputação.

No entanto, a palavra é mais utilizada no âmbito comercial como possibilidade de contrair empréstimo na proporção da confiança que alguém inspira, e, ainda, a segurança que a pessoa oferece por sua capacidade econômica e honestidade no cumprimento de suas obrigações.

No que diz respeito ao Crédito Tributário, no entanto, os conceitos de honestidade e segurança econômica aparecem de forma implícita, como bem preceitua Misabel Abreu Machado Derzi:

Na expressão crédito tributário, entretanto, a idéia de confiabilidade e solvabilidade aparece indiretamente, por meio das preferências, garantias e privilégios que o afetam. Refere-se ao direito de crédito da Fazenda Pública, oriundo de obrigação tributária. Sendo o tributo uma obrigação *ex lege*, na terminologia do Código

Tributário Nacional destacou-se o crédito tributário da obrigação. Apesar de o crédito tributário decorrer da obrigação principal e ter idêntica natureza à da obrigação, resta claro que a expressão está reservada à dinâmica e aplicação do Direito Tributário, aos procedimentos da administração para cobrança, fiscalização e formação do título executivo da Fazenda Pública, às garantias e privilégios que cercam o direito do sujeito ativo. O Código Tributário se utiliza da expressão obrigação, no momento em que a enfoca como atuação do direito do credor, procedimentos de apuração e cobrança.²

O instituto trata, portanto, da denominação dada pelo Código Tributário Nacional à obrigação tributária, analisada sob a ótica do sujeito ativo, ou seja, ao direito de crédito da Fazenda Pública, já apurado pelo lançamento e dotado de certeza, liquidez e exigibilidade.

O nascimento do crédito tributário se dá após a constatação, no mundo físico, do fato gerador descrito na norma. Ou seja, ocorrendo hipótese passível de tributação, surge a obrigação tributária – vínculo jurídico de natureza obrigacional por força do qual o Estado poderá exigir do contribuinte o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária, após o devido lançamento.

Eurico Marcos Diniz de Santi, com a precisão que lhe é peculiar, leciona que a expressão “crédito tributário designa a relação jurídica tributária intranormativa, a qual ocupa o lugar de prescriptor na estrutura do ato-norma formalizador (posto pela administração ou pelo próprio sujeito passivo)”³. Para esse doutrinador, existem duas espécies de crédito tributário: “uma, formalizada por ato-norma administrativo, editado por agente público competente; outra, formalizada em linguagem prescritiva por ato-norma expedido pelo próprio particular e que, por isso, não é ato administrativo”⁴.

Na mesma direção, Aliomar Baleeiro preceitua que a obrigação e o crédito tributário “nascem do fato gerador que coloca o sujeito passivo na posição de devedor do Fisco. Resulta daí o crédito tributário, que se reveste da mesma natureza jurídica daquela obrigação e é consequência dela”⁵.

Para Celso Ribeiro Bastos, crédito tributário “é o direito subjetivo de que é portador o sujeito ativo de uma obrigação tributária e que lhe permite exigir do sujeito passivo o seu objeto”⁶. Esse ilustre doutrinador, discorrendo a respeito da natureza jurídica do crédito tributário, pondera duas posições doutrinárias:

[...] uma, segundo a qual o crédito tributário nasce no exato instante em que irrompe o laço obrigacional, não estando, no entanto, sempre pronto a ser postulado, por lhe faltar o elemento liquidez; outra agasalhando tese oposta, de que entre os dois existe uma separação no tempo, visto que a obrigação nasce com a lei e a realização do fato tributável, enquanto o crédito decorre da obrigação, mas depende, para sua

² BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro, 11ª ed. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999; p. 771-772.

³ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Lançamento Tributário, 1ª ed., São Paulo, 1996; p. 183.

⁴ Obra citada p. 183.

⁵ Obra citada p. 439.

⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário, 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002; p.206.

determinação, de um procedimento administrativo formal.⁷

Portanto, o crédito tributário surgiria com a realização do lançamento. Com o acontecimento da ocorrência abstrata prevista na legislação tributária, nasceria apenas o dever para as autoridades fazendárias de lançar o tributo.

A obrigação tributária, prevista de forma genérica e abstrata na lei, nasce com a ocorrência do fato jurídico tributário, mas o crédito tributário em si só vem a surgir após o lançamento, momento em que surge, também, sua exigibilidade.

É fundamental a compreensão da relação jurídica fisco-contribuinte, pois sem ela inexistem crédito e obrigação tributária. Vale, portanto, citar a palavras de Miguel Reale, que aponta a existência de dois requisitos necessários para que haja uma relação jurídica: “Em primeiro lugar, uma relação inter-subjetiva, ou seja, um vínculo entre duas ou mais pessoas. Em segundo lugar, que esse vínculo corresponda a uma hipótese normativa, de tal maneira que derivem conseqüências obrigatórias no plano da experiência.”⁸

O mandamento contido na norma só poderá ser exigido se a hipótese deixar de ser idealização do legislador para surgir no mundo dos fenômenos por meio da relação jurídica.

Ressalta-se, também, que a obrigação tributária não é atingida por nenhuma circunstância modificativa do crédito tributário, hipótese precisamente estabelecida no art. 140 do CTN. Ao revés, o crédito tributário, como realidade formal, pode ser afetado sem que o seja a sua substância.

Assim, se na constituição do crédito tributário, vale dizer, se no procedimento administrativo de lançamento não foi assegurado ao sujeito passivo o direito de ampla defesa, o lançamento é nulo. Não obstante, a obrigação tributária respectiva não foi afetada. Tanto que poderá ser feito um novo lançamento e assim constituído validamente o crédito tributário respectivo.

4. FATO GERADOR E BASE DE CÁLCULO

Tanto o CTN, quanto a maior parte da doutrina brasileira, empregam a expressão “fato gerador” para designar assim a situação abstrata definida em lei que, com a sua ocorrência no plano concreto, dá vida à obrigação tributária. Verifica-se, no entanto, que não há expressões que indiquem, sem ambigüidade, a dimensão normativa e concreta do fato gerador.

