

REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 23

Nº 1 - Nov.2015/Abr.2016



Conselheiro
Lafayette Rodrigues Pereira


EMARF



**REVISTA
DA ESCOLA DA
MAGISTRATURA REGIONAL
FEDERAL DA 2ª REGIÃO
EMARF**

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 23
Nov.2015/Abr.2016

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Revista da Escola da Magistratura Regional Federal / Escola da
Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região.
N. 1 (ago. 1999)

Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2015 - volume 23, n. 1
(nov.2015/abr.2016)

Semestral

Disponível em: <[http://seer.trf2.jus.br:81/emarf/ojs/index.
php/emarf](http://seer.trf2.jus.br:81/emarf/ojs/index.php/emarf)>

ISSN 1518-918X

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura Regional
Federal.

CDD: 340.05

Diretoria da EMARF

Diretor-Geral

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

Diretor de Cursos e Pesquisas

Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Diretor de Publicações

Desembargador Federal Guilherme Diefenthaeler

Diretor de Estágio

Desembargador Federal Marcus Abraham

Diretor de Intercâmbio e Difusão

Desembargador Federal Ricardo Perlingeiro

EQUIPE DA EMARF

Clarice de Souza Biancovilli Mantoano - Assessora Executiva

Rio de Janeiro

Carlos José dos Santos Delgado

Edith Alinda Balderrama Pinto

Flávia Munic Medeiros Pereira

João Paulo de Jesus Baptista

Leila Andrade de Souza

Luciana de Mello Leitão

Luiz Carlos Lorenzo Peralba

Maria Suely Nunes do Nascimento

Osmani Valporto Moreno

Pedro Mailto de Figueiredo Lima

Marta Geovana de Oliveira

Thereza Helena Perbeils Marchon

Espírito Santo

Jaqueline Guioti Dalvi

Livia Peres Rangel

Soraya Bassini Chamun

Conselho Editorial

Alberto Nogueira, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal aposentado, Brasil

Alberto Nogueira Jr., Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Américo Augusto Nogueira Vieira, Advogado e Professor de Direito da UFPR, Brasil

Américo Bedê Freire Jr., Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Ana Paula Vieira de Carvalho, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

André Ricardo Cruz Fontes, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Artur de Brito Gueiros de Souza, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Caio Márcio Gutterres Taranto, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Carlos Guilherme Francovich Lugones, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Carmem Tiburcio, Advogada, Brasil

Celso de Albuquerque Silva, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Daniel Antônio de Moraes Sarmento, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Denis Borges Barbosa, Jurista, Brasil

Eugênio Rosa de Araújo, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Guilherme Couto de Castro, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Gustavo Sampaio Telles Ferreira, Universidade Federal Fluminense, Professor, Brasil

Helena Elias Pinto, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

Jane Reis Gonçalves Pereira, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

Leonardo Greco, Advogado, Brasil

Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

Firly Nascimento Filho, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Flávio de Oliveira Lucas, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Luís Greco, Advogado, Universidade da Alemanha, Alemanha

Luiz Antonio Soares, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Marcus Abraham, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Marcus Lívio Gomes, Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Nadia de Araújo, Procuradoria de Justiça - MPRJ, Assessoria de Recursos Constitucionais, Brasil

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Procurador de Justiça aposentado, Advogado, Brasil

Paulo Freitas Ribeiro, Advogado, Brasil

Poul Erik Dylund, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Reis Friede, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Rodolfo Kronenberg Hartmann, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Rodrigo de Souza Costa, Advogado, Brasil

Rogério Dutra dos Santos, Universidade Federal Fluminense - UFF, Brasil

Salete Maria Polita Maccalóz, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargadora Federal, Brasil

Sérgio D'Andrea Ferreira, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal aposentado, Brasil

Silvana Batini César Góes, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Theophilo Antonio Miguel Filho, Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Presidente:

Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND

Vice-Presidente:

Desembargador Federal REIS FRIEDE

Corregedor-Geral:

Desembargadora Federal GUILHERME COUTO

Membros:

Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO
Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA
Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ
Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER
Desembargador Federal ANDRÉ FONTES
Desembargador Federal ABEL GOMES
Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES
Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO
Desembargadora Federal LANA REGUEIRA
Desembargadora Federal SALETE MACCALÓZ
Desembargador Federal GUILHERME CALMON
Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO NEIVA
Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO
Desembargadora Federal NIZETE LOBATO RODRIGUES CARMO
Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO
Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES
Desembargador Federal GUILHERME DIFENTHAELER
Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM
Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA
Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO
Desembargadora Federal CLAUDIA MARIA PEREIRA BASTOS NEIVA
Desembargadora Federal LETÍCIA DE SANTIS MELLO
Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER
Desembargador Federal MARCELLO GRANADO

SUMÁRIO

A CRÍTICA AO POSITIVISMO E A APROXIMAÇÃO COM O INSTITUCIONALISMO.....	11
André R. C. Fontes	
A CAUSA DE PEDIR E O BROCARDO IURA NOVIT CURIA	27
Bernardo Guitton Brauer	
GESTÃO DE UNIDADES PRISIONAIS COM GANGUES: A EXPERIÊNCIA DO RIO DE JANEIRO	51
Cesar Caldeira	
O PENSAMENTO JURÍDICO, AS FONTES DE DIREITO E A LEGALIDADE NO MOMENTO REVOLUCIONÁRIO DO SÉCULO XVIII.....	89
Eduardo Ponce da Costa	
A FIXAÇÃO DA CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA COMO PARÂMETRO MÁXIMO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UMA ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA DO ACORDÃO MELLONI.....	115
Fernanda Barreto Alves e Rafael Meireles Saldanha	
O CREDIT SCORING SOB O VIÉS DO COROLÁRIO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR.....	137
Fernanda Vivacqua Vieira	
O TESTE 360° DE CONFUSÃO DE MARCAS	155
Filipe Fonteles Cabral	
PODER DE POLÍCIA E FIXAÇÃO DE ASTREINTES. UMA VISÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E DO DIREITO ELEITORAL	179
Flávio de Araújo Willeman	
O SISTEMA DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL FRANCÊS: DO PRIMADO DA LEI À QUESTÃO PRIORITÁRIA DE CONSTITUCIONALIDADE.....	193
João Pedro Accioly Teixeira	
LIBERDADE DE REUNIÃO: TOLERÂNCIA PARA INTOLERÂNCIA.....	209
José Alfredo dos Santos Júnior	

DESAPOSENTAÇÃO: EXPECTATIVAS E CONTROVÉRSIAS	247
Marcelo Leonardo Tavares e Murilo Oliveira Souza	
CORRIGINDO O FOCO SOBRE O DEBATE A RESPEITO DA MENORIDADE PENAL	269
Reis Friede	
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO E A CONTROVÉRSIA EXISTENTE EM TORNO DE SUA NATUREZA JURÍDICA	283
Renata Marques Osborne da Costa	
A RELEVÂNCIA DA INFORMAÇÃO NO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS E O PROBLEMA DOS ABUSOS DE MERCADO	305
Renata Rodrigues de Abreu Ferreira	
PRINCÍPIOS E REGRAS GERAIS DA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA (2008).....	325
Ricardo Perlingeiro	
COTAS ELEITORAIS E AÇÕES AFIRMATIVAS	381
Sidney Pessoa Madruga	
A INCIDÊNCIA DO ICMS NOS CONTRATOS DE AFRETAMENTO	393
Thereza Christina Loss Fonseca Mattos e Décio Machado Borba Netto	
HAVERÁ UM DIREITO INTERNACIONAL À DEMOCRACIA?	409
Viviane Pleyzy	

A CRÍTICA AO POSITIVISMO E A APROXIMAÇÃO COM O INSTITUCIONALISMO

André R. C. Fontes¹

Qual seria a fonte do Positivismo? Seja pela afirmação de um conhecimento científico, ou pela afirmação de teorias por um método científico pretensamente único, o Positivismo, tal como os filósofos o reconhecem, consiste no conjunto de pensamentos a respeito de conhecimentos dos fatos verificáveis pela experiência, a fim de explicar os fenômenos do mundo sensível. Conquanto a literatura não seja unânime na classificação das correntes de pensamento de cariz positivista, uma afirmação contundente será a melhor premissa a ser proposta neste momento: é a de que não tem o Positivismo uma relação necessária e direta com o Positivismo Jurídico, a não ser pela consideração do Direito como uma criação humana, o chamado Direito Positivo e por negar a Metafísica.²

Se admitíssemos que a ideia de percepção pelos sentidos seja o elemento comum e, por isso, a inserção do Positivismo Jurídico como parte de um conhecimento positivista comum, e, portanto, ser comum a um número maior ou menor de casos, deve-se considerar que o Positivismo Jurídico manifesta-se há muito mais tempo, e que antecede mesmo à formulação do Positivismo como Escola filosófica, assim denominada por Auguste Comte. Se a certidão de batismo do Positivismo é encontrada na

¹ Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), com estágio pós-doutoral na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

² Luis Recasens Siches. *Filosofia del derecho*. 20ª e. México: Porrúa, 2010. p. 448. Georges Renard. *Introducción filosófica al estudio del derecho*. Tomo II. Trad. Santiago Cunchillhos Manterola. Buenos Aires: Dedebe, 1947. p.31.

obra de Comte, no início do Século XIX, o corpo submerso do Positivismo Jurídico parece remontar a período bem anterior. Em qualquer esfera de conhecimento jurídico, de qualquer ponto de partida, Christiano Thomasius, um dos representantes do Iluminismo na Alemanha, ao separar a Moral ou a Teologia Moral do Direito, já no final do século XVII, deverá ser o nome a ser lembrado como precursor do Positivismo Jurídico.³

Provavelmente, o chamado Positivismo Jurídico, amparado na luta contra a especulação teórica empreendida pelo Positivismo na sua busca pela observação e pelo conhecimento oriundo da experiência, tenha conduzido a uma associação de ideias, especialmente contra a Metafísica – a sua principal adversária, associada, ao que parece, à figura do *Direito Natural*.⁴

As características distintivas do Positivismo, de busca do real, do concreto, do observável e do experimental, deram elementos particulares ao Positivismo Jurídico, e provocaram uma atenção quanto aos aspectos volitivos da lei e de sua vocação libertadora, de modo que o Direito seria o positivo, e tudo aquilo que a lei e os costumes pudessem determinar, segundo a vontade geral, expressa, indiretamente, na lei pelos parlamentares, ou diretamente, por ação costumeira, seria o que a experiência haveria de considerar.⁵

O objetivo do conhecimento humano é chegar a uma verdade, que torne possível uma orientação acertada no meio social ou, mais propriamente, na convivência, e modificar esse meio de acordo com a necessidade do homem. E o Positivismo foi um meio inestimável para aumentar o saber humano, ao definir o que seria objeto ou não da vontade de todos. É que a veracidade deixava de ser, definitivamente, resultado de uma inútil especulação, para se tornar a mais útil e concreta forma de percepção da realidade, e, mais ainda, da *voluntas populi*. Estabelecer uma relação do Positivismo Jurídico com os Estados totalitários ou governos ilegítimos talvez não seja a correta e exclusiva forma de fazer associações. Deve-se,

³ Nello Andreotti Neto, Direito Civil e Romano. São Paulo: ed. do autor, s/d. p. 42. Luis Recasens Siches. Filosofia del derecho. 20ª ed. México: Porrúa, 2010. p. 415.

⁴ Kazimierz Ajdukiewicz. Problemas e teorias da Filosofia. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1979. p.78.

⁵ Pedro Hermílio apresenta os argumentos determinantes de Schmitt contra o Positivismo. Cf. a obra Secularização Inacabada, de Pedro Hermílio Villas Bôas Castelo Branco, Curitiba: Appris, 2011, no seu primeiro capítulo há o direcionamento para a obra Lei e sentença. Cf. ainda Maria Lucia Amaral Carl Schmitt e Portugal – O problema dos métodos em direito constitucional português. Perspectivas constitucionais Nos 20 anos da constituição de 1976. v. I, páginas 166-194.

acima de tudo, atentar para o fato de que para atingir-se a veracidade dos nossos conhecimentos, faz-se necessário um critério (uma medida de verificação), que confirme a sua justeza. E isso, certamente, seria passível de encontrar-se somente na lei e na experiência consuetudinária - é o que o Positivismo Jurídico *grosso modo* proclama.⁶

O critério seguro proposto pelos positivistas não encerraria a verdade segundo as críticas, e não refletiria adequadamente as leis da realidade. A recusa ao Positivismo, como é de curial sabença, não foi obra de uma só mão, de uma só pena, mas, foi, em verdade, uma virada de muitas mãos, todas elas a questionar a possibilidade exclusiva de que a *lei e os costumes* seriam os fatos do Direito, e não a pura especulação teórica representada pela Metafísica. Também se desenvolveu, no Direito, uma série de críticas, que prepararam o terreno para outras formas de conhecimento, não somente nas Ciências Humanas, Sociais e até Biológicas. É o caso, por exemplo, de certas pesquisas científicas sobre a Engenharia Genética e a pesquisa com armas nucleares, que encontram seus limites, quando não os integra aos próprios fundamentos, os contornos éticos e morais, portanto metafísicos, de cada uma dessas atividades mencionadas.⁷

Se tomarmos por base o Código Napoleão, que ostenta a capacidade dos homens para conhecer o Direito, de sistematizar todo o conhecimento jurídico e de descobrir as leis de seu desenvolvimento, os problemas em torno dos quais se atarefava o pensamento jurídico estavam a exigir uma nova base de conquista do conhecimento. E o Código francês, na sua vocação de sistematizar idéias e harmonizar interesses, parece ter chegado a esse resultado, ao revelar ao mundo a nova forma de conhecimento: o codificado. O *Code Napoléon* é tomado exatamente nessa linha, ou seja, de modo a incorporar na sua sistematização os elementos metafísicos reconhecidos pelos juristas encontrados no Direito Natural. Desse modo, ao colher e ordenar o melhor do pensamento jurídico da França na ocasião, esquadrinhava o modo mais puro do Direito Natural que supostamente se reconhece, assim consagrado pela Escola da Exegese. Mas, o rigor da sua

⁶ A. L. Machado neto. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. Raymond Carré de Malberg. La legge espressione della volontà generale. Trad. Marina Calamo Spechia. Milão: Giuffrè, 2008. p. 11. Georges Renard. Introducción filosófica al estudio del derecho. Trad. Santiago Cunchillos Manterola. T. I. p. 185. Edith Stein talvez seja o grande argumento contra a associação do Positivismo com a falta de democracia. Cf. As mais belas páginas de Edith Stein. Lisboa: Carmelos, 2003. p. 56. Jacinta Turolo Garcia. Edith Stein e a formação da pessoa humana. São Paulo: Loyola, s/d. p. 15.

⁷ Luis Recasens Siches. Filosofía del derecho. 20ª e. México: Porrúa, 2010. p. 158. Kazimierz Ajdukiewicz. Problemas e teorias da filosofia. Trad. Pablo Rubén Mariconda e Regina Correa Rocha. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1979. p. 77.

aplicação textual provoca uma reação generalizada contra o racionalismo, o formalismo, o legalismo e o positivismo na sua concretude, e que irá desembocar em uma crítica de seus frutos no âmbito do pensamento jurídico, e mais especialmente, no Positivismo – termo que passou a abranger, na *communis opinio*, todo o estado de coisas indesejáveis da aplicação do Código com “rédeas curtas”.⁸

Esse panorama dominou de tal forma o Século XIX, que uma integração do texto de modo a atender a uma ficta vontade do legislador passou a ser uma solução para numerosos problemas sem solução expressa no *Code*. E toda a exegese e classicismo jurídico passaram a ter uma confiança cega às construções lógicas defendidas como objetivo e para resolver os problemas de soluções não codificadas. Esse estado de coisas desencadeou uma reação uníssona e altissonante de movimentos contrários a essa visão formal, que, agrupados, *commoditatis causa*, na luta contra o que foi chamado genericamente de Positivismo, negavam-se a dar uma aplicação em bases exegéticas ao Código Napoleão. Esses movimentos receberam, assim como seus defensores, uma alcunha dessassociada do Positivismo (porque alguns deles também serão positivistas) e serão chamados de Antiformalistas.⁹

Não se deve olvidar que a prática também não é estática, ou seja, dada de uma só vez e para sempre, de forma fixa e inalterável como parecem querer os críticos do Código Napoleão. A prática do *Code Civil* demonstrava a capacidade dos homens para conhecer o mundo e descobrir as leis do desenvolvimento. Mas, a matéria é infinita e inesgotável, motivo pelo qual sempre haveria fenômenos que ainda não serão conhecidos e que dos quais se exigiriam novas formulações e novas soluções. E se não há fenômenos incognoscíveis, e informações que ontem eram desconhecidas, hoje haveriam de ser conhecidas. Problemas, certamente, em torno dos quais

⁸ Maria José Bernuz Beneitez. François Geny e el derecho La luta contra el método exegético. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2006. p. 33. François Géný. Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo. Trad. José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2000. passim. Georges Renard. Introducción filosófica al estudio del derecho. Tomo II. Trad. Santiago Cunchillhos Manterola. Buenos Aires: Dedebec, 1947. p. 31. León Duguit. Las transformaciones del derecho público y privado. Trad. Adolfo Posada. Granada: Comares, 2007. passim. Maurice Hauriou. Principios de derecho público y constitucional. Trad. Carlos Ruiz del Castillo. Granada: Comares, 2003. passim.

⁹ Georges Renard. Introducción filosófica al estudio del derecho. Tomo II. Trad. Santiago Cunchillhos Manterola. Buenos Aires: Dedebec, 1947. p. 31. M.G.V. Scherer. Principales différences entre lei Code Napoleón (1804) e le Code Guillaume II (1900). Paris: Recuel Sirey, 1927. León Duguit. Las transformaciones del derecho público y privado. Trad. Adolfo Posada. Granada: Comares, 2007. passim. Maurice Hauriou. Principios de derecho público y constitucional. Trad. Carlos Ruiz del Castillo. Granada: Comares, 2003. passim. François Géný. Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo. Trad. José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2000. passim.

se atarefava o pensamento jurídico e o Código Civil francês, que ambos não seriam capazes de resolver surgiram logo em seguida à entrada em vigor. Como era de se esperar, soluções foram reclamadas. Essa consequência não era querida pelos autores do Código, que gerou e consagrou, dessa forma, a época pela reação antiformalista, marcada pelas críticas a um abrangente e genérico Positivismo imperante na aplicação do Code Napoléon.¹⁰

O Positivismo Jurídico, muitas vezes confundido com o Cientificismo Jurídico, passou a encontrar críticas que encontravam confirmação reiterada na prática, como foi o caso, por exemplo, do impropriamente denominado *ato inexistente*, conceito originado pela ausência de uma nulidade expressa, prevista no Código Napoleão, para o casamento de pessoas do mesmo sexo, diante do *princípio pas de nullité sens texte*. Na ausência de uma sanção expressa para a proibição de casamento entre pessoas do mesmo sexo, a solução foi entender que se tratava de um *ato inexistente*. Esse exemplo demonstrava que, no conhecimento do Direito, haveria sempre núcleos que surgiam incompatíveis com o ideal não imutável do legislador francês e que aumentavam com o avanço do conhecimento acumulado com novas deduções e conclusões.¹¹

A França, como país único e de uma exclusiva continuidade histórica, parece ter tido um reconhecimento de sua situação de fato, independente da Paz de Westfalia, que inaugurou o moderno sistema internacional de Estado Nação. Por outro lado, a França conheceu oito constituições e, portanto, oito Estados franceses foram criados, ao menos se considerados a partir da sua singular experiência de oito constituições. E se de um lado mudava o Estado francês, o Código Napoleão permanecia imaculado e inalterado e vencia irretorquivelmente cada nova constituição, republicana ou monárquica, real ou imperial. Nunca satisfeito com o que observava, o homem acabou por modificar a realidade pretensamente imutável do Código Napoleão, a despeito da Escola da Exegese e a conceber novas ideias e pensamentos antiformalistas. É na relação desses debates históricos que surgem os movimentos contrários ao Positivismo Jurídico de que resultaria *ex facto* a aplicação do Código Civil Francês encabeçados por

¹⁰ A. L. Machado neto. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 20.

¹¹ Curiosamente a solução do ato inexistente foi dada por Zacharie, um alemão, no momento em que vigorava em terras germânicas o Código francês pela ocupação napoleônica da Alemanha. Cf. Caio Mario. Instituições de Direito Civil. v. I. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 552. Esse exemplo parece hoje estar prejudicado pela nova legislação francesa que instituiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Gonzague Truc. História da Filosofia. Trad. Ruy Flores Lopes e Leonel Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1958. p. 256. M.G.V. Scherer Principales différences entre loi Code Napoléon (1804) e le Code Guillaume II (1900). Paris: Recueil Sirey, 1927.

Duguit, Géný e Maurice Hauriou. Um distintivo característico entre eles é o uso por todos, ainda que de pontos de vista diferentes, da Sociologia – termo cunhado por Auguste Comte, conhecido fundador do Positivismo. E a chave para bem compreender a atividade contrária ao Positivismo estará na própria terra do pai do Positivismo: a França. É que um dos críticos, quicá, o principal, Léon Duguit, é igualmente positivista, embora, o seja, é verdade, na vertente sociológica. E o alvo de suas críticas é a Metafísica, e mais especificamente a do Conceptualismo alemão, na figura central do *direito subjetivo* – agora definitivamente delineado pelas mãos luminosas e inolvidáveis de Georg Jellinek.¹²

O problema não se apresenta apenas na complexidade e no processo contraditório do conhecimento, mas, ao contrário, em causas ideais, que buscavam soluções nas tarefas práticas, sem deixar de levar em conta o extenso e profundo campo das abstrações. Cada problema novo sem solução no Código renovava a orientação exegetica e incentivava o ambiente antiformalista. Um grande e inacabado código, com a necessidade de adaptar-se aos casos novos. E isso encontrava amparo nas próprias condições em que o código era aplicado, pois a experiência nos convence, em particular, do seguinte: o Código Civil, vivo e operado, numa França de várias constituições, era a prova da qual emergia um Positivismo, o Positivismo Sociológico.¹³

Esse Positivismo Sociológico descobre-se de um modo evidente na enorme complexidade de ocorrência que exigiriam na aplicação de um código, como o *Code Napoléon* - o primeiro das grandes codificações modernas. Para melhor se compreender o comportamento de um povo

¹² O ânimo de Duguit parece ser o Revanchismo, que descamba para um anti-germanismo e a recusa da figura central do direito subjetivo. A crítica de Duguit e que era pura metafísica pode ser encontrada em suas obras. Cf. Lecciones de Derecho público general. Trad. Javier Garcia Fernández. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 20. Sobre o direito subjetivo, cf. Georg Jellinek. Sistema de diritti pubblici subbiettivi. Trad. Gaetano Vitagliano. Milão: Società Editrice Libraia, 1912. passim. A. L. Machado Neto. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 30. Carré de Malberg. Teoria general del Estado. Trad. José Lion Depetre. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. Caio Mario da Silva Pereira. Instituições de Direito Civil. v. I. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 65. Gabriel Marty e Pierre Raynaud. Droit Civil. T. I. Paris: Sirey, 1956. p. 126. Hipólito Taine. Los orígenes de la Francia contemporánea. Buenos Aires; Editorial Mayo, 1944. passim. Jean-Etienne-Marie Portalis. Discurso preliminar del proyecto de código civil frances. Trad. Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Valparaíso, 1978. passim. A. Fouillée. Novísimo concepto del derecho. Madrid: La España Moderna, 1922. p. 70. Carl Schmitt. Teoria de la constitución. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 37.

¹³ R. Carré de Malberg. op. cit. Caio Mario da Silva Pereira. op. cit. Edgar Bodenheimer. Ciência do direito Filosofia e metodologia jurídicas. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 150. Jean Dabin. La philosophie de l'ordre juridique positif. Paris: Recueil Sirey, 1929. p. 114. Léon Duguit. Las transformaciones del derecho público y privado. Granada: Comares, 2007. p. 17.

disciplinado por uma codificação que se confronta com a sua própria Constituição, como no exemplo francês, e se circunscrevendo na temática do *Código contra Constituição* a respaldar o fato social contra a ordenação constitucional, lembramos o caso que parece mais emblemático, o de Quebec. O *Common law* foi recusado pelo povo de expressão francesa do então Baixo Canadá, dominado pelo Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda, após as vitórias sobre a França na Guerra dos Sete anos, que resultaram na celebração do Tratado de Paris, de 1763. Também exemplificam esse fenômeno a codificação (ou codificações) da Louisiana, e, de certo modo, a de Porto Rico, que não abandonaram seu código civil. Em todos esses locais, o *Common Law* não conseguiu se impor ou não teve uma repercussão total ou parcial. Na Alemanha, o Código Civil (*das Bürgerliche Gesetzbuch*, conhecido pelo acrônimo *BGB*) venceu o Kaiser, Weimar, o Nazismo, o Comunismo, e reina absoluto na República Federal da Alemanha.¹⁴

A verdadeira luta contra o Positivismo, que resultou dos efeitos da aplicação da jusnaturalista Escola da Exegese, deu origem, na França, como resultado da sua aplicação, um movimento chamado de Antiformalista, conduzido por François Géný, Leon Duguit e Maurice Hauriou.¹⁵ Géný desenvolveu uma teoria sobre métodos de interpretação, que não se limitavam aos contornos jurídicos.¹⁶ Duguit seguiu uma linha que não era do Positivismo formal, legal e exegético, mas que descambava para um *Positivismo Sociológico*.¹⁷ Maurice Hauriou, a despeito de abraçar um sociologismo jurídico, optou por uma crítica não somente ao Positivismo em vigor, mas, também, ao seu colega da Universidade de Bordéus, Léon Duguit.¹⁸

¹⁴ Marcel Giraud. *Historia del Canadá*. Trad. Zoe de Godoy. Madri: Salvat, 1956. Jean Hamelin. *Jean Provencher. Breve História de Quebec*. Trad. Glenn Gallardo. México: Fondo de Cultura Económica, 2003. Maurice Denuziere. *Louisiana*. Trad. Augusto Donaudy. Milão: Rizzoli, 1979. p. 108. Kátia Gerab Baggio. *A questão nacional em Porto Rico*. São Paulo: Annablume, 1998. J. C. Ogelsby. *Breve história de Canada*. Trad. Roberto Gabaldón. Caracas: 1985. p. 65. Desmond Morton. Trad. Luiz Roberto de Godoi Vidal. São Paulo: Alfa-Omega, 1989. p. 28. Raoul P. Barbe. *Droit Administratif canadien et québécois*. Ottawa: Éditions de L'Université D'Ottawa, 1969. p. 49. Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. Fraz Wiacker. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

¹⁵ Sobre o Antiformalismo e essa denominação. cf. Jean-Cassien Billier. Aglaé Maryioli. *História da filosofia do direito*. Trad. Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 175.

¹⁶ Cf. François Géný, *Método de interpretación y fuentes em derecho privado positivo*. Trad. José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2000

¹⁷ Cf. León Duguit, *Las transformaciones del derecho público y privado*. Trad. Adolfo Posada y Ramón Jaén. Granada: Comares, 2007.

¹⁸ Moacyr Lobo da Costa. *Três estudos sobre a doutrina de Duguit*. São Paulo: Ícone, 1997. passim. François Géný. *Método de interpretación y fuentes em derecho privado positivo*. Trad. José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2000. Miguel Reale. *Filosofia do direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 439. A. L. Machado neto. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 30. Eduardo García Máynez. *Introducción al estudio del derecho*. 62ª ed. México: Porrúa, s/d. p. 333. Raymond

Maurice Hauriou fez uma espécie de análise em sua reação ao estado do pensamento jurídico pela aplicação do Código Civil, que significou, indubitavelmente, uma contraposição ao Positivismo de lei e, mais do que isso, às teorias sustentadas por Duguit, de orientação positivista, na linha sociológica. A concepção diferenciadora de Hauriou ficou conhecida por *Institucionalismo*, e a ela o próprio Schmitt diz, expressamente, aderir, no texto *Nomos da Terra*, na qual, também, sustenta sua adesão às idéias de Hauriou, sem considerar, no entanto, dois aspectos fundamentais: a ideia de *instituição*, pois a reputava pouco dinâmica; e de sociedade, já que era demasiadamente estável e definida para comportar algumas das concepções germânicas puras e a vontade de uma autoridade soberana, motivo pela qual optou por *comunidade*. A essas idéias se reportava com as ressalvas mencionadas, inclusive aquelas resultantes de um discípulo de Hauriou, chamado Georges Renard dado o seu pendor neotomista, especialmente quanto a natureza das coisas, o que contrariava a ideia de vontade do soberano.¹⁹

Renard propunha uma postura anti-voluntarista, e considerava a idéia de instituição a via média entre os dois extremos do Individualismo e do Sociologismo, e o ponto de convergência entre os reflexos da instituição e de seus membros. E salientava na afirmação das suas ideias a diferença fundamental entre a *instituição* e o *contrato*, porque no contrato não há integração de uma ideia, há, simplesmente, encontro de duas vontades que seguem, cada uma, o seu caminho, ainda que esse fenômeno produza, ao final, um equilíbrio; e a instituição, ao contrário, explicaria o Estado, porque seria o processo de se traduzir a sua realidade, a realidade do Estado, como realidade de uma instituição estável e organizada, assim como ocorreria, *mutatis mutandis*, na organização interna das associações privadas.²⁰

A aparição das teorias de Hauriou causou uma considerável repercussão no pensamento de Carl Schmitt. E as fragilidades que Schmitt acentuava em suas críticas às leituras da obra de Hauriou, e que se propunha vencer,

Carré de Malberg. La teoría gradualística del diritto. Trad. Anna Chimenti. Milão: Giufrè, 2003. passim. Maurice Hauriou. Principios de derecho público y constitucional. Trad. Carlos Ruiz del Castillo. Granada: Colmares, 2003. León Duguit, Las transformaciones del derecho público y privado. Trad. Adolfo Posada y Ramón Jaén. Granada: Comares, 2007.

¹⁹ Georges Renard. L'Institution. Paris: Flammarion, 1933. passim. Georges Renard. Introducción filosófica al estudio del derecho. Trad. Santiago Cunchillos Manterola. Buenos Aires: Dedebec, 1947. Miguel Reale. Filosofia do direito. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 439. A. L. Machado Neto. Compêndio de introdução à ciência do direito. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 20. Bernd Rüthers. Carl Schmitt en el Tercer Reich. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 47.

²⁰ Uma manifestação nítida desse sociologismo é a obra de Grabriel Tarde. Les transformations du droit. Paris: Berg, 1994. p. 159. Miguel Reale. Filosofia do direito. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 439.

serviram de certo modo, como um aperfeiçoamento à formulação original de que as instituições fazem as regras de Direito e não o contrário. A existência de uma crítica ao Positivismo protagonizado por Hans Kelsen, especialmente no período de 1920 a 1933, tão festejada por autores que descartam uma análise antipositivista das obras de Schmitt, seria uma crítica dirigida mais propriamente ao Normativismo, e não ao Positivismo como um todo, e Schmitt encontrava sua sustentação nas primeiras lições que Schmitt extraiu de Hauriou de que as instituições fazem as regras e não o contrário.²¹

A diferenciação do Institucionalismo de Hauriou com o pensamento de Schmitt torna-se evidente diante dos pontos centrais de sua teoria. O Institucionalismo era, original e dispersadamente, um contraponto ao Contratualismo. Fizeram fileiras na miríade institucionalista vários autores, dentre os quais o italiano Santi Romano. Somente mais tarde o Institucionalismo servirá para opor-se ao Estado e ao Direito e o será pelas mãos de Hauriou. A orientação de Hauriou será o ponto de partida da Escola de Bordéus (Bordeaux), que influenciou o também francês Georges Renard, italiano Santi Romano e especificamente o alemão Carl Schmitt. Mais tarde, Hauriou enfrentará Duguit e o seu Positivismo Sociológico. Serão as lições introdutórias de Hauriou, por sinal nunca olvidadas, que servirão de base para Schmitt combater o Normativismo de Hans Kelsen.²²

O Institucionalismo considera a *instituição*, ou seja, a organização que realizou, em si, a situação mais alta de algo no Direito. Ao se contrapor ao *Contratualismo*, o Institucionalismo parece em seus primórdios encontrar sua melhor caracterização em um incidente de uma companhia de navegação do Rio Reno e, nesse particular, é expressão usada no Direito Comercial, especialmente em função das palavras do empreendedor alemão Walther Rathenau, que respondeu aos acionistas da companhia Norddeutscher Lloyd quando questionado sobre o fato de não ter conseguido os lucros do investimento dos acionistas: “a sociedade não existia para distribuir dividendos aos seus senhores, mas para fazer navegar os barcos no Reno”.²³ Desde, então, a expressão “barcos do Reno” assumiu

²¹ Moacyr Lobo da Costa. Três estudos sobre a doutrina de Duguit. São Paulo: Ícone, 1997. passim. Pedro Hermílio Villas Bôas Castelo Branco, op. cit.

²² A. L. Machado neto. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 30. Eduardo García Máynez. Algunos aspectos de la doctrina kelseniana. Exposición y crítica. México: Coyoacán, 2011. Georges Renard. L'institution. Paris: Flammarion, 1933. passim. Lorenzo Meucci. Istituzioni di diritto amministrativo. Roma: Fratelli Bocca, 1898. p. 15. Santi Romano. Frammenti di un dizionario giuridico. Milão: Giuffrè, 1983. p. 76. Santi Romano. L'ordinamento giuridico. Florença: Sansoni, 1951. p. 66.

²³ Guido Rossi. Il gioco delle regole. Milão: Adelphi, 2006. p. 19.

um significado de *interesse social*, em uma concepção de objetivação da empresa, pela qual os interesses dos acionistas são distintos e às vezes contrapostos aos interesses da empresa ou da sociedade.²⁴

A essência do pensamento de Hauriou já não tinha o Contratualismo como opositor, mas, em verdade, o Direito e o Estado, tal como se concebe tradicionalmente. A orientação de Hauriou foi utilizada por Schmitt sem a configuração institucionalista, que considerava frágil, sem dinamismo e inconvenientemente fechada, mas, nunca se esqueceu da lição de que as instituições fazem as regras de Direito, e não o contrário – que será, de forma adaptada, a premissa fundamental do Decisionismo. É de boa lembrança que Schmitt não seguiu a filosofia institucionalista de Maurice Hauriou porque não a considerava dinâmica e estava desassociada da noção de ordem concreta, na qual assentavam suas idéias, mormente pelos aperfeiçoamentos neotomistas de Georges Renard. O Institucionalismo foi mantido pelo filho de Maurice Hauriou, o Professor André Hauriou, da Universidade de Paris, e nos parece respeitoso dizer que não tem nenhuma correlação com o destino que Carl Schmitt imprimiu às suas leituras, especialmente por suas espúrias relações com o nazismo.²⁵

BIBLIOGRAFIA

ANDREOTTINETO, Nello. Direito civil e romano. São Paulo: Ed. do autor, s/d.