Segundo Amílcar Falcão, o fato gerador da obrigação tributária é um fato jurídico em sentido estrito, ou seja, um ato jurídico de conteúdo negocial. Para o doutrinador, o fato gerador constitui-se em um critério, um índice para aferição da capacidade contributiva dos sujeitos aos quais se atribui a obrigação.⁹

A principal característica do fato gerador, que o legislador considera importante para classificá-lo, é a sua aptidão para servir de ponto de referência e indicação para que se mensure a capacidade econômica ou contributiva do contribuinte. Nos dizeres de Adilson

⁷ Obra citada p. 206.

⁸ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003; p. 238.

⁹ FALCÃO, Amílcar de Araújo. Fato gerador da obrigação tributária. 6ª ed. rev. e atual. por Flávio Bauer Novelli, Rio de Janeiro: Forense, 1995; p. 27.

Rodrigues Pires, fato gerador é “[...] qualquer manifestação positiva e concreta da capacidade econômica das pessoas, observada pelo legislador tributário, que a ela atribui qualidade bastante para provocar o nascimento da obrigação tributária principal, quando se verificar, na prática, a sua ocorrência.”¹⁰

Segundo o CTN, em seu art. 4º, “a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador.” Porém, pela simples análise dos arts. 145, § 2º e 154, I, ambos da Constituição Federal, pode-se concluir que a base de cálculo também deve integrar esse raciocínio. Tais dispositivos demonstram a relevância da base de cálculo como critério constitucional para determinação da natureza do tributo.

Seguindo essa linha de pensamento, pode-se afirmar que, no ordenamento jurídico brasileiro, o tipo tributário é constituído pela conjugação destes dois fatores: a hipótese de incidência, e a base de cálculo. Com tais fatores, o legislador constitucional diferenciou as espécies tributárias entre si. A base de cálculo é o elemento que a lei qualifica com a finalidade de fixar um critério para determinação do *quantum debeat* nas obrigações tributárias concretas.

A norma tributária, por um lado, prevê a materialidade do fato gerador ocorrido no mundo real, e, por outro, prevê a mesma materialidade, só que, desta feita, por outra perspectiva, quantificando a base de cálculo para mensurar a grandeza econômica do fato gerador que sofreu o impacto da incidência.

Portanto, a base de cálculo deverá ser um reflexo perfeito do fato gerador, não se admitindo qualquer tipo de medida como aspecto quantificador. Do ponto de vista constitucional, é preciso que haja uma perfeita conexão entre o fato descrito pela hipótese tributária e a grandeza econômica que servirá como base de cálculo do tributo. Não é possível, por exemplo, que um imposto sobre o patrimônio tenha por base a renda de seu titular. Tal situação configuraria um imposto sobre a renda, e não sobre o patrimônio.

Um imposto sobre vendas, calculado sobre o capital da sociedade empresária, ou sobre o valor de seu estoque, em vez de o ser sobre o preço da mercadoria, claramente não seria um imposto sobre vendas, mas um imposto sobre o capital ou sobre o patrimônio.

5. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

De acordo com os preceitos constitucionais, o fato gerador deve sempre considerar a capacidade contributiva do sujeito passivo da obrigação tributária.

Os tributos no ordenamento jurídico brasileiro, seguindo esta orientação constitucional, são sempre fundados ou graduados na capacidade contributiva, conforme bem observou José Marcos Domingues de Oliveira:

O princípio da capacidade contributiva, enquanto pressuposto e critério de graduação e limite do tributo, aplica-se não só ao imposto mas também às demais espécies tributárias, pois em todas elas trata-se de retirar recursos econômicos dos particulares para transferi-los ao setor público. É a sua força econômica que dirá da possibilidade do seu concurso para a manutenção do Estado.¹¹

¹⁰ PIRES, Adílson Rodrigues. Manual de Direito Tributário. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1997; p. 46.

¹¹ OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. Direito Tributário - Capacidade contributiva. 2ª ed. rev. e atua. Rio de Janeiro: Renovar. 1998; p.91.

No mesmo sentido, Flávio Bauer Novelli acentua:

Como se sabe, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, assim nacional como estrangeira (e entre nós, assinala-se, a despeito da imperfeita dicção do preceito constitucional), parece prevalecer a opinião segundo a qual estão sujeitos ao limite constitucional da capacidade contributiva todos os tributos, e, por conseguinte, também a taxa.¹²

A capacidade contributiva é mais bem observada no fato gerador dos impostos, não obstante esteja presente em todas as espécies tributárias brasileiras, conforme bem salientado pelos autores supracitados. Isso se dá porque os impostos possuem como fato gerador um ato do próprio contribuinte, ou seja, eventos e condutas que são indicadores de uma presunção de riqueza autônoma, sem qualquer ligação com alguma atividade estatal.

6. AUSÊNCIA DO ASPECTO VOLITIVO NA FORMALIZAÇÃO DO FATO GERADOR TRIBUTÁRIO

Ressalvadas as hipóteses de infração tributária, em que a jurisprudência e a doutrina têm se firmado no sentido de que deverá ser feita uma análise do elemento vontade, sua ausência é aspecto marcante na formação da obrigação tributária. Tanto é que o art. 126 do CTN prevê expressamente que a capacidade tributária passiva independe da capacidade civil das pessoas naturais. O nascimento do dever tributário, diferentemente das obrigações de direito privado, independe da manifestação de vontade das partes, bastando a manifestação, na prática, de certos fatos, eleitos pelo legislado como fatos geradores das obrigações tributárias.