ANGELINO, Carlo. Carl Schmitt sommo giurista del Führer. Gênova: Il melangolo, 2006.

ARAÚJO, Gisele Silva. SANTOS, Rogério Dutra dos. O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt. In Lier Pires Ferreira, Ricardo Guanabara, Vladimir Lombardo Jorge, Curso de Ciência Política. Grandes autores do pensamento político moderno e contemporâneo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2010. p. 371-400.

ARRUDA Jr. Edmundo; L. GONÇALVES, Marcus Fabiano. Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito. Florianópolis: CesusC, 2002.

²⁴ Aspectos da vida e obra de Walther Rathenau, industrial, filósofo, cientista e mecenas de origem judaica pode ser encontrado no livro de Héctor Orestes Aguilar, Carl Schmitt, Teólogo de la Política. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.p. 13. Walter Rathenau. Walter Rathenau a través de sus obras. Trad. Catalina Grossmann e Alfredo Cahn. Buenos Aires: Editorial del Instituto Americano de Investigaciones Sociales y Económicas. Buenos Aires, 1942. p. 42.

²⁵ O acolhimento das ideias do pai, Maurice Hauriou, pelo filho, André Hauriou, é expressamente declarada a sua obra Derecho constitucional e instituciones políticas. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1971. p. 12. Miguel Reale. Filosofia do direito. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 439. Ingo Müller Los Juristas del Horror. Trad. Carlos Armando Figueredo. Caracas: Editorial Actum, 2006. p.15. Carlo Angelino. Carl Schmitt sommo giurista del Führer. Gênova: Il melangolo, 2006.

- ATIAS, Chistian. *Épistémologie juridique*. Paris: Dalloz, 2002.
- BARBE, Raoul-P. *Droit administratif canadien et québécois*. Ottawa: Éditions de L'Université D'Ottawa, 1969.
- BAUME, Sandrine. *Carl Schmitt, penseur de l'État. Genese d'une doctrine*. Paris: Presses de la FNSP, 2008.
- BERTÍN, Hugo D.; CORBETTA, Juan Carlos. *La noción de legitimidad en el concepto de lo político de Carl Schmitt*. Buenos Aires: Struhart & Cia, 1997.
- BODIN, Jean. *Os seis livros da República*: Trad. José Ignácio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone, 2011.
- CAMPOS, Carlos. *Hermenêutica tradicional e direito científico*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1970.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Teoría General del Estado*. Trad. José Lión Depetre. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- CASERTA, Marco. *Democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*. Roma: Aracne, 2005.
- CASTANHEIRA NEVES, A. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. *Secularização inacabada. Política e Direito em Carl Schmitt*. Curitiba: Appris, 2011.
- CLAVIER, Paul. *Le concept de monde*. Paris: PUF, 2000.
- CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo. *Derecho y poder Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: Fondo de Cultura Económica, 2009.
- COSTA, Moacyr Lobo da. *Três estudos sobre a doutrina de Duguit*. São Paulo: Ícone, 1997.
- DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Granada: Comares, 2006.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.
- DELGADO OCANDO, J. M. *Exposición de la metodología del derecho de Reinhold Zippelius*. Maracaibo: Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, 1975.
- DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Landy, 2006.
- DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. 2ª ed. Trad. Eduardo Salgueiro. Lisboa: Inquérito, s/d.
- _____. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Trad. Adolfo Posada y Ramón Jaén. Granada: Comares, 2007.
- _____. *Manual de derecho constitucional*. Trad. José Luis Monereo Pérez y José Calvo González. Granada: Comares, 2005.
- EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Trad. René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

A crítica ao Positivismo e a aproximação com o Institucionalismo

- FARRELL, Martin Diego. La metodología del positivismo lógico – su aplicación al derecho. Buenos Aires: Astrea, 1979.
- FERNANDES Jr., Adriano Augusto. PEREGALLI, Enrique. Evolução do pensamento de Hans Kelsen: um estudo por tópicos. São Paulo: Faculdades Capital, 1998.
- FERREIRA, Bernardo. O risco do político. Crítica ao liberalismo e a teoria política no pensamento de Carl Schmitt. Belo Horizonte: UFMG, 2004.
- FRANCISCI, Piero de. Sintesis historica del derecho romano. Trad. Ursicino Alvarez. Madri: Revista de derecho privado, 1954.
- FREUND, Julien. Vista en conjunto sobre la obra de Carl Schmitt. 2ª ed. Trad. Maria Victoria Rossler. Buenos Aires: Struhart & Cia, 2006.
- FULBROOK, Mary. História concisa da Alemanha. Trad. Bárbara Duarte. São Paulo: Edipro, 2012.
- GÉNY, François. François GénY. Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo. Trad. José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2000.
- GENNARO, Antonio de. Introduzione alla teoria del pensiero giuridico. Turim: Giappichelli, 1979.
- HAMELIN, Jean. PROVENCHER, Jean. Breve historia de Quebec. Trad. Glenn Gallardo. México: Fondo de Cultura Economica, 2003.
- HAURIUO, André. Derecho constitucional e instituciones políticas. Trad. José Antonio González Casanova. Barcelona: Ariel, 1971.
- HAURIUO, Maurice. A teoria da instituição e da fundação. Trad. de José Ignácio Mendes Neto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.
- IORIO, Bruno. Analisi del decisionismo. Nápoles: Giannini, 1987.
- ITURRALDE SESMA, Victoria. El precedente em el common law. Madri: Civitas, 1995.
- _____ Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial. Valencia: Tirant lo blanch, 2003.
- JANKÉLÉVIICH, Vladimir. Georg Simmel, filósofo de la vida. Trad. Antonia Carcia Castro. Madri: Gedisa, 2007.
- JELLINEK, Georg. Sistema dei diritti pubblici subbietivi. Trad. Gaetano Vitagliano Milão: Società Editrice Libreria, 1912.
- _____ Fragmentos de Estado. Trad. Michael Forster, Miguel Herrero de Miñón e José Carlos Esteban. Madri: Civitas, 1981.
- _____ La dottrina generale di diritto dello Stato. Milão: Giuffrè, 1949.
- LA TORRE, Massimo. La crisi del novecento: giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar. Bari: Dedalo, 2006.
- _____ Norme, istituzioni, valore. La teoria istituzionalistica del diritto. Bari: La Terza, 2002.
- LASK, E., KANTOROWICZ, H.U., RADBRUCH, G., REINACH, E., KELSEN, H., SCHWING, E. Metodologia della scienza giuridica. Trad. Agostino Carrino. Nápoles: ESI, 1989.

- LONGO, Oddone. JONA, Mario. Le leggi razziali antiebraiche fra le due guerre mondiali. Atti del convegno. Florença: Giuntina, 2009.
- KELSEN, Hans. Autobiografia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.
- _____. Teoria pura do direito. 3ª ed. Trad. José Cretella Junior e Agnes Cretella. São Paulo: 2003.
- _____. Jurisdição constitucional. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Emantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KERVÉGAN, Jean-François. Hegel, Carl Schmitt O político entre a especulação e a positividade. Trad. Carolina Huang. São Paulo: Manole, 2006.
- LAMEGO, José. Hermenêutica e jurisprudência. Lisboa: Fragmentos, 1990.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos Eduardo. Introdução ao pensamento e à obra jurídica de Karl Larenz. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- LAFONT PIANETTA, Pedro. Manual de derecho privado contemporáneo. Bogotá: Librería Ediciones de profesional Ltda., 2006.
- LARENZ, Karl. La filosofía contemporánea del derecho y del Estado. Trad. E. Galán Gutiérrez e A. Truyol Serra. Madri: s/d.
- MACEDO Jr., Ronaldo Porto. Carl Schmitt e a fundamentação do direito. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MACHADO NETO, A. L. Compêndio de introdução à ciência do direito. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
- MACRIDIS, Roy C. Ideologias políticas contemporâneas. Trad. de Luís Tupy Caldas de Moura e Maria Inês Caldas de Moura. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.
- MAGGIORE, Giuseppe. Arturo Rocco e il método técnico-giuridico in Studi in memória di Arturo Rocco. v. I. Milão: Giuffrè, 1952.
- MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. v. I. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MÁYNEZ, Eduardo Gracia. Algunos aspectos de la doctrina kelseniana. Exposición y crítica. México: Coyoacán, 2011.
- MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. Curso de direito constitucional. São Paulo: Forense Universitária, 1991.
- MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MORALES, Diego Medina. El derecho subjetivo em Hans Kelsen. Córdoba: Universidade de Córdoba, 2005.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MORTON, Desmond. Breve história do Canadá. Trad. Luiz Roberto de Godoi Vidal. São Paulo: Alfa-Omega, 1989.
- MÜLLER, Ingo. Los juristas del horror. Trad. Carlos Armando Figueredo. Bogotá: Alvaro Nora, 2009.

- NEGRETTO, Gabriel L. El concepto de decisionismo en Carl Schmitt. México: S.O.S., 2000.
- NEGRI, Antonio. O poder constituinte. Trad. Antonio Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
- NEVINS, Allan. COMMAGER, Henry Steele. Breve História dos Estados Unidos. Trad. Luiz Roberto de Godoi Vidal. São Paulo: Alfa-Omega, 1986.
- NICOLETTI, Michele. Trascendenza e potere. Brescia: Morcelliana, 1990.
- _____. La politica e il male. Brescia: Morcelliana, 2000.
- LIMA, Ruy Cirne. A relação jurídica no direito administrativo. Porto Alegre: Edição do Autor, 1952.
- LIPSON, Leslie. Historia y filosofia de la democracia. Trad. Lorenzo W. Garcia. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1969.
- OGLSBY, J. C. M. Breve historia de Canada. Trad. Roberto Gabaldón. Caracas: El libro menor, 1985.
- PRADE, Péricles. Duguit, Rousseau, Kelsen e outros ensaios. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.
- PASQUIER, Claude du. Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit. 4ªed. Neuchatel: Delachaux et Niestlé, 1967.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. v. I. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- PINTO, Roger. Éléments de droit constitutionnel. 2ª ed. Lille: Morel & Corduant, 1952.
- POGGI, Gianfranco. A evolução do Estado moderno. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar.1981.
- POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. Conceito jurídico de Império. Brasília: Consulex, 2009.
- PORTALIS, Jean-Etienne-Marie. Discurso preliminar del proyecto de código civil frances. Trad. Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Valparaíso: Edeval, 1978.
- PRADE, Péricles. Duguit, Rousseau, Kelsen & outros ensaios. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.
- RATHENAU. Walter. Walter Rathenau a través de sus obras. Trad. Catalina Grossmann e Alfredo Cahn. Buenos Aires: Editorial del Instituto Americano de Investigaciones Sociales y Económicas. Buenos Aires, 1942.
- REALE, Miguel. Filosofia do direito. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- RENARD, Georges. L'Institution. Paris: Flammarion, 1933.
- _____. Introducción filosófica al estudio del derecho. Trad. Santiago Cunchillos Manterola. Buenos Aires: Dedebec, 1947.
- RESTA, Caterina. Stato mondiale e nomos della terra. Carl Schmitti tra universo e pluriverso. Reggio Emilia: Diabasis, 2009.
- RIPERT, Georges. Les forces créatrices du droit. Paris: L.G.D.J., 1955.
- ROSENBERG, A. Storia della Repubblica di Weimar. Trad. Leonardo Paggi. Roma: Sansoni, 1972.
- ROSS, Alf. Direito e justiça. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.

- ROSSI, Guido. *Il gioco delle regole*. Milão: Adelphi, 2006.
- RÜTHERS, Bernd. *Carl Schmitt em el Tercer Reich*. Trad. Luis Villar Borda. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d.
- SALDANHA, Nelson. *Da teologia a metodologia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- SANTI ROMANO. *Princípios de direito constitucional geral*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977.
- _____. *Ordenamento jurídico*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- SANTOS, Rogério Dultra dos. *Carl Schmitt, direito e juízo*. *Cadernos de Sociologia e Política*. Rio de Janeiro, v. 7, p. 99-110 – 2004.
- _____. *Direito e decisão judicial: Carl Schmitt e os fundamentos normativos da homogeneidade política*. In Cademartori, Luiz Henrique. *Temas de política e direito constitucional contemporâneos*. Florianópolis: Momento Atual, 2004. p. 21-31.
- SANTOS, Rogério Dultra dos, et alii. *A crítica da indeterminação da decisão judicial: o diálogo entre Duncan Kennedy e Carl Schmitt*. *Cadernos Adenauer – O terceiro poder em crise: impasses e saídas*, Rio de Janeiro, nº 6, p. 119-151, 2003.
- SAUTU, Ruth et alii. *Manual de metodologia*. Buenos Aires: Clacso, 2005.
- SCHMITT, Carl. *Terra e mar*. Trad. Alexandre Franco de Sá. Lisboa: Esfera do Caos, 2008.
- _____. *El nomos de la tierra*. Trad. Buenos Aires: Struhart & Cia, 2005.
- _____. *El Leviathan En la Teoria del Estado de Tomás Hobbes*. Trad. Javier Conde. Buenos Aires: Trilce, 2004.
- WESENBERG, Gerhard. WESENER, Gunter. *Historia del derecho privado moderno en Alemania y en Europa*. Valadoli: Lex Nova, 1998.
- WOODWARD, E. L. *Uma história da Inglaterra*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.

A CAUSA DE PEDIR E O BROCARDO IURA NOVIT CURIA

Bernardo Guitton Brauer – Mestrando em Direito Processual Civil na USP, LLM em Direito da Propriedade Intelectual pela Queen Mary University of London, Bacharel em Direito pela UFRJ. Associado do escritório Denis Borges Barbosa Advogados.

Resumo: O presente artigo tem por escopo analisar a correlação existente entre a utilização do brocardo *iura novit curia* pelos juízes para a pertinente requalificação jurídica da causa de pedir, demonstrando a necessidade de se observar a garantia insculpida no princípio do contraditório.

Palavras-chave: Causa de Pedir – Brocardo Iura Novit Curia – Princípio do Contraditório.

INTRODUÇÃO

A importância da máxima *iura novit curia*, como reflexo do princípio de que o juiz conhece o direito, não pode passar despercebida em tempos onde vige o Estado Democrático de Direito, consubstanciado por princípios como os da ampla defesa, bem como do inafastável e necessário contraditório.

A importância desses princípios reflete-se sobremaneira na aplicação do direito ao caso concreto pelos intérpretes – aqui entendidos como juízes – “*que sempre tendo como pressuposto a Constituição Federal*”¹ devem buscar operar o direito de maneira a abranger “*o modelo constitucional do direito processual*”². Nesse sentido, a técnica processual, tem como finalidade

¹ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.41.

² “É verificar, em suma, de que maneira o legislador e o magistrado – este sempre municiado por todos

assegurar o justo processo, ou seja, um processo colmado de princípios que assegurem o modelo constitucional³ estabelecido pelos legisladores.

Logo, ainda que certo ter o juiz (como representante do Estado enquanto exercendo sua função jurisdicional), o dever⁴ de conhecer muito bem todo o ordenamento jurídico positivado, até que ponto e de que maneira pode se utilizar da máxima *iura novit cúria*, no exercício de sua função?

Questão deveras delicada, a utilização do brocardo parece indissociável da temática da causa petendi, que envolve – segundo a teoria da substanciação, adotada pelo nosso ordenamento - os fatos e fundamentos jurídicos do pedido do demandante.

Muitos foram aqueles que ao longo do tempo tentaram construir uma definição, emitir um conceito do que seria a causa de pedir e qual seria sua abrangência no âmbito da ciência processual. Não diferente, mas com menos intensidade, a máxima *iura novit cúria* também ganhou adeptos e críticos quanto à possibilidade de aplicação pelos magistrados enquanto representantes do Estado.

Nesse sentir, diante da dificuldade encontrada quanto à conceituação da causa de pedir e da operacionalização do brocardo *iura novit cúria* pelos juízes, a manifesta correlação entre os temas, conduz a elaboração do presente artigo no intento de desmistificar algumas questões pouco abordadas e de fulcral importância.

Desta forma, o corrente artigo delinea alguns conceitos afeitos à causa de pedir, sobremaneira, com relação à sua origem e teorias aplicadas com o intento de se melhor compreender de que maneira atuam os magistrados quando se utilizam do *iura novit cúria*.

No mesmo sentido é a abordagem conceitual trazida a respeito do brocardo em análise para servir de base para a exemplificação de como

os sujeitos do processo, isto é, todos aqueles que de forma ou de outra atuam no processo -, cada um desempenhando seu próprio mister institucional, têm que conceber, interpretar e aplicar as leis para realizar adequadamente o modelo constitucional de direito processual civil.” In BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. V 1. São Paulo: Saraiva, 2011, p.120.

³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 25.

⁴ “Si è detto, da ultimo, a questo proposito, che il giudice ha il dovere di procurarsi la conoscenza delle norme che deve applicare (se non l’abbia già) di caso in caso, cui è correlato un potere del giudice stesso di procurarsi tale conoscenza.”in MICHELI, Gian Antonio. Jura novit curia. Rivista di Diritto Processuale. Padova: Cedam, 1961, p.598.

a doutrina interpreta a possibilidade de utilização do mesmo, sem se descuidar de também elucidar a precípua importância do contraditório.

Por fim, o presente artigo além de mostrar de que forma os Tribunais superiores vem se manifestando a esse respeito, não se olvida de destacar a cooperação⁵ como meio de permitir a utilização incontestada do brocardo, máxime porque concede ao provimento jurisdicional maior legitimidade,⁶ legitimidade esta decorrente da mais abrangente participação das partes no dirimir das contendas.

DA AÇÃO E SEUS ELEMENTOS INDIVIDUALIZADORES.