Com o mesmo entendimento, Luciano Amaro nos oferece os seguintes comentários:

O indivíduo pode querer auferir renda e não querer pagar imposto (ou até mesmo ignorar a existência do tributo); ainda assim surge a obrigação, cujo nascimento não depende nem da vontade nem do conhecimento do indivíduo. Aliás, independe, também, de estar o sujeito ativo ciente do fato que deu origem à obrigação. [...] O que se quer sublinhar é que o nascimento da obrigação não depende de nenhuma manifestação de vontade das partes que passam a ocupar os pólos ativo e passivo do vínculo jurídico. Basta a ocorrência do fato previamente descrito na lei para que surja a obrigação.¹³

Na obrigação tributária, a vontade se caracteriza apenas na discricionariedade do sujeito passivo em praticar ou não os atos previstos pela legislação fiscal como passíveis de tributação, mas jamais no sentido utilizado no direito privado. Para o contribuinte não cabe a escolha de auferir determinado rendimento e recolher o Imposto de Renda, ou auferi-lo e não pagar o tributo devido. O elemento volitivo existe apenas no que tange à realização do

¹² NOVELLI, Flávio Bauer. *Direito Tributário Brasileiro*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993; p.115.

¹³ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999; p. 233.

fato gerador, não em relação ao efeito tributário dele decorrente.

A irrelevância da vontade na constituição do fato gerador também está disposta no artigo 126 do CTN:

Art. 126 - A capacidade tributária independe:

I - da capacidade civil das pessoas naturais;

II - de achar-se a pessoa natural sujeita a medidas que importem privação ou limitação do exercício de atividades civis, comerciais ou profissionais, ou da administração direta de seus bens ou negócios;

III - de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional.

Obviamente, tratando-se a vontade de elemento irrelevante para a formação do fato gerador, não há sentido em se exigir capacidade jurídica de alguém para que seja sujeito passivo de obrigação tributária. Compactuando com tal afirmação, Hugo de Brito Machado acrescenta:

Nos atos jurídicos em geral a vontade é elemento essencial. Por isto a lei exige para a validade dos atos jurídicos o agente capaz. Agente que tenha vontade juridicamente válida. Como na formação da obrigação tributária não participa o ato, mas simplesmente o fato em sentido estrito, acontecimento considerado apenas em seu aspecto objetivo, é natural que a capacidade jurídica seja irrelevante na formação do vínculo obrigacional tributário.¹⁴

Surge, então, a justificativa da tributação dos rendimentos obtidos em atividades ilícitas, pois independe, para a norma tributária, o desígnio do agente em praticar atos desta natureza, bastando apenas que o resultado desses atos caracterize uma hipótese de incidência tributária. Não há que se cogitar a possibilidade de estar o ente tributante compactuando com a ilicitude do ato praticado pelo infrator, ou, ainda, legalizando indiretamente tal ato. O que ocorre é que a hipótese normativa vê o ato como um fato volitivo para os fins tributários, como a seguir veremos.

7. MOMENTO DE OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR E A TRIBUTAÇÃO DOS ATOS ILÍCITOS

O momento em que se considera ocorrido o fato gerador, ou seja, nascida a obrigação tributária por força da incidência e existentes os seus efeitos, está indicado no art. 116 do diploma tributário pátrio. Uma vez praticado o ato jurídico ou celebrado o negócio previsto como fato gerador pela legislação fiscal, surge a obrigação tributária.

Aqui, vale ressaltar que essa obrigação existirá independentemente da validade do ato, pois, para fins fiscais, é irrelevante o fato de ele ser ilegal, imoral, ou contrário à ética e aos bons costumes. Assim, deve-se admitir, salvo melhor juízo, a tributação de atividades eticamente imorais, ilegais ou contrárias aos bons costumes, pois o que importa

¹⁴ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário, 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000; p.117.

é a capacidade contributiva dos que com elas se envolvem.

Com absoluta precisão, Alfredo Augusto Becker cita alguns exemplos de tributação de atos ilícitos:

Quando a hipótese de incidência tem como elemento integrante o efeito jurídico de um fato jurídico, porém a ilicitude deste fato não impede a irradiação do efeito jurídico. Ex: morte por suicídio é fato jurídico ilícito. Entretanto, a ilicitude deste fato não impede a irradiação dos efeitos jurídicos consistentes na transmissão de propriedade para os herdeiros do suicida. Em conseqüência, realiza-se a hipótese de incidência do imposto de transmissão de propriedade “causa mortis”.

Se o elemento integrante da hipótese de incidência fosse um ato humano então a hipótese de incidência poderá realizar-se ainda que tal ato humano venha acontecer ilícito. Ex: imposto de renda sobre remuneração de serviços médicos, advocatícios, engenheiros etc. Nestes casos, haverá a realização da hipótese de incidência tributária do imposto de renda, ainda que a prestação dos serviços venha a ser ilícita (exercício ilícito da advocacia ou medicina, etc.).¹⁵

Ademais, analisando a questão do ponto de vista ético, seria pior deixar as atividades ilícitas imunes dos tributos, cobrando-os apenas nas atividades lícitas, sacrificando e desestimulando aqueles que praticam atividades não condenáveis. Se assim o fosse, ou seja, se não houvesse incidência tributária sobre os atos moralmente condenáveis, estaríamos diante de uma verdadeira aberração jurídica onde o Estado premiaria, com a isenção fiscal, aqueles que praticam atos contrários ao ordenamento jurídico e aos princípios em que se fundam a sociedade.

Noutro norte, é preciso considerar, também, que, muitas vezes, a tributação desses atos é a única forma do poder público tomar conhecimento de sua ocorrência, garantindo assim a aplicação não apenas das sanções tributárias, mas também penais.

8. MULTA FISCAL

O Estado representa seu poder de punir através da imposição de sanções, exercendo o seu *ius puniendi* com o intuito precípua de preservar a ordem e a tranquilidade necessárias à vida em sociedade. No âmbito do Direito Tributário, as sanções têm o fim de coagir o contribuinte a cumprir a obrigação advinda da legislação tributária, fazendo com que ele contribua para a completa satisfação das necessidades públicas. É com esse pensamento que o legislador inseriu, como objeto da obrigação tributária, a multa fiscal imposta ao contribuinte pelo descumprimento de determinados preceitos tributários específicos, assim previstos pela legislação.

Isto se justifica em razão dos efeitos que um ato ilícito pode gerar e o caráter social das sanções no direito tributário. Sua finalidade básica é impelir o sujeito passivo a nunca descumprir a obrigação tributária, evitando a perda de arrecadação do Estado. Ives Gandra Martins com propriedade aborda o tema, complementando:

¹⁵ BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. 3ª ed. São Paulo. Lejus. 1998; p. 560.