Com o propósito de melhor situar de que maneira apresenta-se a correlação entre a causa de pedir e a máxima *iura novit curia*, impende, ainda que de forma não muito extensa, tecer algumas considerações sobre importantes institutos e elementos processuais.

Com esse preliminar desiderato surge, então, a necessidade de se compreender no que consiste a ação, e porque não, o direito à ação. As palavras, sempre simples e contundentes dos preclaros Cândido Dinamarco, Araújo Cintra e Ada Grinover⁷ evidenciam conceitualmente esse direito.

⁵ “O processo cooperativo parte da ideia de que o Estado tem como dever primordial propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundado que está na dignidade da pessoa humana. Indivíduo, sociedade civil e Estado acabam por ocupar assim, posições coordenadas. O direito a ser concretizado é um direito que conta com a juris prudência, nada obstante concebido, abstratamente, como scientia juris. Por essa vereda, o contraditório acaba assumindo novamente um local de destaque na construção do formalismo processual, sendo instrumento ótimo para a viabilização do diálogo e da cooperação no processo, que implica, de seu turno, necessariamente, a previsão de deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional (deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio). O juiz tem seu papel redimensionado assumindo uma dupla posição: mostra-se partidário na condução do processo, no diálogo processual, sendo, contudo, assimétrico no quando da decisão da causa. A boa-fé a ser observada no processo, por todos os seus participantes (entre as partes, entre as partes e o juiz e entre o juiz e as partes), é a boa-fé objetiva que se ajunta à subjetiva para a realização de um processo legal. A verdade, ainda que processual, é um objetivo cujo alcance interessa inequivocamente ao processo, sendo, portanto, tarefa do juiz e das partes, na medida de seus interesses, persegui-la.” In MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 102.

⁶ “existe a predisposição a aceitar decisões desfavoráveis na medida em que cada um, tendo oportunidade de participar na preparação da decisão e influir no seu teor mediante observância do procedimento adequado (princípio do contraditório, legitimação pelo procedimento), confia a idoneidade do sistema em si mesmo” in DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros, 2011, p.196.

⁷ “Constitui conquista definitiva da ciência processual o reconhecimento da autonomia do direito de ação, a qual se desprende por completo do direito subjetivo material”. Ressalta-se que tal reconhecimento se deu após longos anos e teorias que iam se sobrepondo substitutivamente. In ARAÚJO, Cintra; GRINOVER, Ada

“Ação, portanto, é o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício). Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo.”

A jurisdição por sua vez, pode ser compreendida como a precípua função do Estado que por meio da vontade do direito nos casos concretos⁸ cria uma solução categórica aos conflitos. Interessante notar que Ovídio Baptista⁹ citando Alfredo Buzaid, mostra que o ato jurisdicional, *“não pode ser imperativo, posto que o juiz, como dissera Montesquieu, tem por missão exclusiva ‘pronunciar as palavras da lei’”*

Em que pese a passagem transcrita objetivando sopesar a imperatividade da jurisdição, não se olvida que a missão dos juízes enquanto representantes do Estado não fica confinada exclusivamente à pronúncia das palavras da Lei. Até porque, a jurisdição enquanto exercício da ação, opera através do processo procurando *“eliminar conflitos mediante critérios justos”*¹⁰.

O Processo na visão de José Rogério Tucci¹¹ pode ser entendido como um meio apto à produção de certos efeitos jurídicos em favor do titular de um direito. O mesmo autor enfatiza ainda a importância de serem levadas em consideração não somente as normas processuais, como também as materiais no momento da cognição do magistrado para que o processo possa assegurar a realização ou declaração do direito ao seu efetivo titular.

De acordo com o magistério de Chiovenda¹², *“il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire”*. Não diferente mas trazendo uma perspectiva diversa, qual seja, o desígnio social do processo, Cândido Dinamarco¹³ também contribui na elucidação do tema.

Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p.279.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. V. 1. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 309.

⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 41.

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros, 2011, p.196.

¹¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. A denominada “situação substancial” como objeto do processo na obra de Fazzalari. Revista de Processo, n. 68, ano 17. Outubro-Dezembro, 1992, 277.

¹² CHIOVENDA, Giuseppe. Dell’azione nascente dal contratto preliminare. Saggi di diritto processuale civile. Milano: Giuffrè, 1993, p. 110.

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros, 2011, p.60.

“o processo é um instrumento para o exercício do poder e que este deve ser exercido, ainda quando sob o estímulo de interesses individuais, sempre com vistas a elevados objetivos sociais e políticos que transcendem o âmbito finitos destes.”

Estabelecidos alguns conceitos perfunctórios¹⁴ por meio desse breve introito e, retornando à ação, cumpre agora individualizar seus elementos caracterizadores de modo a clarificar em que medida são importantes para a extensão da aplicabilidade da máxima *ura novit curia* pelo órgão jurisdicional.

A regra normativa contida no dispositivo 301 do Código de Processo civil ao prever a identidade de ações estabelece que deve-se haver as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, ou seja, *“adotou o estatuto processual, neste tema, (...) o critério da tríplice identidade (eadem personae, eadem res e eadem causa petendi)”*¹⁵.

Ainda nesse mesmo sentido, mas de modo mais abrangente, Araken de Assis esclarece que, *“de um lado pois, a tríplice identidade confere importância equivalente a todos os elementos, robustecendo a conclusão exarada de que, a par da dimensão subjetiva, o objeto do processo se forma através do pedido e da causa de pedir”*.¹⁶

Nessa esteira, os elementos da ação nada mais são do que os dados da relação jurídica material utilizados pelo processo para a individualização das demandas que se propõem. Podem, portanto, ser identificados pelas partes, pela causa de pedir e pelo pedido. *“Hoje, muito embora a teoria da tríplice identidade seja insuficiente para resolver todos os problemas decorrentes do confronto entre duas ou mais ações, não se pode negar sua importância”*.¹⁷

José Rogério Cruz e Tucci¹⁸ exaltando o magistério de Chiovenda demonstra em que medida a identificação das ações por meio de seus

¹⁴“O poder do juiz no processo é a jurisdição, o autor atua com fundamento no que se chama de ação, o réu exerce a defesa e o método dessa cooperação entre os três é o processo. Jurisdição, ação, defesa e processo constituem, portanto o núcleo da ciência processual, ou, como se diz, o núcleo do seu objeto material.” In DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. V. 1. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 192-193.

¹⁵ DE ASSIS, Araken. Cumulações de ações. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 122.

¹⁶ Idem, p.124.

¹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 122.

¹⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. A denominada “situação substancial” como objeto do processo na obra de Fazzalari. Revista de Processo, n. 68, ano 17. Outubro-Dezembro, 1992, 271.

elementos é importante no bojo do processo.

“Com efeito, como exortava Chiovenda, nas hipóteses em que se impõe, a necessidade de verificar o conteúdo mínimo da petição inicial para atingir o fim por ela colimado, ou de analisar se o pedido introduzido no curso do processo tem o condão de modificar a demanda inicialmente proposta, ou, ainda, estabelecer se uma precedente sentença é prejudicial de uma nova causa, ‘sempre teremos de enfrentar um único problema fundamental: o problema da identificação das ações.’”

Portanto, como cerne para a identificação das ações, seus elementos individuados nas partes, causa de pedir e pedido apresentam-se de fulcral relevância para o processo, sobretudo porque guardam *“estreitíssima vizinhança com outros importantes institutos processuais, como a litispendência, a coisa julgada, a cumulação de ações e a modificação da demanda.”*¹⁹

Com o cuidado de não extrapolar os limites propostos pelo artigo, e já tecidas algumas considerações preliminares norteadoras, o mesmo se debruça, sobre aquele que é certamente o mais intrincado dos elementos da ação: a causa de pedir.

DA CAUSA DE PEDIR.

Muitos são os excertos doutrinários que se preocuparam em conceituar esse importante elemento individualizador das ações. *“A problemática atinente à causa de pedir é, sem dúvida, a mais complexa e controvertida dentre aquelas que plasmam a questão da individuação da demanda. Complexa, em razão do inescondível desafio para se esquadriñar um conceito acerca do elemento causal da pretensão, estabelecendo qual o seu conteúdo e quais seus efeitos”*²⁰

Em harmonia com a conceituação aduzida por José Roberto Bedaque²¹,

¹⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. A causa petendi no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 28.

²⁰“Controvertida, em virtude de se possível afirmar que, nas últimas cinco décadas, cada autor que tratou do assunto tem encontrado soluções próprias, discrepantes, não poucas vezes, de resultados anteriormente atingidos, e dando, assim, margem para a construção de inúmeras teorias” in CRUZ E TUCCI, José Rogério. A denominada “situação substancial” como objeto do processo na obra de Fazzalai. Revista de Processo, n. 68, ano 17. Outubro-Dezembro, 1992, 271-272.

²¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 122.

a causa de pedir ou causa petendi é representada pelo conjunto de fatos ao qual o demandante atribui efeito jurídico no aguardo de um provimento jurisdicional que lhe socorra.

“A causa petendi é representada pelo fato constitutivo do vínculo jurídico, bem como pelo acontecimento afirmado pelo autor e do qual decorre a necessidade da intervenção jurisdicional. Tais fatos dão origem a uma relação jurídica de direito material e a um direito que dela se origina.”

Deste modo, afirmando o motivo pelo qual almeja o bem da vida perante o adversário, o Autor, além, de invocar a prestação jurisdicional faz pulsar a causa de pedir.^{22 23}

Os fatos e fundamentos caracterizadores da causa de pedir oriundam do Código de processo civil brasileiro que, por intermédio do artigo 282, III, estabelece que a petição inicial deve conter os fatos e fundamentos jurídicos do pedido que *“vem a ser, nada mais nada menos, do que a causa de pedir, que é resultante da conjugação do fato relevante para o direito, da relação jurídica dele derivada e da consequência pretendida no caso concreto.”*²⁴

No que tangencia aos fatos²⁵, não se desconhece que *“podem ser simples ou jurídicos, enquanto simples, servem de prova, na realidade dos fatos jurídicos, - fato (acontecimento da vida) jurídico (relevância para o direito) – que são aqueles dos quais decorrem consequências jurídicas, ou aos quais a lei atribui efeitos jurídicos.”*²⁶

Não obstante a importância fulcral dos fatos e de sua descrição, o ordenamento pátrio, também previu o enquadramento jurídico ou

²² DE ASSIS, Araken. Cumulações de ações. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.135.

²³ Para compreender como funciona a estruturação da causa de pedir e a relevância dos pedidos no sistema da common Law: ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. O pedido no sistema da common law e o princípio da adstrição. Revista de Processo, n.118, ano 29, 2004.

²⁴ FEVER, Marcus. A proibição do julgamento extra petita no atual Código de Processo civil. Revista de Direito do TJRJ, n. 22, 1995, p.62

²⁵ “na equação do problema jurídico, o dado de direito é, evidentemente, de grande importância, mas relevância superlativa tem o dado fático. Analisar bem as provas, avaliando corretamente os fatos, não se esquecendo o juiz jamais, da advertência alhures feita de que ‘o profissional do direito (juiz, advogado ou promotor, não se deve envergonhar de lidar com os fatos, pois o direito nasce dos fatos’, é condição fundamental para a prática da justiça.” In WATANABE, Kazuo. Cognição no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 70.

²⁶ FEVER, Marcus. A proibição do julgamento extra petita no atual Código de Processo civil. Revista de Direito do TJRJ, n. 22, 1995, p.62.

qualificação jurídica da pretensão como elemento da causa petendi. *“Desta forma, sendo elemento imprescindível da petição inicial, não seria correto defender a tese de que tal qualificação jurídica aparece como fator indiferente da demanda.”*²⁷

Em que pese a importância da qualificação jurídica – obrigatoriamente contida na inicial – como se observará adiante, não fica o magistrado adstrito a ela, podendo por intermédio do brocardo *iura novit curia* requalificar a demanda para proferir seu provimento jurisdicional, desde que respeitando o princípio do contraditório.

Ainda quanto aos fatos e fundamentos, impende ressaltar que podem ser identificados pela causa de pedir remota e próxima. Enquanto a causa de pedir próxima são os fundamentos jurídicos que confirmam o pedido, a causa de pedir remota é representada pelos fatos constitutivos.²⁸

Milton Paulo de Carvalho²⁹ contribui de forma a dar maior completude conceitual no que diz respeito à causa de pedir quanto aos seus aspectos – *remoto e próximo*:

“A causa remota compreende tanto o fato constitutivo do vínculo quanto o fato particular, ou seja, o fato do réu contrário ao direito afirmado pelo autor, que vem a constituir o interesse de agir. A causa próxima compõem-se da relação jurídica que vincula autor e réu (chamemos de direito constitutivo) mais o direito particular (diritto singolo) invocado pelo autor como causador do efeito pretendido”

Individuados os elementos formadores da causa de pedir nos seus aspectos pertinentes – *fatos e fundamentos jurídicos* – cumpre notar que duas foram as principais teorias relativas à causa de pedir que merecem destaque, sobremaneira porque o ordenamento brasileiro fez a opção por uma delas.

3.1 Teorias da Individuação e Substanciação.

O ordenamento pátrio fez a opção pela teoria da substanciação, mas

²⁷ PINTO, Junior Alexandre Moreira. A causa petendi e o contraditório. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 84.

²⁸ GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. 23ª edicao. Sao Paulo: Saraiva, p 116.

²⁹ CARVALHO, Milton Paulo de. Do pedido no processo civil. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992, p. 94.

pode-se dizer que a escolha por uma ou por outra teoria, nem sempre foi uma tarefa simples. O que essa escolha significa e quais são suas consequências é o que intenta abordar o presente tópico.

Rememoramos que as teorias acerca da causa de pedir, fruto da investigação do conteúdo do objeto litigioso são provenientes da processualística germânica. Os ensinamentos de José Rogerio Cruz e Tucci³⁰ demonstram a distinção erigida, sobretudo, com a entrada em vigor do ZPO alemão no ano de 1879.

“com a entrada em vigor da ZPO alemão, em 1879, iria surgir uma fecunda polemica acerca do conteúdo mínimo necessário da demanda judicial: ‘à teoria que exigia a exposição dos fatos constitutivos (teoria da Substanciação – Substantiierungstheorie), viria contraposta outra, divisando na causa petendi apenas e tão somente a relação jurídica afirmada pelo autor (teoria da individualização – Individualisierungstheorie).”

Na mesma linha, mas trazendo enfoque mais moderno é a distinção conceitual apontada por Ricardo de Barros Leonel³¹ demonstrando especificamente de que maneira os fatos constitutivos ou o próprio direito são responsáveis pela delimitação da demanda por intermédio da configuração da causa de pedir.

“Chegou-se, assim, à construção das duas teorias distintas relacionadas à elaboração da demanda, e mais especificamente da causa petendi. Sintetizando, pela teoria da substanciação a demanda judicial deve ser elaborada mediante a descrição dos fatos constitutivos do direito (causa agendi remota), enquanto para a teoria da individuação é necessário que o autor esclareça o direito ou a relação jurídica afirmada (causa agendi próxima). Do ponto de vista da substanciação da demanda, o fato constitutivo é que contribui para sua delimitação; enquanto para o enfoque da individuação é o direito afirmado, isto é, feito valer, que especifica a demanda”

Em que pese a prevalência dos fatos constitutivos ou do direito alegado como caracterizantes das teorias envolvendo a causa de pedir³²,

³⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogerio. A causa petendi no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 93.

³¹ LEONEL, Ricardo de Barros. Causa de pedir e pedido: o direito superveniente. São Paulo: Método, 2006, p. 87.

³² “Para os seguidores da primeira – Substantiierungstheorie – a causa petendi consiste no fato jurídico

o Código de Processo civil³³, por força do artigo 282, III, adotou a teoria da substanciação - segundo o qual há a necessidade de na petição inicial conter a exposição dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido.

Como decorrência, portanto, da escolha da teoria da substanciação em detrimento da teoria da individuação³⁴ pelo ordenamento brasileiro, fica o demandante então, obrigado quando do aforamento da ação a narrar os fatos de forma suficientemente clara, e elencar as consequências jurídicas advindas dos fatos. A isso se deve a opção pela adoção da regra da eventualidade na qual incumbe às partes o dever de manifestarem, em um só momento, todos os meios de ataque e defesa.

Sendo pressuposto da teoria da substanciação, a regra da eventualidade além de exigir a exposição simultânea da causa petendi (remota e próxima), serve como balisa para a compreensão *“do determinismo imanente pelo qual, historicamente, os ordenamentos caracterizados por tal sistema preclusivo sempre adotaram um modelo processual polarizado mais sobre o fato do que sobre o direito, levando por isso, a ideia de “substanciação” às ultimas consequências.”*³⁵

Desta forma, a opção legislativa pela teoria da substanciação na qual os fatos constitutivos devem ser aduzidos de modo a contribuir com a sua pertinente delimitação, permite com que os magistrados no exercício de sua função jurisdicional se utilizem da máxima *iura novit curia* para dar

constitutivo do direito afirmado pelo autor. Assim a definição de uma relação jurídica faz-se relevante para precisar o objeto do processo e, portanto, para individualizar a demanda. Seguindo esse mesmo raciocínio, Giannozzi afirma que a teoria da Substanciação identifica a causa de pedir especialmente no ‘compendio de fatos constitutivos inseridos como fundamento da demanda (causa agendi remota). Por outro lado, em conformidade com os prosélitos da denominada teoria da individuação – Individualisierungstheorie – faz-se suficiente, para o fim de identificar a demanda, a mera alegação da relação jurídica da qual o demandante extrai a consequência afirmada: vale dizer, reclama-se ‘che la pretesa fatta valere dovesse essere indicata con una tale precisione rispetto alla causa, che non vi potesse essere alcun dubbio intorno al rapporto giuridico, formante l’oggetto del processo’.” In CRUZ E TUCCI, José Rogério. A denominada “situação substancial” como objeto do processo na obra de Fazzalari. Revista de Processo, n. 68, ano 17. Outubro-Dezembro, 1992, 272.

³³ Insta ressaltar que o Código Processual Civil anterior de 1973 prevalecia a mesma posição – encontrada na redação do art. 158, III.

³⁴“Consequência da individuação é o retardamento na solução da demanda – em função da ampla possibilidade de variação quanto aos fatos constitutivos, com introdução de novas deduções pelo autor, desde que inalterado o direito afirmado -, com a contrapartida da obtenção da resposta definitiva para a controvérsia verificada no direito material. Só a modificação do direito alegado induziria à alteração proibida da demanda.” In LEONEL, Ricardo de Barros. Causa de pedir e pedido: o direito superveniente. São Paulo: Método, 2006, p, 89.

³⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. A causa petendi no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 161

uma nova qualificação jurídica à demanda – caso não estejam convencidos da qualificação dada pelas partes - como decorrência dos fatos trazidos.

A requalificação jurídica da demanda por meio do brocardo *iura novit curia*, que se traduz no consenso de que o juiz sabe o direito, não cumpre a função delimitadora da máxima que será mais detidamente enfrentada adiante.

DO BROCARDO *IURA NOVIT CURIA*.

Estabelecidas algumas premissas conceituais norteadoras sobre a causa de pedir, parece inegável a correlação advinda da possibilidade da utilização da máxima *iura novit curia* pelos magistrados quando em exercício de sua função jurisdicional.

Mas o que exatamente representa esse brocardo? Qual seria a sua origem? Quais seriam, então, as implicações decorrentes da utilização da máxima pelos juízes, são algumas das indagações que serão respondidas.

Fritz Baur³⁶ elucida algumas dúvidas quando esclarece que ainda que de origem duvidosa, o brocardo parece ter sido interpretado de maneira diversa com o passar dos anos.

“Sua origem é duvidosa: não vem do direito Romano clássico. Não assumiu, senão com uma magistratura de especialistas. A aplicação do adágio tem sido equivocada: na sua origem entendia-se, provavelmente, no sentido de que as normas jurídicas não precisam de prova, dado que o juiz deve conhecê-las. Mas, desde logo, foi o adágio interpretado como significativo de que a aplicação do direito é, exclusivamente, assunto atinente ao juiz, no sentido de que as partes não estão obrigadas a subsumir os fatos, por ela invocados, às normas jurídicas, mais ou menos no sentido do brocardo narra mihi factum, narro tibi ius.”

Com relação à imperatividade do brocardo, Daniel Mitidiero, traz um dado interessante acerca de como funcionava na Grécia Antiga. Ao que consta, havia uma visão contraposta à máxima *iura novit curia* na qual o

³⁶ BAUR, Fritz. Da importância da dicção “iura novit curia”. Traduzido por José Arruda Alvim. Revista de processo, n. 3. Julho-Setembro, 1976, p. 169-177.

juiz não era obrigado a conhecer a lei, nem tão pouco considerar aquilo que não fora objeto de alegação nem tão pouco debate pelas partes.³⁷

Com relação a sua utilização, segundo Guido Pierro, a aplicação do brocardo pelos magistrados pode se dar em qualquer momento processual em estrito cumprimento do dever da legalidade processual, não se traduzindo, no entanto, em uma violação ao direito de defesa das partes.³⁸ Importa frisar que o uso em si, de fato, não representa uma violação ao direito de defesa das partes, o que viola o direito às partes é a não oportunização às mesmas da possibilidade de se manifestarem.

No que toca particularmente ao direito italiano, Gian Antonio Micheli, em texto onde aborda a temática, traz uma interessante perspectiva da questão envolvendo a obrigação-dever do magistrado de conhecer o direito. Torna claro que o princípio *iura novit curia* não implica em verdade na obrigação de conhecimento de todas as normas pelos magistrados, mas sim, em um dever de buscar alcançar esse abrangente conhecimento.³⁹

Ainda que os magistrados possam ostentar profundo conhecimento sobre as normas constantes do ordenamento jurídico, o mesmo autor ainda apresenta uma preocupação com relação à aplicação do brocardo no que se refere à utilização do direito estrangeiro, por vezes desconhecido, e com relação as normas jurídicas internas – que não são, muitas vezes, publicadas formalmente na Gazeta oficial, mas que não por isso deixam de ter a eficácia reconhecida.⁴⁰

A legislação espanhola, por sua vez, traz em seu bojo, dispositivo específico que permite aos magistrados a utilização do brocardo *iura novit curia* no caso em que a qualificação jurídica da demanda tenha sido citada ou alegada de forma equivocada pelas partes:

³⁷ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.65.

³⁸ PIERRO, Guido. Equità del processo e principio di legalità processuale. Diritto penale e Processo, n. 12, 2009, p.1521.

³⁹ “Si è detto, da ultimo, a questo proposito, che il giudice ha il dovere di procurarsi la conoscenza delle norme che deve applicare (se non l’abbia già) di caso in caso, cui è correlato un potere del giudice stesso di procurarsi tale conoscenza. Il principio *iura novit curia* non implicherebbe così un obbligo di conoscenza, da parte del giudice, delle norme, ma solamente un dovere di procurarsi questa conoscenza” in MICHELI, Gian Antonio. *Jura novit curia*. Rivista di Diritto Processuale. Padova: Cedam, 1961, p. 598.

⁴⁰ Ainda que essa seja uma preocupação advinda do direito italiano da década de 60, o crescente número de normas que surgem hoje, tornam cada vez mais difícil e complexa o exercício da função jurisdicional.

*Artículo 218 exhaustividad y congruencia de lãs sentencias. Motivación.*⁴¹

“El Tribunal, sin apartarse de la causa de peir acudiendo a fundamentos de hecho e de Derecho distintos de lós que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”

Já com relação à doutrina pátria, ainda que não previsto especificamente no ordenamento, parece também reconhecer a possibilidade de aplicação da máxima *iura novit curia* pelos magistrados em socorro a um eventual equívoco quanto à apresentação da causa de pedir próxima, ou seja, quanto a qualificação jurídica da demanda por parte do demandante.

Muito embora a qualificação apresentada - *nomen iuris*- possa influenciar a cognição⁴² do julgador, o fato de dispor de liberdade absoluta – sempre dentro dos limites fáticos trazidos no processo – lhe permite que especifique livremente qual o enquadramento jurídico pertinente, independentemente da vontade das partes,⁴³ tendo sempre a última palavra.⁴⁴

Deste modo, depreende-se que “*o limite da liberdade do juiz encontra-se naqueles fatos que individualizam a pretensão e que constituem a causa de pedir: nenhuma qualificação jurídica íntegra esta, e, por via de consequência, nada obsta a livre eleição dos motivos ou normas jurídicas*”⁴⁵ pelo agente do Poder Judiciário.

Não obstante, “*grande parte da doutrina vai enfim, convencendo-se de que as alegações ou deduções jurídicas dos interessados não são um acréscimo inútil ou supérfluo, mas exercício da garantia de ação e de*

41 Consulta realizada pelo sito eletrônico http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/11-2000.11t5.html#a218. Último acesso em 15 junho 2014.

42 “A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas, no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do decurso, do julgamento do objeto litigioso do processo.” In WATANABE, Kazuo. Cognição no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

43 CRUZ E TUCCI, José Rogerio. A causa petendi no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 208.

44 O trecho ‘tendo sempre a última palavra’ foi propositalmente inserto ao final do parágrafo de maneira a evidenciar que a utilização do brocardo *iura novit curia* é possível em um ambiente onde se valorize o contraditório. Tendo as partes oportunidade para se manifestar, a concordância ou não do juiz é mera consequência do diálogo, mas não cria um aspecto vinculativo ao que foi produzido em contraditório.

45 CRUZ E TUCCI, José Rogerio. A causa petendi no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 209.

defesa e que a individualização e a interpretação da norma a aplicar não constituem uma prerrogativa intangível e exclusiva do magistrado.”⁴⁶

O que não representa em redução da relevância dos fatos constitutivos, visto que é a compreensão-interpretação deles que serve de instrumento para se atingir a qualificação jurídica da demanda em ultima análise.

“L’attività del qualificare, afferma una parte della dottrina, è successiva alla corretta comprensione del fatto storico oggetto di constatazione-giudizio; e può legittimamente operare solo laddove questo sia chiaro senza ombra di dubbio ... potendosi ‘vesitare di diritto’ solo um fatto certo e definito. Dunque, presupposto della qualificazione giuridica è la comprensione-interpretazione del fatto storico in tutte le sue componenti rilevanti.”⁴⁷

Na contramão da importância conferida à causa de pedir remota, onde os fatos são detalhadamente expostos, a precisa qualificação jurídica da demanda parece despicienda. Para Calmon de Passos, o fato de o demandante ter tipificado mal os fatos constitutivos não teria tanta influência, visto que “*o juiz o juiz conhece o direito e deve categorizá-los com acerto*”.⁴⁸

Indaga-se, no entanto, de que maneira seria possível a categorização do direito com acerto no caso em que a parte não tenha demonstrado particular cuidado com a descrição dos fatos.

Assim, a utilização da máxima parece ter duas facetas: na medida em que socorre eventuais equívocos quanto à qualificação jurídica das contendas, pode essa liberdade se manifestar – como de fato ocorre por vezes - em completo descuido da observância do contraditório.

4.1 Do reconhecimento do brocardo pelos Tribunais Superiores.

O brocardo *iura novit curia* como expressão do entendimento de que o

⁴⁶ DE GOUVEIA, Lúcio Grassi. O dever de cooperação dos juízes e tribunais com as partes – Uma análise sob a ótica do Direito comparado (Alemanha, Portugal e Brasil). Revista da Esmape, v. 5, n.11. janeiro-Junho 2011, 260.

⁴⁷ ZACCHE, Francesco. Cassazione e iura novit cúria nel caso Drassich. Diritto penale e Processo, n. 6, 2009, p. 785-786.

⁴⁸ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. III, Editora Forense, 1988, p. 200.

juiz conhece o direito, além de reconhecido pela doutrina, também vem sendo largamente utilizado pelos Tribunais Superiores para justificar decisões que fogem do escopo permeado pela causa de pedir próxima aduzida.

Como também abrigado pela doutrina, os Tribunais vem reconhecendo que os magistrados não ficam adstritos à qualificação jurídica dada pelas partes, para proferir seus provimentos jurisdicionais, lhes sendo permitido o uso do *iura novit curia* para, muitas das vezes, requalificar as demandas propostas.

Entre alguns exemplos, não exaustivos, o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal da Cidadania se pronunciaram pela possibilidade de utilização do brocardo da seguinte maneira:

“O artigo 93 da CF não resta violado porquanto o juiz não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame conforme o pleiteado pelas partes, podendo fazê-lo conforme o seu livre convencimento, utilizando -se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. (iura novit curia)”⁴⁹

“A atividade jurisdicional está adstrita aos limites do pedido e da causa de pedir. Porém, o magistrado aplica o direito à espécie sem qualquer vinculação aos fundamentos jurídicos deduzidos na petição inicial, por força do princípio iura novit curia. Com efeito, não se vislumbra decisão fora dos limites da lide, uma vez que a tutela jurisdicional prestada pelo Tribunal de origem possui a mesma natureza da pleiteada [...], apenas com fundamento diverso do apontado pelos insurgentes”⁵⁰

“E isso porque o princípio geral segundo o qual o juiz conhece o direito (iura novit curia) determina que o julgador solucione a demanda aplicando as normas que entender cabíveis, independentemente daquelas invocadas por qualquer das partes.”⁵¹

Interessante notar também que o julgamento não pode ser configurado como *extra petita* quando a aplicação do direito pelo julgador se baseia em fundamentos diversos daqueles encontrados na propositura da demanda, pela incidência dos princípios *Mihi factum dabo tibi ius e iura novit curia*.⁵²

⁴⁹ STF. Primeira Turma. Ministro Luiz Fux. AI 794759 AgR/SC. Dje. 13.04.2011.

⁵⁰ STJ. Quarta Turma. Ministro Luis Felipe Salomão. AgRg no AREsp 281.594/SC. Dje 26.07.2013.

⁵¹ STJ. Sexta Turma. Ministra Alderita Ramos de Oliveira. AgRg no Ag 1.272.810/MG. Dje 07.02.2013.

⁵² “PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO EXTRA PETITA. PRINCÍPIOS MIHI FACTUM DABO TIBI IUS E JURA NOVIT CURIA. DECISÃO MANTIDA. 1. A aplicação do direito com fundamentos

Não obstante, em que pese o reconhecimento da doutrina e o emprego do brocardo pelos Tribunais, há de se compreender e evidenciar de que modo esse princípio deve ser utilizado para que não redunde em instrumento de autoritarismo servindo de óbice à efetiva aplicação do direito.

DO CONTRADITÓRIO.

O contraditório é uma garantia erigida na Constituição Federal de 88 por meio do artigo 5º, LV⁵³, com a qual garante-se aos litigantes a possibilidade de defesa ou manifestação. O direito ao contraditório “sintetiza outras garantias [isonomia e publicidade], se assentando no binômio informação-reação.”⁵⁴ E é justamente como garantia desse direito que se insere a correlação entre a causa de pedir e utilização do *iura novit curia*.

Conforme restou evidenciado, a causa de pedir próxima corresponde à qualificação jurídica da demanda ajuizada pela parte, não vinculando, porém, o magistrado, que por conhecer o direito na sua amplitude, entendendo diversamente, pode modificar a qualificação em função de seu exercício jurisdicional.

Todavia, com esse propósito, em cumprimento à legalidade processual, o magistrado deve respeitar o princípio do contraditório concedendo oportunidade às partes de se manifestarem acerca da eventual alteração da qualificação jurídica originalmente trazida.

Parece inconteste, portanto, que ao juiz cabe demonstrar ter examinado as posições trazidas pelas partes “*embora isso não afaste, no que tange ao direito alegado, a possibilidade de o juiz optar por uma terceira via, devendo haver, como se observou no item anterior, o contraditório a respeito.*”⁵⁵

diversos das razões postas na exordial não implica julgamento extra petita. 2. O julgador não está vinculado aos fundamentos apresentados pela parte. Aplicação dos princípios *Mihi factum dabo tibi ius* e *iura novit curia*” STJ. Quinta Turma. Ministro Jorge Mussi AgRg no REsp 939.632/AL. DJe 29/04/2011.

⁵³ “Até então as cartas políticas brasileiras só se preocupavam com o contraditório em sede penal. A Constituição de 88, com todos os defeitos que possa ter, tem também os seus méritos, e um deles é o de ter abolido essa restrição. A disposição constitucional refere-se a todo e qualquer processo, e não apenas ao processo penal.” In BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correlação entre pedido e sentença. Revista de Direito do TJRJ, n.26, 1996, p. 53-54.

⁵⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu. São Paulo: Atlas, 2011, p. 43-44.

⁵⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acordão. Revista de Processo, n. 168. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.64.

A maior parte da doutrina parece dialogar nesse mesmo sentido quando da aplicação da máxima *iura novit cūria*. Ou seja, ainda que aos magistrados seja dada enorme liberdade para o exercício jurisdicional, com o cuidado de não se cometer qualquer arbitrariedade, “*não [se] dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio em homenagem ao princípio do contraditório.*”⁵⁶

Segundo o magistério de Heitor Sica, não se pode atribuir o aumento da importância do contraditório ao aumento dos poderes dos juizes, ainda que o contraditório nesse sentido possa representar uma medida de equilíbrio para contrabalancear as garantias das partes em face do crescente ativismo judicial.⁵⁷

Ainda com relação à observância do princípio do contraditório, José Roberto Bedaque⁵⁸ apresenta uma consequência da utilização do brocardo *iura novit cūria* que merece destaque, sobremaneira, porque, além de demonstrar a essencialidade do contraditório, evidencia que o novo enquadramento pode ser uma surpresa para as partes.

“Mesmo a liberdade na aplicação da regra jurídica deve ser examinada à luz do contraditório. O brocardo iura novit cūria significa a possibilidade de o juiz valer-se da norma não invocada pelas partes, desde que atendidos os limites quanto ao pedido e à causa de pedir. Isso não significa, todavia, desnecessidade de prévia manifestação das partes a respeito, mesmo porque muitas vezes o enquadramento jurídico do fato implica consequências jamais imaginadas pelas partes. Justificável, portanto, a preocupação com a efetividade do contraditório inclusive nesta sede.”

Portanto, depreende-se que o adequado funcionamento do contraditório justamente por trazer como consequência a contribuição para a jurisdição

⁵⁶“O diálogo judicial torna-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que o poder do órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit cūria* redunde em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. In TUCCI, José Rogério Cruz. Garantias constitucionais do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 143.

⁵⁷SICCA, Heitor Vitor Mendonça. O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu. São Paulo: Atlas, 2011, p.164.

⁵⁸BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. in CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 41-42.

alcançar seu objetivo, cria para os agentes do poder jurisdicional a necessidade de cuidado quanto ao irrestrito direito de defesa.⁵⁹

O que significa dizer que, por força dos princípios constitucionais, devem ser oportunizadas "*previamente amplas e reais possibilidades de participação, sobretudo, àqueles que sentirão os efeitos da decisão*",⁶⁰ de modo a se evitar que a jurisdição não se distancie do seu precípuo objetivo que é a justiça.