Pode-se dividir as sanções, no campo tributário, em ressarcitórias, punitivas, desincentivadoras, implícitas e corretivas.

As sanções ressarcitórias visam exclusivamente permitir a reposição do valor do tributo recolhido a destempo, pelos acréscimos compensatórios do custo daquele valor, se viesse o Estado a ser obrigado a recorrer-se do sistema financeiro.

As sanções punitivas, por outro lado, ultrapassam os limites do ressarcimento para representarem acréscimo de receita, pretendendo o poder tributante apenar o contribuinte ou responsável, na ocorrência do pagamento a destempo, com carga superior, embora reconhecendo somente a existência de culpa.

As sanções desincentivadoras, por superiores às meramente punitivas, no peso de sua incidência, pretendem atingir a falta de recolhimento oriunda de dolo do sujeito passivo exteriorizado pela sonegação, conluio ou fraude.

As sanções implícitas são aquelas que se incorporam ao próprio tributo, nos casos específicos de tributação penal.

As sanções corretivas constituem penalidades apenas incidentes sobre infrações formais, onde não tenha havido falta de recolhimento do tributo.¹⁶

Imperioso salientar que, a título de correção monetária, o valor das sanções punitivas é acrescentado ao valor do crédito tributário originário, motivo pelo qual o presente tópico mereceu estas sucintas considerações.

9. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE LANÇAMENTO

Constatada a ocorrência de hipótese prevista na lei tributária como fato gerador de tributo, faz-se necessária a instauração do procedimento administrativo tendente a atribuir exigibilidade à obrigação. Em outras palavras, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e propor a aplicação da penalidade cabível, nos casos que comportarem tal sanção.

Vale ressaltar que “a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional”, nos termos do § único do art. 142 do CTN.

Não há dúvidas de que a principal função dos tributos é impor aos cidadãos, por força de uma norma jurídica, o dever de contribuir monetariamente para os custos estatais. Contribuição esta que, em razão do princípio da capacidade contributiva, deverá ser proporcional à capacidade econômica do sujeito passivo.

No entanto, de nada adiantaria a formalização das hipóteses de incidência tributária se não existisse um mecanismo próprio que efetivasse a arrecadação monetária advinda desses tributos. Logo, nascida a obrigação tributária, sua liquidação será necessária e obrigatória a fim de torná-la certa quanto a sua existência, e determinada quanto ao seu objeto, no sentido dado pelo art. 1.533 do Código Civil.

Estando o contribuinte ciente da existência da obrigação tributária, e de sua respectiva matéria fática, cabe ao ente tributante torná-la certa e determinada a fim de atribuir-lhe exigibilidade e propiciar seu recolhimento. O CTN prevê três procedimentos administrativos

¹⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1990; p. 162.

para fazer com que o contribuinte cumpra sua obrigação, a saber:

– Um, cabe ao contribuinte declarar ao Fisco toda a matéria de fato relevante para acertar e liquidar o tributo devido. Procedimento previsto no art. 147 do Diploma Tributário e conhecido como Lançamento por Declaração.

– Outro, previsto pelo CTN no art. 150, onde não há qualquer intervenção direta do Fisco, ou seja, cabe unicamente ao devedor acertar e liquidar o valor do tributo. Neste segundo procedimento, o contribuinte deverá acertar a obrigação tributária por sua conta e risco, assumindo, conseqüentemente, integral responsabilidade pela valoração dada e por eventual erro ou incorreção na liquidação e pagamento do tributo.

E, por último, há o procedimento previsto no art. 149 do CTN, onde o Fisco age de ofício nos casos em que o devedor não informa a ocorrência do fato gerador, informa-a de maneira incompleta ou não cumpre corretamente seu dever de auto-liquidar e pagar o tributo. Neste caso, a administração fazendária deverá investigar e descobrir os fatos praticados pelo devedor, valorando-os juridicamente e, em conseqüência, liquidando corretamente o tributo, exigindo a integralização do pagamento, sem prejuízo das sanções aplicáveis ao caso. Em ambas as formas, a função do lançamento tributário é tornar certa a obrigação tributária e liquidá-la para que possa ser cobrada administrativamente ou através do judiciário pela Execução Fiscal. No procedimento administrativo de lançamento, a autoridade fazendária irá identificar os fatos praticados, quem os praticou e valorá-los do ponto de vista jurídico, utilizando o critério apropriado.

É preciso considerar a relevância desse ato para toda a coletividade, pois o lançamento de um tributo não é ato que apenas formaliza a obrigação tributária, mas também potencializa a transferência de um patrimônio privado para o erário público, passando a ser um crédito da sociedade.

Em linhas gerais, buscando apenas elucidar o instituto para melhor compreensão da problemática proposta, pode-se dizer que lançamento é o procedimento administrativo que individualiza a obrigação tributária, identifica a matéria objeto da tributação, determina o contribuinte da relação jurídica e, finalmente, quantifica economicamente o valor da prestação pecuniária, tudo isso sob a égide da Administração Fazendária.

10. ENCARGOS FINANCEIROS

10.1 Revalorização Financeira e Incidência de Juros de Mora sobre o Crédito Tributário

A recomposição do capital, em razão de uma nova realidade financeira diversa daquela existente à época da ocorrência do fato que gerou a obrigação tributária, foi uma hipótese prevista pelo legislador no § 2º do art. 97 do CTN. Referido dispositivo, com precisão, determina que “não constitui majoração de tributo a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.”

A revalorização dos créditos, mais conhecida como Correção Monetária, nada mais é do que um dos institutos utilizados pelo Direito para restabelecer a igualdade dos valores dos débitos diante de uma nova concepção financeira. Ela funciona fortalecendo determinado numerário em razão da desvalorização do capital no decorrer do tempo, restaurando o poder

aquisitivo da moeda. Não há que se falar em aumento do valor originário, mas apenas em recomposição do numerário em razão da degradação causada por processos inflacionários. Trata-se de mera atualização do valor da moeda, utilizando-se determinados índices, visando à neutralização dos efeitos decorrentes da variação inflacionária, e aqui adentramos diretamente ao assunto proposto neste trabalho.