Outro aspecto que merece destaque com relação à observância do contraditório pelos juízes, diz respeito à legitimidade conferida a decisões jurisdicionais que "*será tanto mais legítima quanto maior for a possibilidade de os destinatários de seus atos, de suas decisões, que têm caráter imperativo e vinculante, poderem se manifestar para influenciar a autoridade competente antes de ela decidir.*"⁶¹

Parece assim, indissociável a relação existente entre a oportunidade conferida às partes de participar e influir na preparação das decisões e a predisposição de aceitá-las, na medida em que se observa o procedimento legitimamente determinado pelo poder jurisdicional.⁶²

Do contrário, em um processo onde não se privilegia o contraditório como real possibilidade de manifestação das partes, muitas vezes o brocardo *iura novit curia* quando aplicado pode redundar em decisões surpresa, ou seja, decisões que "*pegam as partes no contrapé*", na medida em que apresentam conteúdo decisório fundamentado em qualificação jurídica diferente daquela manifestada pelas partes.

Não raro são os casos em que o brocardo é utilizado ao final do processo, ou seja, na sentença que entendendo diversamente, requalifica a causa de pedir próxima, sob a qual foi apresentada as teses de ataque e defesa das partes, sem que se abra, contudo, a necessária oportunidade do contraditório.

Porém essas decisões surpreendentes no entender da doutrina, devem ser declaradas nulas justamente por não atender ao princípio do

⁵⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.68.

⁶⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. V 1. São Paulo: Saraiva, 2011, p.144.

⁶¹ Idem, p.145.

⁶² DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros, 2011, p.196.

contraditório, ressaltando, sem embargo, que o contraditório não incide “sobre a existência de poderes de decisão do juiz mas sim, sobre a modalidade de seu exercício, de modo a fazer o juiz um garante de sua observância, impondo a nulidade de provimentos toda vez que não exista a efetiva possibilidade de seu exercício.”⁶³

Dessarte, em que pese o juiz conheça o direito e a ele seja permitido (como prerrogativa do exercício de sua função), modificar a qualificação jurídica dada à demanda pelas partes, entende-se que esse “poder-dever” não deve ser utilizado arbitrariamente sem privilegiar a possibilidade de manifestação daqueles que serão diretamente influenciados pela variação conferida.

CAMINHO LEGITIMADOR DO *IURA NOVIT CURIA*.

Conforme evidenciado, a máxima *iura novit curia* configura-se na possibilidade de aplicação de um conhecimento irrestrito das normas e regras contidas no ordenamento jurídico por parte dos magistrados como forma de exaltação da legalidade a elas inerente.

No entanto, condizente com o demonstrado, essa possibilidade pode muitas vezes não atender aos anseios das partes e especialmente do processo. A esse respeito, impende demonstrar algumas ilações decorrentes do raciocínio do descontentamento referido, para compreender de que forma a utilização do brocardo *iura novit curia* se daria de forma mais consentânea com o princípio do contraditório.

O contraditório pode ser compreendido, então, como a materialização de duas características substanciais, uma referente aos próprios juízes, a outra concernente ao processo, ou melhor, a um modelo de processo.

No que toca aos juízes,⁶⁴ no bojo do sistema processual civil,

⁶³THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influencia, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. Revista de Processo, n. 168. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 125. No entanto, ressalta-se “a impossibilidade de se afirmar a priori não ser sanável o vício decorrente da violação do contraditório. Se da falha processual não decorrer dano a essa garantia ou a outro interesse da parte prejudicada, ou se a sentença transitar em julgado, desconsidera-se a nulidade.” In BEDQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2006, p.489.

⁶⁴“o juiz é uma espécie de complemento do legislador, a longa manus da lei, justamente porque exerce sua função sobre a atividade dos outros.” In MARQUES, José Frederico. Ensaio sobre a jurisdição voluntária. Campinas: Millennium, 2000, p. 3.

independentemente da relação jurídica envolvida, devem “*participar ativamente, dada a finalidade reservada ao processo, na constatação dos fatos pertinentes e relevantes para a solução da lide, tal como submetida à sua cognição.*”⁶⁵

Isto é, a postura do juiz na condução do processo, “*problema dos mais delicados que a processualística tem enfrentado hodiernamente*”,⁶⁶ deve ser sopesada para que se previnam arbítrios e mesmo surpresas.

A postura mais ativa do juiz na condução de todo o *iter procedimental* contribui expressivamente com o processo na medida em que mais participativo – desde o início – tem mais condições de identificar imperfeições não somente na qualificação jurídica da demanda, como também em tantas outras questões que poderão influenciar na sua cognição.

Por outro lado, no que diz respeito ao processo, o modelo cooperativo que tem como objetivo a organização justa do processo, traçando de forma paritária – ou próxima a isso – o trabalho a ser desempenhado entre todos que constarem como parte da relação processual,⁶⁷ parece contribuir para que deslizos sejam menos frequentemente cometidos.

Nesse sentir, a colaboração, como característica marcante do processo cooperativo, que “*estrutura-se a partir da previsão de regras que devem ser seguidas pelo juiz na condução do processo,*”⁶⁸ permite que a utilização do *brocardo iura novit curia* aconteça sempre respeitando a garantia constitucional do contraditório, sobremaneira, porque colocados em *destaque os deveres que o juiz tem de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio para com os litigantes.*

A experiência estrangeira acerca de um processo cooperativo já

⁶⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. A causa petendi no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 181.

⁶⁶ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.226.

⁶⁷ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como Prêt-A-Porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. Revista de Processo. Ano 36, Vol. 194. Abril, 2011, p.57.

⁶⁸ “O princípio da colaboração tem assento firme no Estado Constitucional. Não há processo justo sem colaboração. A necessidade de participação que se encontra à base da democracia contemporânea assegura seu fundamento normativo. É preciso perceber que a defesa do processo cooperativo envolve – antes de qualquer coisa – a necessidade de um novo dimensionamento de poderes no processo, o que implica necessidade de revisão da cota de participação que se defere a cada um de seus participantes ao longo do arco processual.” Idem, p.61-63.

demonstrou que o diálogo travado entre as partes e o magistrado durante todo o caminhar processual, por meio de deveres confiados a ambos, facilita a obtenção da justiça sob dois prismas diversos: as partes imbuídas em alcançá-la e o magistrado imbuído em realizá-la.

Portanto, o diálogo travado entre partes e magistrado de forma a colaborar com o processo tem o condão de garantir a democratização do processo impedindo que a máxima *iura novit curia* possa ser o objeto de representação de uma atitude autoritária ou mesmo instrumento de opressão.⁶⁹

E tal se dá, sobremaneira pelo caráter público do processo que, como um instrumento valoroso para a manutenção do Estado Democrático de Direito, tem na colaboração e no contraditório, grandes aliados para a consecução da "*pacificação social, com efetiva aplicação da justiça*."⁷⁰

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

De todo o exposto, o brocardo *iura novit curia*, como expressão do entendimento de que o magistrado conhece o direito, reconhecido pela doutrina e aplicado pelos Tribunais, deve sempre levar em consideração a garantia do princípio do contraditório, insculpido na Constituição.

É insofismável que o magistrado no exercício de sua função jurisdicional quando apreciando uma demanda, não fica adstrito a qualificação jurídica dada pelas partes, tendo, portanto, completa liberdade para requalificá-la de modo a garantir que a jurisdição seja operada em cumprimento a legalidade e justiça.

Não obstante, como se obervou, com o intento do brocardo não ser causador de arbitrariedades, alguns cuidados devem ser tomados, sobremaneira, porque, muitas das vezes, a utilização da máxima, implica modificações substanciais que influenciarão contundentemente o desenrolar das demandas propostas pelas partes.

⁶⁹ DE GOUVEIA, Lúcio Grassi. O dever de cooperação dos juízes e tribunais com as partes – Uma análise sob a ótica do Direito comparado (Alemanha, Portugal e Brasil). Revista da Esmape, v. 5, n.11. janeiro-Junho 2011, 263.

⁷⁰ LOBO, Arthur Mendes; NETTO, Antônio Evangelista de Souza. Análise principiológica do juiz no novo CPC. In Novas tendências do processo civil, estudo sobre o projeto do novo código de processo civil, Vol. II, em que são organizadores Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luis Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira. Bahia: Editora Juspodvim, 2013, 146.

Nesse sentido, além do contraditório, decorrente de possibilidade conferida às partes de influenciarem na apreciação e decisão das demandas, ganhou destaque característica deveras relevante, ínsita aos magistrados na consecução do exercício jurisdicional, qual seja, a participação ativa, desde o início da propositura da demanda, no intento de se evitar decisões-surpresa ao término do processo.

Por fim, em que pese a possibilidade reiteradamente aceita de utilização do brocardo pelos Tribunais, demonstrou-se que o mesmo seria mais aceito pelas partes como uma máxima legítima, quando utilizado no seio de um processo precipuamente cooperativo, em que as partes e magistrado atuam de forma colaborativa desde o início com o fito de se alcançar uma justiça efetiva.

Abstract: The scope of this article is to analyze the correlation between the use of the aphorism *iura novit curia* by the judges to the relevant recategorization of the cause of action, demonstrating the necessary remark the guaranty contained in the principle of adversarial proceedings.

Keywords: Cause of action – Aphorism Iura Novit Curia – Principle of adversarial proceedings

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. O pedido no sistema da common law e o princípio da adstrição. Revista de Processo, n.118, ano 29, 2004.

ARAÚJO, Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

BAPSTISTA DA SILVA, Ovídio A. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correlação entre pedido e sentença. Revista de Direito do TJRJ, n.26, 1996.

BAUR, Fritz. Da importância da dicção “iura novit curia”. Traduzido por José Arruda Alvim. Revista de processo, n. 3. Julho-Setembro, 1976.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2006.

- _____. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. in CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. Poderes instrutórios do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. V 1. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. III, Editora Forense, 1988.
- CARVALHO, Milton Paulo de. Do pedido no processo civil. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Dell'azione nascente dal contratto preliminare. Saggi di diritto processuale civile. Milano: Giuffrè, 1993.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. A causa petendi no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. A denominada "situação substancial" como objeto do processo na obra de Fazzalari. Revista de Processo, n. 68, ano 17. Outubro-Dezembro, 1992.
- DE ASSIS, Araken. Cumulações de ações. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- DE GOUVEIA, Lúcio Grassi. O dever de cooperação dos juízes e tribunais com as partes – Uma análise sob a ótica do Direito comparado (Alemanha, Portugal e Brasil). Revista da Esmape, v. 5, n.11. janeiro-Junho 2011.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. Instituições de direito processual civil. V. 1. São Paulo: Malheiros, 2003
- FEVER, Marcus. A proibição do julgamento extra petita no atual Código de Processo civil. Revista de Direito do TJRJ, n. 22, 1995.
- GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. 23ª edição. São Paulo: Saraiva.
- LEONEL, Ricardo de Barros. Causa de pedir e pedido: o direito superveniente. São Paulo: Método, 2006.
- LOBO, Arthur Mendes; NETTO, Antônio Evangelista de Souza. Análise principiológica do juiz no novo CPC. In Novas tendências do processo civil, estudo sobre o projeto do novo código de processo civil, Vol. II, em que são organizadores Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luis Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira. Bahia: Editora Juspodvim, 2013.
- MARQUES, José Frederico. Ensaio sobre a jurisdição voluntária. Campinas: Millennium, 2000.
- MICHELI, Gian Antonio. Jura novit curia. Rivista di Diritto Processuale. Padova: Cedam, 1961.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como Prêt-A-Porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. Revista de Processo. Ano 36, Vol. 194. Abril, 2011.

_____. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

NERY JUNIOR, Nelson. Principios do processo na constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PIERRO, Guido. Equità del processo e principio di legalità processuale. Diritto penale e Processo, n. 12, 2009.

PINTO, Junior Alexandre Moreira. A causa petendi e o contraditório. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu. São Paulo: Atlas, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influencia, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. Revista de Processo, n. 168. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acordão. Revista de Processo, n. 168. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

WATANABE, Kazuo. Cognição no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZACCHÉ, Francescco. Cassazione e iura novit cúria nel caso Drassich. Diritto penale e Processo, n. 6, 2009.

GESTÃO DE UNIDADES PRISIONAIS COM GANGUES: A EXPERIÊNCIA DO RIO DE JANEIRO

Cesar Caldeira - Prof. Dr. Associado II da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor do Mestrado Direito e Políticas Públicas. Mestre pela Yale Law School (EUA). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Resumo: Este trabalho é sobre as práticas de controle sobre gangues prisionais. A hipótese principal do trabalho é que a “razão governativa” - a maneira efetiva de tomada de decisões no cotidiano prisional onde estão localizadas as “facções criminosas” - responde às demandas de poder dessas organizações. Esses “sujeitos coletivos” buscam controlar a massa carcerária a partir de suas regras, que podem ser rapidamente aplicadas. De fato, essas organizações vigiam e punem dentro e fora das prisões na medida que dispõem de uma “rede social”. No Rio de Janeiro existem três organizações principais, sendo o CV a mais antiga e poderosa. Apesar da política de segurança pública do governo Sérgio Cabral ter pressionado o CV com a instalação de UPPs em áreas que estavam sob seu controle, ocorreram reações violentas em 2013 e 2014. Estatísticas oficiais mostram que superlotado espaço carcerário continua a ser distribuído por “comandos”. Argumentarei que não existe - até o momento - experimento bem sucedido de desmantelá-las. Ou, ao menos, evitar que comandem ações ilícitas de dentro e fora dos presídios. Esta pesquisa tem o apoio FAPERJ.

Palavras-chave: Superlotação prisional – Facções criminosas – Estado do Rio de Janeiro – Política penitenciária.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho aborda os problemas relacionados à gestão prisional de unidades prisionais masculinas superlotadas e que tem o seu espaço dividido no Estado do Rio entre gangues prisionais.

No Rio de Janeiro, foi criada dentro das prisões uma organização de criminosos – o Comando Vermelho (CV) – que como “sujeito coletivo”¹ gerou novos desafios à gestão da custódia de presos e à política de segurança pública. Em resposta a esse desafio vieram o Regime de Detenção Diferenciado (RDD) previsto na lei 10.792 de 1º de dezembro de 2003, a criação de penitenciárias de segurança máxima estaduais e federais, além de um rápido crescimento do encarceramento no Estado. Estas iniciativas não resultaram na contenção do CV.

As análises acadêmicas, policiais e as informações divulgadas na mídia mostram que o CV é em 2014 a principal organização no Estado do Rio de Janeiro. As estatísticas da Secretaria Estadual de Administração Penitenciária do Rio de Janeiro (SEAP) mostram que em 11 de agosto de 2014 o CV ocupa 13 unidades do sistema prisional, duas a mais que em agosto de 2013. O seu efetivo real aumentou de 13.964 para 15.105 presos. Ou seja, existem após um ano 1.141 encarcerados a mais identificados com a facção. Apenas em duas unidades não ocorre excesso de presos. Nas outras onze unidades a superlotação alcança 4.916 pessoas.

Um caso concreto esclarece o foco central da investigação proposta. Uma megaoperação policial com 280 policiais civis, acompanhada por helicóptero, prendeu 18 pessoas, indiciadas por de venda de drogas em Magé, na madrugada do dia 30 de agosto de 2014. Segundo o delegado titular da 65ª DP a investigação começou em outubro de 2013 e constatou-se que a organização era altamente hierarquizada e movimentavam mais de R\$ 1, 2 milhões por ano. Além da venda de drogas, a organização foi indiciada por 6 homicídios, corrupção de menores, lavagem de dinheiro, roubos de carros e assaltos a pedestres.. O grupo mantinha 8 contas bancárias. Parte desse grupo era responsável pela distribuição de cestas básicas na comunidade da Lagoa, em Magé. O chefe da organização

¹ “Sujeitos coletivos” são pessoas organizadas – em associações, sindicatos, redes legais ou não – que possuem identidades, expectativas estáveis e demandas partilhadas. Esses atores coletivos são importantes à medida que controlam variados recursos capazes de serem mobilizados na disputa pelo poder institucional ou social.

criminosa, preso desde junho de 2013, comandava as ações de dentro do Presídio Vicente Piragibe, onde estão presos do CV em regime semiaberto e tem um excesso de presos de 92% em relação à capacidade efetiva da unidade, o que os leva a perambularem pelo espaço aberto. O chefe do grupo, conhecido como Ci, foi flagrado em escutas telefônicas autorizadas pela Justiça quando ordenava ações referentes à tráfico de drogas e até homicídios. A Justiça autorizou transferência de Ci para a Penitenciária Laércio da Costa Pelegrino (Bangu I) onde está em cela individual com aplicação do RDD. A SEAP abriu sindicância para apurar como o traficante chefiava a organização atrás das grades. Já a Polícia Civil pediu a transferência de Ci para um presídio federal.²

Hoje a permanente mobilização e atuação de violadores da lei – no tráfico e drogas e armas, por exemplo – de dentro para fora das prisões transformou-se num grave problema que pode ser expresso da maneira seguinte. Por que não existem políticas penitenciárias articuladas com iniciativas de segurança pública eficazes para *desmantelar* organizações, como o CV, que atuam dentro e fora das prisões?