Pela simples análise do instituto da Correção Monetária, pode-se concluir que sua utilização para fins tributários não representa qualquer majoração do tributo, devendo ser observada, contudo, a disposição do § 1º do art. 161 do CTN. Por força desse dispositivo, o índice a ser utilizado deve ser escolhido diretamente pelo sujeito passivo da obrigação através de seus representantes no Congresso Nacional.

Já os juros de mora têm função indenizatória pela privação do capital nos cofres públicos por determinado período, devendo o contribuinte indenizar o Estado pelo não recolhimento do tributo à data apazada, não tendo, portanto, nenhum caráter punitivo. Sacha Calmon ensina que “em direito tributário é o juro que recompõe o patrimônio estatal lesado pelo tributo não recebido a tempo. A multa é para punir, assim como a correção monetária é para garantir, atualizando o poder de compra da moeda”.¹⁷

Os juros de mora, no âmbito do Direito Tributário, atuam como complemento indenizatório da obrigação principal. A expressão “indenização”, em si, elucida a função dos juros moratórios, pois indica a necessidade de se reparar um dano.

11. CORREÇÃO MONETÁRIA NO ÂMBITO TRIBUTÁRIO

11.1 Considerações Preliminares

Conforme dito anteriormente, o CTN determina no art. 161, §1º, que “se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês.”

Complementando o tópico anterior, pode-se dizer que os juros representam o benefício que determinada pessoa obtém com a inversão de seu capital, ou a contraprestação que recebe do devedor pelo atraso no cumprimento da obrigação. Os juros são calculados em razão do inadimplemento do devedor referente ao período da data do vencimento da obrigação e à data do efetivo pagamento. Por esse motivo, o percentual dos juros utilizado pelo direito tributário para corrigir os débitos fiscais não recolhidos deve ser calculado na mesma medida daquele a que se submete o Estado em razão desse inadimplemento. Isso se justifica no fato de que o contribuinte que não recolhe o tributo na data estipulada pelo fisco não pode ser beneficiado com a aplicação desse valor no mercado financeiro.

Pelo prisma de arrecadação, isso seria fatal para o Sistema Tributário Nacional, pois haveria uma desestimulação generalizada por parte dos contribuintes que recolhem seus tributos em dia e assistem aqueles que, não o fazendo, podem utilizar o numerário como forma

¹⁷ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Teoria e prática das multas tributárias. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 1993; p. 72.

de alavancagem comercial.¹⁸ Ou seja, o não pagamento do tributo não pode representar, de fato, vantagem financeira para o contribuinte inadimplente e/ou sonegador.

Não há dúvidas de que, se o contribuinte não recolhe em dia seus tributos, o Estado terá que valer-se de empréstimos, aumentando a dívida pública para cumprir suas funções, devendo pagar juros por tais empréstimos.

Dessa forma, o percentual de juros utilizado na correção do crédito tributário deve ser estabelecido de maneira proporcional aos juros pagos pelo Governo no mercado financeiro. Somente assim os juros estariam representando a indenização correta pela falta do capital nos cofres públicos, devendo, portanto, ser cobrados nos mesmos percentuais que o Estado paga aos seus credores. Conseqüentemente, a primeira conclusão a que se chega é de que a taxa de juros aplicável aos débitos fiscais não poderá ser estática, mas sim flexível e flutuante, conforme as oscilações do mercado.

11.2 A utilização da Taxa SELIC como parâmetro para correção dos débitos fiscais

Para que se entenda a questão, é importante verificar em que consiste a Taxa SELIC.

A Taxa SELIC foi instituída pela Resolução nº 1.124 do Conselho Monetário Nacional, e reflete o rendimento apurado pela taxa média ajustada dos empréstimos realizados no chamado Sistema Especial de Liquidação e Custódia, calculado sobre o valor nominal dos títulos da dívida pública e pago no momento do resgate desses títulos.

Mediante edição das Circulares de números 2.868/99 e 2.900/99, o Banco Central do Brasil conceituou a SELIC como sendo “a taxa média ajustada dos financiamentos diários apurados no Sistema Especial de Liquidação e Custódia para títulos federais.”

Para melhor compreensão dessa taxa, devem-se analisar as duas formas de negociação dos títulos da dívida pública:

A primeira, pelo chamado “mercado primário”, ou seja, o próprio Estado emitindo seus títulos a terceiros interessados, geralmente grandes Instituições Financeiras.

A segunda, pelo chamado “mercado secundário” ou *open market*, que, por sua vez, é formado pela negociação dos títulos já emitidos entre instituições financeiras que, através desses títulos, buscam lastrear os serviços prestados aos seus clientes.

A negociação diária desses títulos é acumulada para obtenção da taxa mensal, formando assim a taxa SELIC, que é, portanto, o valor da média mensal dos juros pagos nas negociações feitas no mercado secundário com os títulos da dívida pública. Em outras palavras, a taxa SELIC tem o fim precípuo de remunerar o capital que financiará o déficit estatal.

Note-se que em momento algum a aludida taxa de remuneração tem fins punitivos.

¹⁸ Nota: não estamos afirmando que todo contribuinte inadimplente e/ou sonegador utiliza essa conduta para obter vantagem econômica própria. Muitas vezes, o não recolhimento do tributo, ou seu recolhimento a menor, deve-se à elevada carga tributária imposta aos contribuintes que, não possuindo subsídios suficientes para cumprirem com todas as suas obrigações, dão prioridade àquelas que são mais importantes à continuidade da atividade econômica, como por exemplo, o pagamento de empregados, de fornecedores, implementação do capital de giro, etc.

A priori, a taxa SELIC visa remunerar o capital dos investidores, tendo caráter indenizatório para cumprir a função dos juros.

Transpostos estes conceitos preliminares, deve-se analisar a incidência da taxa SELIC na correção dos créditos de origem tributária.

Tratando-se de matéria controvertida, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, não é difícil encontrar argumentos para sustentar a idéia de que o uso da taxa em questão para fins tributários fere preceitos constitucionais. Referidos argumentos, *data venia*, não devem prosperar, pois frágeis e desprovidos de sustentabilidade jurídica. Senão, vejamos: dentre eles, um tem sido mais frequentemente utilizado e baseia-se na idéia de que a taxa SELIC não foi criada por lei, ou seja, a aludida taxa é aplicável apenas no mercado financeiro, não podendo ser utilizada em matéria tributária, face ao princípio da legalidade.

O Superior Tribunal de Justiça, de forma isolada e dissonando do entendimento dos Tribunais Estaduais, tem se inclinado neste sentido:

TRIBUTÁRIO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. ART. 39, § 4O, DA LEI 9.250/95. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

[...]

II – Taxa SELIC, indevidamente aplicada como sucedâneo de juros moratórios, quando na realidade possui natureza de juros remuneratórios, sem prejuízo de sua conotação de correção monetária.

III – impossibilidade de se equiparar os contribuintes com os aplicadores; estes praticam ato de vontade; aqueles são submetidos coercitivamente a ato de império.

IV – Aplicada a Taxa SELIC há aumento de tributo sem lei específica a respeito, o que vulnera o art. 150, inciso I, da Constituição Federal.

[...]

(Resp. 215.881 – 1ª Turma – Relator: Min. Franciulli Neto)

Em seu voto, o Ministro Domingos Franciulli Neto põe a questão nestes termos:

Em matéria tributária, tanto a correção monetária como os juros devem ser previstos em lei. Nesse diapasão, nunca é demais insistir na questão fundamental do problema, assentada no fato de que a Taxa Selic não foi criada por lei.

Escusado lembrar que o Banco Central pode perfeitamente disciplinar essa taxa mediante resoluções e circulares, por lhe tocar plena autonomia na gestão dos títulos públicos, do padrão monetário da moeda e de sua remuneração. Então, não se discute essa faceta do problema. Em outras palavras, o Banco Central nada tem a ver com o que aqui interessa.¹⁹

11.3 Críticas ao posicionamento do STJ e fundamentação ideológica

Não obstante as conclusões para que apontam as decisões dos tribunais estaduais, o

¹⁹ Resp. 215.881/STJ – 1ª Turma – Relator: Min. Franciulli Neto

Superior Tribunal de Justiça manifestou-se pela inconstitucionalidade da utilização da taxa SELIC como parâmetro para correção dos débitos fiscais.

Esse posicionamento é aplaudido por Ives Gandra da Silva Martins: “Meu entendimento é o mesmo, admirando a precisão de S. Exa. à luz do direito, exclusivamente, sem desconhecer o viés econômico, ter conformado o perfil da taxa Selic, que, à falta de sustentação legal, representa violação formal do princípio da estrita legalidade exposto na C.F.”²⁰

Referidas posições, *data máxima vênia*, não devem prevalecer, conforme será demonstrado a seguir.

Para a análise da inconstitucionalidade de uma lei em razão de um princípio constitucional em matéria tributária, é preciso que se interprete, primeiramente, qual o propósito desse princípio, qual bem jurídico ele protege. Incontestável a importância de se interpretar, com vistas à constituição, não só as leis, mas também os princípios, quando utilizados como fontes do direito material. A organização do estado é regida pelo ordenamento jurídico constitucional, surgindo daí a importância de se compreender os seus significados mais profundos, com uma visão de conjunto nos casos em que a necessidade exigir.

O princípio da legalidade tributária se fundamenta na idéia do consentimento do povo, manifestada através de seus representantes legais no Congresso Nacional, que autoriza a cobrança de determinados tributos, e a forma como se dará sua atualização monetária. Seguindo essa orientação, tem-se que os elementos principais da tributação, ou seja, aqueles que a constituem (fato gerador, contribuintes, base de cálculo e alíquota) devem estar previstos em lei.

Não apenas os elementos supracitados, mas todos aqueles que se relacionarem com o acréscimo e a tributação devem respeitar o princípio da legalidade. Ou seja, as multas fiscais, a correção monetária e os juros também devem ser devidamente previstos em lei.

Referido princípio visa, primordialmente, proteger os contribuintes de abusos por parte do Estado, cobrando ou majorando os tributos à mera vontade do administrador público. Assim, o princípio da legalidade mantém intacto o patrimônio do contribuinte, protegendo-o de medidas abusivas e garantindo que os procedimentos de tributação sejam orientados por critérios escolhidos pelos próprios contribuintes. Pelo que se percebe, o princípio da legalidade foi observado, uma vez que foi o Poder Legislativo que estabeleceu, através da edição da Lei 8.981/95, o percentual da taxa de juros conforme o mandamento do já citado § 1º do art. 161 do CTN. O não recolhimento em dia dos tributos leva o Estado a ter que se valer de empréstimos, sujeitando-se ao pagamento de juros. Assim sendo, nada mais justo do que estipular a remuneração que o Estado recebe pelo atraso no pagamento de seus créditos no mesmo patamar aos quais ele se submete como devedor.

Os que militam a favor da inconstitucionalidade da taxa SELIC afirmam, também, que a influência do Poder Executivo no percentual escolhido através da edição de circulares pelo Banco Central gera vício à formalização da exigência fiscal.

Ora, se seguissemos esse raciocínio, todos os índices de correção monetária seriam inconstitucionais, pois, via de regra, são os órgãos do Poder Executivo que os determinam. O

²⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Ilegalidade e inconstitucionalidade da taxa selic para correção de débitos tributário *in* Revista Dialética de Direito Tributário, no 58, p. 54-56.

que ocorre é que existem várias taxas de juros parametrizadas por órgãos do Poder Executivo. Dentre elas, cabe a escolha, pelo Poder Legislativo, de uma que servirá de parâmetro para ser utilizada em matéria tributária. Sendo assim, não há qualquer vício jurídico ou constitucional. Não existe nenhuma causa impeditiva na escolha, por parte do Poder Legislativo, de uma taxa que englobe tanto os juros de mora, quanto a correção monetária, dentre as diversas taxas de juros e índices de correção.