Uma resposta é encontrada no Plano Diretor para Construção de Novas Unidades Prisionais do Estado do Rio de Janeiro: *Enquanto não for encontrado outro mecanismo, a alocação de detentos continuará obedecendo ao critério da distribuição em facções, pois este é considerado um problema social e é objeto de estudo da SEAP para modificá-lo* (SEAP, 2008, p.7).³

Esta pergunta pode sugerir uma agenda de pesquisa, de discussões acadêmicas e políticas que parecem desbordar o tema da violência institucional. Porém, a violência ilegal que foi e continua a ser usada para conter a massa de encarcerados custodiada por agentes penitenciários insuficientes que atuam em condições de trabalho inadequadas está na origem de práticas institucionais e disciplinares existentes.⁴

² “Esses criminosos utilizavam muitos menores, porque era uma forma de manter sempre ativo o movimento. Como são menores de idade. Eles passam pouco tempo presos e, ao sair voltam a praticar os crimes.” (Borges e Moura, 2014, p.8)

³ É louvável a iniciativa do Secretário da SEAP Cesar Rubens Monteiro de Carvalho em ter encomendado um Plano Diretor de qualidade técnica para antecipar-se com a construção de novas unidades prisionais à entrada no sistema prisional de presos que estavam em Delegacias Policiais. Porém, este Plano Diretor não foi implementado apesar de ter sido ratificado como “alinhado com a visão estratégica” da SEAP.

⁴ Exemplo dramático está na tentativa de resgatar onze presos do Comando Vermelho na noite do dia 12 de junho de 2013 na movimentada BR 101, em São Gonçalo, estado do Rio de Janeiro. A viatura do SOE que não é blindada, poderia transportar até oito presos e não possuía a necessária escolta, foi barrada por um caminhão cercado por vinte bandidos pesadamente armados. Havia dois agentes em serviço e um terceiro – Antonio Ferreira – que foi ajudá-los devido à falta de apoio. Houve troca de tiros e a arma do agente Ferreira falhou. Foi morto na troca de tiros. Um detento foi ferido. O resgate do chefe do tráfico de drogas de Itaboraí

Em trabalhos anteriores sobre o sistema penitenciário do Estado do Rio de Janeiro, baseadas em inspeções de unidades, adotei uma abordagem metodológica que focaliza a “racionalidade governamental”: as maneiras de pensar e os estilos de raciocínio concretizados em uma série especificam de práticas, inclusive ilegais.

A hipótese principal dos trabalhos publicados é que a “razão governativa” – a maneira efetiva da tomada de decisões no cotidiano prisional de unidades em que estão localizadas as “facções criminosas”⁵ fluminenses – responde às demandas de poder dessas organizações. Esses “sujeitos coletivos” buscam gerir a massa carcerária a partir de suas regras que são efetiva e rapidamente empregadas, se for o caso, pela aplicação da pena de morte ao transgressor. É indispensável frisar que essas organizações criminosas vigiam e punem dentro e fora das prisões na medida em que dispõem de uma “rede social”⁶.

No Estado do Rio de Janeiro existem três organizações principais, sendo o Comando Vermelho a mais antiga e poderosa. Aliás, o perfil do Primeiro Comando da Capital (PCC) de origem paulista é marcado pela experiência do CV e existem vínculos de parceria entre essas organizações. O PCC tem hegemonia no sistema prisional do Estado de São Paulo e supõe-se que ampliou sua organização por 22 estados da federação com 2.398 soldados (Serapião, 2014, p.37).

Não é possível, no momento, prever o futuro desdobramento do cenário dos antagonismos entre as três organizações fluminenses. Neste trabalho apresentarei estatísticas oficiais da SEAP que evidenciam que o espaço carcerário continua a ser distribuído por organizações criminosas e relatarei que não existe experimento bem sucedido para desmantelá-las.

– conhecido como Dodô – foi evitado nessa ação planejada. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2013/06/tiroteio-em-tentativa-de-resgate-de-presos-deixa-um-morto-no-rj.html>>; <<http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2013-06-13/agente-penitenciario-morre-em-tentativa-de-resgate-de-presos.html>> Acesso em: 10. Ago.2014..>

⁵ “Facções criminosas” são espécies do gênero “sujeitos coletivos”: são redes de grupos criminosos que se articulam e colaboram a partir de uma identidade comum (p.ex. Comando Vermelho, Terceiro Comando, Amigo dos Amigos) que envolvem pessoas, recursos materiais lícitos e ilícitos e adversários identificados (como outra facção criminosa ou milícias).

⁶ A amplitude da “rede social” varia muito em sua extensão. Pode incluir visitantes, familiares, igrejas que atuam dentro e fora do sistema penitenciário, advogados que são principalmente “pombos correios”, entre outros. Qualquer análise realista do funcionamento dos “sujeitos coletivos” deve considerar seus mecanismos pessoais e tecnológicos de comunicação com o exterior do sistema prisional.

O argumento central apresentado é que toda violência institucional é abusiva e deve ser controlada e punida de acordo com a legislação atual. Destaca-se também a atuação de um conjunto de instituições governamentais e não governamentais para prevenir e denunciar a violação de direitos dos encarcerados no Estado do Rio de Janeiro.

No entanto, com base em dados estatísticos e estudos de casos do período 2004 até 2014, argumenta-se que o tema da violência institucional deve ser examinado conjuntamente com as tentativas de monopólio privado da violência por “sujeitos coletivos” como o CV.

Este trabalho está dividido em cinco partes em que elaboro sobre as estatísticas e fatos que sustentam as recomendações de políticas públicas finais. Neste sentido, o seu objetivo é contribuir para a discussão sobre políticas públicas que são concretizadas através de legislação e de sua implementação judicial e administrativa.

A segunda seção abordará a transição institucional ocorrida no Estado do Rio de Janeiro na virada do século XXI quando o Departamento do Sistema Penitenciário (DESIPE), que era subordinado à Secretaria de Estado de Justiça, foi extinto no final de 2002. Assim como ocorreu previamente no Estado de São Paulo, o sistema penitenciário foi integrado numa Secretaria de Estado (SEAP) pelo Decreto nº 32.621 de 01.01.2003. Será mostrado um quadro da situação do DESIPE no final do primeiro ano do governo Anthony Garotinho, quando já estão sendo instaladas as primeiras Delegacias Legais, que não dispõem de carceragens para presos provisórios. A seguir é apresentada uma tabela com estatísticas sobre o excesso de presos no sistema penitenciário e a existência de encarcerados em delegacias policiais no período que vai do final de 2003 ao início de 2014.

Na terceira seção serão abordadas as dificuldades surgidas para incorporar o contingente de presos que estava nas carceragens policiais no efetivo da SEAP.

Na quarta seção analisa-se o quadro atual do sistema penitenciário fluminense que continua com excesso de presos e divididos entre “facções criminosas”.

Na quinta seção serão apresentados o elenco de expedientes e providências que são usados para gerir prisões superlotadas com

organizações criminosas. E as recomendações para eventuais alterações para uma política penitenciária em resposta aos problemas discutidos.

2. O PROBLEMA DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA

O Conselho Nacional de Justiça divulgou o “Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil” em junho de 2014. No quadro referente ao “panorama brasileiro” informa:

População no **sistema** prisional = 563.526 presos

Capacidade do sistema = 357.219 vagas

Déficit de Vagas = 206.307 Porém, o documento inova ao indicar o número de pessoas cumprindo prisão domiciliar e o “cumprimento de mandados de prisão em aberto”. Nesta apreciação as estatísticas apontam para números bastante elevados.

Pessoas em Prisão Domiciliar no Brasil = 147.937

Total de Pessoas Presas = 711.463

Déficit de Vagas = 354.244

Número de Mandados de Prisão em aberto no BNMP = 373.991

Total de Pessoas Presas + Cumpr. de Mandados de Prisão em aberto = 1.085.454

Déficit de Vagas = 728.235

Ao focalizar a situação do Estado do Rio de Janeiro, o referido documento do Conselho Nacional de Justiça detalha o seguinte em relação a atual situação dos encarcerados (masculinos e femininos):

TABELA A - CNJ - POPULAÇÃO CARCERÁRIA NO SISTEMA PRISIONAL
junho 2014

UF	População Carcerária	% Presos Provisórios	Capacidade (Vagas)	Déficit (Vagas)
RJ	35.611	38%	29.039	6.574

Observação: Não existem presos em delegacias no Estado do Rio de Janeiro em 2014.

TABELA B - CNJ - ACRESCENTANDO PRESOS EM REGIME DOMICILIAR
junho de 2014

UF	Presos em cumprimento de prisão domiciliar	Total de preso (população carcerária + prisão domiciliar)	Déficit de Vagas (com presos domiciliares)	Novo % de presos provisórios
RJ	1.842	37.453	8.416	37%

FONTE: Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil (2014)

2.1 O problema da superlotação carcerária no Estado do Rio de Janeiro

É incontornável reconhecer que as estatísticas obtidas ao longo deste levantamento evidenciam diferenças entre as fornecidas pelo DESIPE, e depois a SEAP e as que constam dos documentos do DEPEN e CNJ. Ciente deste fato, o pesquisador as usará como estimativas para obter fotografias de diferentes momentos do crescimento do número de encarcerados. Por fim, indicaremos através das estatísticas oficiais da SEAP o crescimento do efetivo carcerário entre 6 de agosto de 2013 e 11 de agosto de 2014.

2.1.1 DESIPE – No ano 2000

No primeiro ano do governo Anthony Garotinho (1999-2002) teve início o programa Delegacia Legal que não incluía mais carceragem nas novas

delegacias. Na Casa de Custódia Milton Dias Moreira foi construído mais um pavilhão, com mão de obra dos próprios internos do DESIPE e com vagas para mais 500 presos provisórios. Esta unidade passou a recepcionar 260 presos oriundos de três delegacias. Na ocasião dessa transferência, novembro de 1999, o Secretário Estadual de Justiça estimou que restavam 6.200 presos em carceragens de distritos policiais.⁷

Baseado em estatísticas do DESIPE, estimava-se que no final de 1999 a população encarcerada do estado seria cerca de 6.200 presos em carceragem mais 15.038 dentro do sistema prisional.⁸ O número de encarcerados nesta época girava em torno de 21.238 presos.

Mas, quando se examina pelo ângulo interno do sistema DESIPE, constatamos que os presos eram custodiados por um total de 2544 agentes de segurança e administração penitenciária (Isaps) no início do governo Garotinho.

Considerando-se que de acordo com o DEPEN/Ministério da Justiça a proporção ideal de agentes de segurança é de um para cada cinco presos, havia quase 6 presos para cada Isap. Esta proporção cresceu para sete presos para cada Isap, de acordo com o Relatório do DEPEN de maio de 2008 sobre o Quadro Funcional.⁹ Foi apontado, então, um déficit de 1.240 Isaps no estado.

A lei nº 4.583 de 2005 criou 7.000 cargos de Isaps que até agosto de 2013 não foram preenchidos. De acordo com o Diário Oficial do Estado, o Rio conta com 5.500 agentes penitenciários em junho de 2013.¹⁰

2.1.2 O problema do excesso de presos na SEAP: 2003-2014

É indispensável esclarecer inicialmente que usaremos as estatísticas obtidas na Secretaria de Administração Penitenciária (período 2007 - primeiro semestre de 2014).

⁷ “Casa de Custódia inaugura mais um pavilhão”, Diário do ABC, 12.11.1999. Disponível em: <<http://www.dgabc.com.br/Noticia/445873/casa-de-custodia-inaugura-mais-um-pavilhao-no-rio>> Acesso em: 10 ago. 2014.

⁸ Estima-se que em 1995 o DESIPE contava com 20 unidades prisionais e cerca de 9.000 presos. ALERJ, 2ª Audiência Pública da Comissão de Direitos Humanos e cidadania, para debater a superlotação e assistência de saúde no sistema prisional, realizada em 17 de abril de 2012.

⁹ Relatório da situação atual do sistema penitenciário – quadro funcional – DEPEN/MJ Disponível em: <portal.mj.gov.br/services/.../FileDownload.EZTSvc.asp?...2F46..> Acesso em: 10 ago. 2014.

¹⁰ “Estado forma novos inspetores de segurança e administração penitenciária”. Disponível em: <<http://www.ioerj.com.br/portal/modules/news/article.php?storyid=2666>>. Acesso em: 10 ago. 2014. A SEAP organizou um concurso para 800 vagas de agente penitenciário. Concorreram 70 mil candidatos. A primeira turma já ingressou no sistema. A segunda turma de 404 agentes estava se formando em junho de 2013, conforme a notícia divulgada no dia 4 de junho.

O total de encarcerados no Estado do Rio de Janeiro deve considerar o “número de presos no sistema penitenciário em dezembro” – chamados nas planilhas de “efetivo real” - e os presos que durante o período estavam em carceragem nas delegacias distritais e nas Polinters. Esses últimos presos não aparecem nas estatísticas da SEAP. As informações sobre presos em carceragem da polícia civil, quando existem, são dadas pela Secretaria de Segurança Pública. Conforme será destacado mais adiante, durante o período de 06 anos, 02 meses e 22 dias esteve em andamento um processo de transferências de presos provisórios e já condenados das carceragens policiais para Casas de Custódia (assim chamadas até 2009) ou Cadeias Públicas (a partir de 2010).

TABELA 1: POPULAÇÃO CARCERÁRIA FLUMINENSE

ANO	Nº DE PRESOS	VAGAS NO SISTEMA	VAGAS OCIOSAS	EXCESSO	Nº DE PRESOS FORA DO SISTEMA	TOTAL DE EN-CARCERADOS
2003	18.894	17.721	-	1.173	8.000*	26.894
2004	19.734	19.767	33	-	5.344	25.578
2005	21.878	19.767*	-	2.111	4.701	26.579
2006	22.567	23.502	-	935	406	28.510
2007	22.434	24.756	2.442	294	3.672	26.106
2008	21.987	23.955	2.363	395	3.600	25.585
2009	23.463	24.293	1.776	1.533	3.493	26.956
2010	25.708	24.407	1.612	2.913	2.597	28.305
2011	29.045	25.638	1.436	4.843	1.686	30.731
2012	31.674	25.354	901	6.589	2.920	34.594
2013	33.682	25.542	753	8.155	-	33.682
2014	38.055	27.298		10.995	-	38.055

Fonte: elaboração do autor.

Observações

1. No dia 5 de maio de 2003, o Secretário de Administração Penitenciária Astério Pereira dos Santos informou que havia 08 (oito) mil presos em carceragem policial (palestra gravada na UCAM-Ipanema). O atual secretário coronel Cesar Rubens, em audiência na ALERJ apontou para um gráfico em exibição e afirmou: “Essa é uma tabela. 2003 - tinham dez mil presos em delegacia, dezesseis na Seap” Em momento anterior da apresentação frisa que: “estava numa condição confortável em 2007 onde nós tínhamos lá 20 mil presos e aproximadamente 5.500 presos nas Polinters...”. Estas cifras foram incluídas neste trabalho para evidenciar o uso político de estatísticas na argumentação pública. De fato, torna-se difícil indicar quais são os números que mais se aproximam dos fatos ou se essas discrepâncias se justificam por momentos diferenciados na trajetória do tempo. Cf. ALERJ, 2ª Audiência Pública da Comissão de Defesa dos Direitos Humanos e Cidadania, para debater a superlotação e assistência de saúde no sistema prisional, realizada em 17.04. 2012.

2. No ano de 2005 não consta modificação no número de vagas da SEAP. Foi repetido o número de vagas existentes em 2004.

3. O número de presos em carceragens de delegacias policiais em 2010 foi obtido da publicação de Julita Lemgruber e Marcia Fernandes intitulado *Impacto da assistência jurídica a presos provisórios: um experimento na cidade do Rio de Janeiro*.

4. As estatísticas da SEAP sobre efetivo carcerário de 2013 vão até o dia 06 de agosto. Segundo o Governo do Estado do Rio de Janeiro as carceragens na Polícia Civil estão desativadas.

5. As estatísticas da SEAP sobre o efetivo carcerário de 2014 são do dia 11 de agosto.

Esta tabela 1 precisa ser avaliada em suas limitações para evitar conclusões e, posteriormente, recomendações de políticas penitenciárias não fundadas em dados confiáveis.

Em primeiro lugar, os números apresentados correspondem ao total de encarcerados no sistema penitenciário (“efetivo real”) no final de cada ano de 2003 a 2012. Curiosamente há planilhas que expõem datas entre o Natal e o Ano Novo. São como fotografias tiradas para registrar quantos estavam internos naquela época. Esse “efetivo real” datado não é adequado para

estimar o número de pessoas que entraram e saíram do sistema e, por isso, as estimativas sobre a necessidade de vagas crescentes são especulações.

Um exemplo facilita a compreensão da complexidade desse problema. A penitenciária Milton Dias Moreira (SEAPMM), inaugurada em Japeri no dia 12 de dezembro de 2006, tem capacidade originária para acolher 768 presos em regime fechado.¹¹ Segundo a imprensa, no dia 20 de dezembro, 774 detentos da unidade localizada no Complexo da Frei Caneca foi transferida para a penitenciária em Japeri.¹²

Existe discrepância entre as informações divulgadas ao público pela imprensa no momento da inauguração e os dados das planilhas operacionais da SEAP. Em 2007, consta que a SEAPMM possui a “capacidade atual” de 780 vagas – número este que é mantido até 2010 como “capacidade original” de vagas. De 2011 até agosto de 2013, esta “capacidade original” sobe para 792 vagas. O Plano Diretor do sistema penitenciário (SEAP, atualizado em julho de 2010) não menciona obras de aumento de vagas na unidade Milton Dias Moreira em Japeri. Em 11 de agosto de 2014, segundo documentação da SEAP, havia 792 vagas ocupadas por 1164 presos, portanto um excesso de 47%.