O simples fato de o Poder Legislativo não estabelecer um percentual fixo de juros, mas, sim, um índice flutuante, não é capaz de acarretar a inconstitucionalidade da medida. Pelo contrário, se assim o fosse, haveria um engessamento que traria enormes prejuízos aos contribuintes e aos cofres públicos, pois um parâmetro estático jamais iria refletir com justeza os anseios dos contribuintes e do Governo. Portanto, não há qualquer vício de constitucionalidade na opção feita pelo legislador, uma vez que a finalidade do princípio da legalidade, centralizada no consentimento do contribuinte, foi observada. Não fosse o princípio da legalidade respeitado, acarretando a utilização do balizamento e dos limites estabelecidos pelo Poder Legislativo, sem dúvidas o percentual de correção dos créditos tributários seria muito maior.

Ademais, em respeito ao princípio constitucional da divisão do poderes, cremos que o Poder Judiciário não deve intervir nas funções do Poder Executivo e Legislativo, ou seja, no controle dos limites de juros, na apuração das taxas inflacionárias e na escolha ou estabelecimento do índice de correção monetária e taxa de juros que deverá incidir em matéria tributária.

Outro argumento usado por aqueles que defendem a inconstitucionalidade da taxa SELIC é de que o emprego de referida taxa provoca significativas discrepâncias com o que se obteria caso fossem aplicados índices oficiais de correção monetária, o que também não reflete a realidade. Se analisarmos, a título de exemplo, as taxas de juros praticadas no mercado financeiro brasileiro nas operações de crédito, veremos que a taxa SELIC se mostra uma das mais vantajosas do mercado para o contribuinte inadimplente. Portanto, a utilização da taxa SELIC em momento algum gera cobranças abusivas, que inviabilizem as atividades econômicas dos contribuintes ou que dê caráter confiscatório ao tributo.

12. CONCLUSÃO

De todo o exposto, conclui-se que a correção dos débitos fiscais, parametrizada pela Taxa SELIC, trouxe uma perfeita harmonia e segurança tanto para os contribuintes quanto para o Fisco. Ao fisco, a adoção da taxa SELIC permitiu um equilíbrio entre seus custos financeiros na captação de receita no mercado financeiro e os juros que recebe dos contribuintes que utilizaram de um recurso de origem tributária não recolhido no prazo. Aos contribuintes, foi possível trabalhar com uma taxa de juros reconhecidamente barata, de ampla publicidade e que acompanha as oscilações financeiras do país.

Pelo prisma da equidade social, a Taxa SELIC se insere, de um lado, como desestímulo à inadimplência e/ou sonegação e, de outro, como prêmio ao contribuente adimplente. Não fora isso, o contribuinte adimplente ficaria em desvantagem em relação ao contribuinte inadimplente e/ou sonegador, porque enquanto se sacrificaria em cumprir a obrigação fiscal, o descumpridor estaria usando o valor do tributo para alavancar seus interesses empresariais.

Não fosse referida taxa utilizada como parâmetro para atualização dos débitos fiscais, estaria se ferindo de morte o também constitucional Princípio da Igualdade, vez que haveria flagrante dissonância entre os tratamentos dispensados aos contribuintes adimplentes e inadimplentes, sendo este último privilegiado em detrimento do primeiro.

Destaca-se, por fim, que a utilização da Taxa SELIC amenizou o incômodo sentimento existente entre os contribuintes de que existia uma desigualdade em sua relação com o fisco, em razão da inexistência, até então, de um critério que refletisse o que deveria ser pago pelo contribuinte e o que deveria ser recebido pelo fisco, a título de atualização financeira. Logo, não se vislumbra nenhum vício de legalidade, de inconstitucionalidade ou de abuso na incidência e exigência de Taxa SELIC, em matéria tributária.

13. ABSTRACT:

This paper analyses whether it is constitutional or not the use of SELIC to bring up-to-date monetary values in fiscal debts. This option has been criticized in legal literature and jurisprudence with the statement that it disrespects the constitutional principle of legality. First of all, there is an approach of some Tax Law institutes in order to comprehend the forms of creation of fiscal debts. In conclusion, the paper, through the analysis of those institutes in conformity with law, presents the opinion of the author over the constitutionality of this use of SELIC.

Keywords: Tax law. Constitutional law. Fiscal debts. SELIC. Constitutionality.

14. REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. Circular BACEN nº 2.868, de 4 de março de 1999. Estabelece período de vigência da meta para a Taxa SELIC, seu eventual viés e aprova o novo Regulamento do Comitê de Política Monetária (COPOM).
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. Circular BACEN nº 2.900 de 24 de junho de 1999. Estabelece período de vigência da meta para a Taxa SELIC, seu eventual viés aprova o novo Regulamento do Comitê Política Monetária (COPOM).
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª ed. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário**. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3ª ed. São Paulo. Lejus. 1998.
- BORGES, José Souto Maior. **Lançamento Tributário**. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Teoria e Prática das Multas Tributárias**. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed. 1993.
- FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato Gerador da Obrigação Tributária**. 6ª ed. rev. e atual. por Flávio Bauer Novelli, Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FARÁG, Cláudio Renato do Canto. **Juros em matéria tributária e a constitucionalidade da taxa SELIC**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1325>>. Acesso em: 12 abr. 2006.

FREITAS, Leonardo. **Caráter confiscatório da multa tributária: há limite para a imposição de penalidade pecuniária?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 48, dez. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1341>>. Acesso em: 12 abr. 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Da Sanção Tributária**. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARTINS, Ives Gandra da Silva: “Ilegalidade e inconstitucionalidade da taxa selic para correção de débitos tributário”. In **Revista Dialética de Direito Tributário**, março de 2000, no 58.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. **Fato gerador da obrigação tributária**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 546, 4 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6128>>. Acesso em: 10 abr. 2006.

NOVELLI, Flávio Bauer. **Direito Tributário Brasileiro**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito Tributário - Capacidade Contributiva**. 2ª ed. rev. e atua. Rio de Janeiro. Renovar. 1998.

PIRES, Adílson Rodrigues. **Manual de Direito Tributário**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1997.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento Tributário**. 1ª ed., São Paulo, 1996.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Voto proferido pelo Ministro Franciulli Netto no Resp 215.881/PR, julgado pela Segunda Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça em 24 de setembro de 2002 e publicado do DJ de 30 de junho de 2003, p. 163.

VARELLA, Luiz Salem. **Taxa Selic: inconstitucionalidade Lei nº 9.250/95**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2003.

XAVIER, Alberto. **Do lançamento. Teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO E ENVIO DE TRABALHOS

Texto em três vias com o(s) nome(s) e dados do(s) autor(es). Os artigos devem ser digitados com espaço simples entre linhas e gravado no **Word for Windows** versão 6.0 ou superior, e ter no máximo 30 páginas. O texto deve ser digitado em papel tamanho A4, com margens: superior e inferior, 2,5 cm; esquerda, 3 cm; e direita 2 cm. Tipo de letra: **Times New Roman**, tamanho 12. Citações diretas superiores a 3 linhas: tamanho 11, com recuo de 2,5 cm do alinhamento da margem esquerda. Notas de rodapé numérico-sequencial: tamanho 10.

As resenhas devem ter, no máximo, cinco páginas com o mesmo padrão de digitação dos artigos. Devem apresentar a referência completa da obra analisada, no início do trabalho.

ESTRUTURA DOS ARTIGOS:

Título: Claro e objetivo, na mesma língua do texto.

Nome(s) do(s) autor(es), com titulação e vínculo institucional em notas de rodapé. **Resumo:** No caso de artigo, o autor deve apresentar resumo em português, indicando até cinco palavras-chave. Se possível, o resumo e as palavras-chave devem ser apresentados também em outra língua. **Sumário:** Discriminação numérica dos tópicos desenvolvidos.

Conteúdo do artigo: Introdução, desenvolvimento e conclusões, livres. Entretanto, em caso de divergência com a doutrina, com a jurisprudência ou com a legislação vigente, deve o autor fundamentar seu ponto de vista e sugerir a forma de seus aperfeiçoamentos.

Ilustrações (figuras, desenhos e gráficos): Se necessárias, devem ser apresentadas em preto e branco, confeccionadas eletronicamente, indicando o programa utilizado para a sua produção; as tabelas devem ser elaboradas no próprio **Word for Widows**. Devem ser indicadas e referenciadas de acordo com a NBR 6023/2002 e NBR 10520/2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Sistema numérico: Recomenda-se a utilização do sistema de chamada **numérico** (e, não, **autor-data**) para a indicação das citações ocorridas no texto.

Notas de rodapé (de referência ou explicativa): Devem estar de acordo com a NBR 10520/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Apresentam-se ao pé da página com caracter e espaço de entrelinhas menores do que os usados no texto. Cada nota deve iniciar em uma linha com o respectivo número de remissão em algarismo arábico, em numeração única e sequencial para todo o texto.

a) – Notas de **referência:** A primeira citação de uma obra, em nota de rodapé, deve ter sua referência completa. [Ex: SOUZA E SILVA, José Aparecido de (de acordo com o nome escolhido pelo autor e registrado em sua obra). **A Importância do Ensino Jurídico**. 3ª ed. Uberaba: Difusão Cultural, 2006, p. 346.]. As subsequentes citações da mesma obra podem ser referenciadas de forma abreviada [ex: SOUZA E SILVA. Obra citada, p. 489.]. Se o autor não tiver “nome” registrado, nem for do conhecimento público, deve-se transcrevê-lo por inteiro.

b) – Notas **explicativas:** Servirão para considerações suplementares importantes ou para remeter o leitor a outras partes da obra e, também, para indicar informações obtidas por meio de canais informais ou docu-



mentos em fase de elaboração, ou, ainda, para identificar o autor, o vínculo profissional, endereços e auxílio recebido. As notas de referência servirão para indicar as fontes consultadas e indicadas nas citações. Tanto as notas explicativas como as de referência, além de aclarar melhor o texto, servirão, também, para facilitar o aprofundamento da pesquisa pelo leitor.

Referências: A relação de obras citadas ou consultadas, em ordem alfabética pelo nome dos autores, deve ser apresentada no final do artigo, de acordo com a NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

APRECIÇÃO PELO CONSELHO EDITORIAL

Os trabalhos serão avaliados pelo Conselho Editorial quanto ao mérito, relevância e oportunidade de publicação, considerando o perfil e a linha editorial da Revista, preservando-se o anonimato dos pareceristas. Os originais, quando não aprovados para publicação, não serão devolvidos. Os textos aprovados, mas que não se enquadrarem nos padrões de publicação da revista, serão encaminhados aos autores para, no prazo de um mês, procederem às devidas adaptações.

DIREITOS AUTORAIS: Como se trata de revista de divulgação cultural acadêmica, destinada, predominantemente, ao intercâmbio bibliográfico entre Universidades (sem objetivo de lucro e/ou de comercialização, e com disponibilidade pela **Internet** – <http://www.uniube.br/institucional/publicacoes/unijus/>), os autores/colaboradores não fazem jus à remuneração por direitos autorais. Podem eles, livremente, republicar o trabalho, com ou sem modificação. A reprodução da revista, no todo ou em parte, por outros interessados também é livre, desde que citem a fonte. Eventual disponibilidade da revista aos acadêmicos da UNIUBE ou a outros interessados (a preço subsidiado e com objetivo de reembolso parcial dos custos) não modifica a presente condição.

CORTESIA E RETRIBUIÇÃO: Cada autor fará jus a dez (10) exemplares da edição, como cortesia e retribuição à colaboração. Em caso de produção coletiva, a quantidade acima será dividida entre os autores.

ENCAMINHAMENTO: Os trabalhos devem ser precedidos de carta de encaminhamento assinada por todos os autores, afirmando estar de acordo com as condições acima e solicitando publicação na Revista UNIJUS, indicando:

- Título do trabalho;
- Nome(s) do(s) autor(es) e identificação;
- Qualificação profissional;
- Instituição a que está vinculado;
- Endereço completo para contato (Fax, E-Mail, Telefone).