É possível que obras tenham ocorrido nessa unidade, alterando o plano inicial. Ou pode ter ocorrido algum expediente administrativo como o aumento de leitos para presos. O ponto argumentado acima indica que ocorreu um aumento da “capacidade original” das unidades de 2006 para 2012, de acordo com os dados da SEAP, que não está publicamente esclarecido. Este é um exemplo de providência que está dentro da perspectiva da “razão governativa” – decisões que são tomadas para fazer o sistema “funcionar” apesar dos obstáculos como falta de vagas.

¹¹ “Estado inaugura duas unidades prisionais em Japeri”, O Globo, 12.12.2006. As obras foram executadas pela Empresa de Obras Públicas (Emop), em um terreno de aproximadamente 16 mil metros quadrados. As duas unidades custaram mais de R\$ 38,5 milhões. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/estado-inaugura-duas-unidades-prisionais-em-japeri-4539622#ixzz2cHFVW5xK>> e também “Duas penitenciárias são inauguradas no RJ”, O Dia, 12.12.2006. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,O11295783-EI5030,00-Duas+penitenciarias+sao+inauguradas+no+RJ.html>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

¹² “Quase 500 presidiários do Rio são transferidos para a baixada”, “O conjunto de presídios da Frei Caneca será desativado com a transferência nesta quarta-feira (20), dos últimos 774 presos do Milton dias Moreira para a nova penitenciária, que leva o mesmo nome, em Japeri.” G1 Globo, 19/12/2006. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,AA1393712-5606,00.html>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

As cifras referentes à penitenciária que abriga exclusivamente detentos vinculados à facção Comando Vermelho são as seguintes:

TABELA 2: PENITENCIÁRIA MILTON DIAS MOREIRA (Japeri)

Ano	Capacidade atual	Efetivo real	Vagas	Excesso
2007	780	706	73	-
2008	780	761	19	-
2009	768	680	88	-
2010	780	806	-	26
2011	792	871	-	79
2012	792	788	4	-
2013*	792	998	-	206
2013**	792	1.086	-	294
2014***	792	1.164		372

Fonte: elaboração do autor.

* Os dados referentes a 2013 correspondem ao dia 6 de agosto.

** Estes dados são do dia 20 de agosto de 2013.

*** Estes dados são do dia 11 de agosto de 2014.

Em segundo lugar, ocorre um grave problema: não existe previsão de quantos indivíduos entrarão nesta unidade exclusivamente de presidiários do CV. As estatísticas disponíveis na SEAP dizem respeito ao movimento da massa carcerária – quantos detentos entraram e quantos outros obtiveram liberdade.

TABELA 3 – MOVIMENTO DA PENITENCIÁRIA MILTON DIAS MOREIRA
(2007 a 31 de julho de 2013)

Ano	Ingressos	Libertados
2007	-	141
2008	-	216
2009	-	-
2010	1	154
2011	1	154
2012	1	368
2013*	-	443
*Até 31/07/2013		
TOTAL	3	1.446

Fonte: elaboração do autor.

Comparando a TABELA 2 que evidencia um notável crescimento do “efetivo real” da SEAPMM em Japeri e o movimento de ingresso e saída em liberdade dos detentos (TABELA 3) deparamos com um paradoxo. Como é possível um crescimento dramático de detentos não ser contabilizado na planilha acima (de 706 para 1086), que informa apenas três presos ingressantes e 1.446 obtendo liberdade?

A primeira justificativa é que os três presos ingressaram originariamente na unidade o que poderia ocorrer devido à transferência de presos que estavam em carceragem policiais para a SEAP.

E os outros presos? A primeira explicação está na mudança da composição dos presos acolhidos. A SEAPMM abrigou durante um período presos da facção Amigos dos Amigos (ADA). Essa transferência episódica não consta dos registros.

Além disso, a unidade construída para acolher presos em regime fechado mudou o regime: em 2013 passou a acolher presos provisórios do CV. Esses presos provisórios são frequentemente movimentados

dentro sistema e suas transferências não são contabilizadas no programa informatizado que produz as planilhas.

Esse conjunto de expedientes e providências administrativas é praticamente invisível e compõe uma parte significativa do que não é explicado sobre o efetivo funcionamento do sistema penitenciário, por isso mesmo gera distorções importantes na análise e crítica de seu funcionamento.

2.1.3 Ingresso e liberdade de presos na SEAP: 2007 – 31 de julho de 2013

Esta seção visa chamar atenção para as fragilidades existentes no modelo informatizado, a partir de 2004, sobre a movimentação de internos na SEAP. Antes de 2004, essa movimentação era registrada à mão em livros. Depois foi sendo modernizada por programas informatizados que ainda são muito limitados perante os desafios existentes. As cifras apresentadas serão da versão que opera desde 2007, sendo os períodos correspondentes ao dia 1 de janeiro a 31 de dezembro de cada ano.

TABELA 4

Ano	Efetivo Real	Ingresso	Liberdades	Quantos presos retidos (I-L=PR)
2006	22.567	-	-	-
2007	22.434	10.558	9.072	1.486
2008	21.987	10.557	9.698	859
2009	23.463	12.766	9.545	3.221
2010	25.708	14.009	10.059	3.950
2011	29.045	22.936	18.094	4.842
2012	31.675	26.024	22.036	3.988
2013*	33.537	17.057	14.510	2.547

Fonte: elaboração do autor.

*Atualizado em 20/08/2013

As cifras disponíveis na SEAP para ingresso de internos são inadequadas para uma discussão bem informada sobre a construção de unidades apropriadas. Os números agregados de presos que entram no sistema menos os que saem em liberdade precisariam ser analisados por semanas, quinzenas ou meses, de acordo com o regime de cumprimento de pena (fechado, semiaberto ou aberto) e tempo de pena. Na época atual estas informações não estão disponíveis.

Outro aspecto que dificulta a coleta de dados está na mudança ao longo do período das “portas de entrada” da SEAP que se articula com as exigências de esvaziamento das carceragens policiais. Antes dessas transferências legitimamente impostas só entravam no sistema se existissem vagas. Por isso, o presídio Ary Franco durante o ano de 2003 admitiu o ingresso de um total de 3.038 presos (a unidade tem capacidade para 958 internos). Neste mesmo ano a Cadeia Pública Paulo Roberto Rocha (capacidade de 750 vagas) admitiu 1.508 presos da facção Comando Vermelho, que seriam distribuídos para outras unidades. Naquela época o efetivo carcerário era 18.894 vagas e estimava-se que seriam necessárias mais 4.300 vagas para acomodar o efetivo carcerário (Caldeira, 2005, p.24).¹³ No dia 20 de agosto de 2013, a planilha do efetivo carcerário da SEAP aponta para um déficit de 7.995 vagas. E pelas estatísticas oficiais da SEAP referentes ao efetivo carcerário no dia 11 de agosto de 2014, Tabela I, o número de presos aumenta para 38.055, ocorrendo um excesso de 10.995 custodiados, ou dito de outra forma, um percentual de excesso de 40% em relação à capacidade atual do sistema prisional.

Por fim, uma pergunta permanece para pesquisas futuras: de onde vêm os presos que ingressam na SEAP, digamos entre o segundo junho de 2011 e o final de 2012?

Levantamento feito pela Corregedoria Nacional de Justiça, a partir de informações contidas no Banco Nacional de Mandados de Prisão (BNMP), mostra que, em relação aos mandados de prisão expedidos de junho de 2011 a 31 de janeiro de 2013, é no estado do Rio de Janeiro que foi constatado o maior número de mandados de prisão cumpridos em números absolutos: 14.021 mandados (Freire, 2013).¹⁴ Outra matéria

¹³ Não esquecer que se estimava que havia cerca de 8.000 detidos em carceragens policiais.

¹⁴ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/23760-brasil-tem-mais-de-192-mil-mandados-de->

esclarece que apesar desse sucesso “ainda há mais de 18 mil casos em aberto”(Luiz, 2013, p.A4)¹⁵.

Esse levantamento deveria ser analisado em confronto com as cifras oficiais do Instituto de Segurança Pública (ISP) da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro. O ISP divulga mensalmente estatísticas sobre “atividade policial” (item 45) que inclui a categoria “cumprimento de mandado de prisão” (além de “prisões”, por exemplo). Quando se agrega o “cumprimento de mandado de prisão” em todo o estado – capital, baixada, grande Niterói e interior – temos as seguintes estatísticas:

Do mês de julho (inclusive) até 31 de dezembro de 2011	9 140 mandados
Durante todos os meses de 2012	16.228 mandados
Em 2013	15. 842 mandados
De janeiro à julho de 2014	10.360 mandados
Total de mandados de prisão cumpridos em 36 meses:	51.570

De toda maneira é preciso ter cautela com essa estatística porque, por exemplo, uma pessoa pode ter mais de um mandado de prisão expedido devido a suas múltiplas atividades criminosas.

Outra estatística disponível pelo ISP sobre “atividade policial” pode induzir a erro: número de prisões efetuadas. É comum afirmar-se que a maior parte dessas prisões é em flagrante ou podem ser resultado de distúrbios urbanos ou blitzes, em que o indivíduo é apresentado na delegacia, ficando lá apenas algumas horas até obter um habeas corpus. Portanto, não é correto inferir-se que todos os presos serão conduzidos à SEAP.

Apesar de todas as restrições ao uso de estatísticas sobre a “atividade policial” classificada como prisões – uma cifra que precisa ser usada com cautela metodológica – eis as divulgadas.

prisao-aguardando-cumprimento>. Acesso em 15 ago. 2014. O banco de dados do Conselho Nacional de Justiça é baseado em informações das polícias civis e militares, além da Polícia Federal, do Ministério Público e de diversas instâncias do Poder Judiciário.

¹⁵ Segundo o CNJ (dados de julho de 2011 a janeiro de 2013) existem: 306.993 - mandados de prisão expedidos em todo o País; 216.964 - mandados de prisão não cumpridos; 77.166 - mandados de prisão cumpridos 12.863 - mandados de prisão cujos prazos expiraram.

Estatísticas do ISP sobre prisões em todo estado do Rio de Janeiro:

Do mês de julho (inclusive) até 31 de dezembro de 2011	11.398
Durante todos os meses de 2012	24.566
Em 2013	24.418
De janeiro à julho de 2014	18.134
Total de prisões efetuadas em 36 meses	78.516

Somando-se tão somente o número total de “mandados de prisão cumpridos” (51.570) com as “prisões” efetuadas (78.516) chega-se ao elevadíssimo total de 130.086 atos de autoridade policial somente no período de 36 meses (julho de 2011 à julho de 2014). Seria absurda a hipótese de que esses atos policiais resultaram em igual ingresso de presos no sistema prisional. Oficialmente entraram no “efetivo real” da SEAP um total de 26.024 presidiários em 2012. Esta é provavelmente a cifra agregada mais confiável.¹⁶

Merece destaque o que escreveu em seu livro o Secretário de Segurança Pública José Mariano Beltrame em 2014: “E como alinhar um projeto de segurança pública com a leitura do problema feita pela Justiça? Em 2012, 26 mil presos ingressaram nas penitenciárias do Rio; no mesmo período, a Justiça liberou cerca de 22 mil detentos. Isto é bom ou ruim?” (Beltrame, 2014, p179-180).

3. A LUTA PELO FIM DAS CARCERAGENS POLICIAIS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

No governo Anthony Garotinho começam a ser implantadas as Delegacias Legais (DL), sem carceragem para presos. A orientação adotada destacava que não era atividade da Polícia Civil manter a indivíduos sob custódia, pois prejudicava sua função específica de investigar delitos já

¹⁶ No entanto, deveria ser objeto de mais análise o que significa efetivamente esta alta produtividade dos policiais. Em que consistem materialmente esses atos? Não há detalhamento sobre este material.

ocorridos. À medida que as novas delegacias iam sendo inauguradas, os detidos em distritos eram transferidos para delegacias antigas.¹⁷ O projeto DL previa a construção de várias Casas de Custódia, que demoraram a ser erguidas e eram custosas, conforme se verá adiante.

Alguns delegados também resistiram à adoção das novas delegacias alegando que os presos deveriam ficar com a Polícia Civil para dar continuidade às investigações. Outros, porém, aproveitando-se de delegacias abarrotadas passaram a cobrar por espaço, visitas extras e íntimas, venda de alimentos e bebidas, e até facilitação de fugas. Os escândalos ocorreram e o Ministério Público passou a denunciar as irregularidades.

Em 28.02.2002 foi ajuizada a primeira ação civil pública pelo subprocurador-geral de Direitos Humanos do MP do Estado do Rio de Janeiro Leonardo Chaves para obrigar o Estado a transferir todos os presos recolhidos à carceragem da Polinter que excedessem a capacidade nominal daquela unidade, que era de *250 homens*, sob pena de multa diária de R\$ 2.000. A ação foi julgada procedente pela 8ª Vara de Fazenda Pública. O Estado recorreu, mas a decisão de primeira instância foi confirmada pela 7ª Câmara Cível, em acórdão proferido em outubro de 2003. Em 24 de maio de 2005, dois presos foram mortos na Polinter, um deles chamado Raulvino Alves de Oliveira ativando a atenção da imprensa para a situação.¹⁸ Nesta data havia 111 presos já condenados aguardando vagas no sistema prisional e um total de *1.560 presos* na carceragem. Ou seja, havia cinco vezes mais encarcerados do que caberia no espaço.

Em junho mais três presos foram mortos na carceragem da Polinter. O subprocurador Leonardo Chaves declarou: “Essa recusa vem dando margem a que organizações não governamentais proponham a intervenção de instituições estrangeiras para tentar solucionar o problema, o que é lamentável para as autoridades do estado”, referindo-se ao relatório de

¹⁷ Até novembro de 2005, haviam sido inauguradas 87 delegacias legais em todo o Estado, representando mais de 70% de todos os delitos registrados.

¹⁸ “MP –RJ quer que Estado cumpra determinação de resolver superpopulação da Polinter”. Matéria de 01/06/2005. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/31730/mprj+quer+que+estado+cumpra+determinacao+de+resolver+superlotacao+da+polinter.shtml>> Acesso em. 10 ago. 2014.

entidades de defesa dos direitos humanos apresentado à Organização das Nações Unidas denunciando que os presos da Polinter são obrigados a assinar um termo de responsabilidade por sua integridade física.¹⁹

No dia 02.08.2005 as organizações *Justiça Global*, Grupo Tortura Nunca Mais/RJ, Associação pela Reforma Prisional (ARP) e Laboratório de Análise da Violência da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) solicitaram uma medida cautelar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organizações dos Estados Americanos (OEA) para que o governo brasileiro protegesse a integridade física dos presos da Polinter.

Ao autorizar a medida cautelar, no dia 16.11.2005, a Comissão Interamericana determinou que: 1) O Governo brasileiro e o Governo do Rio de Janeiro, em particular, adotem de imediato medidas que se façam necessárias para proteger a vida e a integridade pessoal de todos os internos da Carceragem da Polinter; 2) suspenda imediatamente a entrada de novos presos na carceragem da Polinter; 3) a transferência dos presos condenados e recapturados que estão na carceragem da Polinter-RJ para o sistema prisional do Estado do Rio de Janeiro; 4) a transferência dos presos doentes graves ao Hospital Central Penitenciário; 5) a transferência de um número substancial de presos da carceragem da Polinter, com o intuito de reduzir a superlotação que ameaça a vida e a integridade física dos presos.

Em 2007 as delegacias concentradoras de presos passaram a ser conhecidas como Base Polinter, todas subordinadas à direção da Polinter Capital. Novas denúncias do MP surgiram. Além das péssimas condições em que ficavam os presos, ocorriam rebeliões e fugas.

Merece atenção recapitular a série de 11 Casas de Custódia construídas durante os Governos Anthony (2000-2003) e Rosinha Garotinho (2004-2008), com o objetivo de indicar a tendência a afastar da capital as unidades, indicar as datas de inauguração, os valores das obras e se o número de vagas originariamente previsto no plano de obra foi expandido posteriormente (“capacidade atual”).

¹⁹ Disponível em: <<http://mp-rj.jusbrasil.com.br/noticias/129871/ministerio-publico-quer-que-estado-cumpra-decisao-da-justica-e-transfira-presos-da-polinter>>. Acesso em 10.ago. 2014.

TABELA 5: CASAS DE CUSTÓDIAS – 2000-2004²⁰

Data de inauguração	Nome	Valor da obra	Nº de vagas originais	Nº de vagas atuais
12/12/2000	Pedro Mello*	R\$ 4.504.356,31	500	750 (2012)
12/01/2001	Elizabeth Sá Rego*	R\$ 4.763.125,30	500	750 (2012)
15/01/2001	Jorge Santana*	R\$ 4.763.125,30	500	750 (2012)
15/06/2001	Dalton Crespo**	R\$ 4.118.892,50	500	500 (2012)
15/07/2003	Nelson Hungria*	R\$ 4.647.642,50	500	492 (2012)
15/07/2003	Paulo Roberto Rocha*	R\$4.683.863, 90	500	750 (2012)
15/06/2003	Magé	R\$4.947.331,00 (TJ)	500	606 (2012)
15/07/2003	Japeri	R\$5.211.562, 64	500	750 (2012)
19/11/2003	Itaperuna	R\$ 4.149.106,10 (TJ)	500	455 (2012)
23/03/2004	Volta Redonda	R\$ 3.433.912,28 (TJ)	300	302 (2012)
30/09/2004	Benfica	R\$7.810.438,68	1.434	646 (2012)

Fonte: elaboração do autor.

Observação: Em Benfica estão localizados em 2012, o Instituto Penal Oscar Stevenson com 230 vagas em regime semiaberto e 54 em regime aberto para presas, e ainda a Casa do Albergado Crispin Ventino com 362 vagas para presos no regime aberto. O total é de 646 vagas. Após uma fuga seguida de massacre ocorrido a partir do dia 29 de maio de 2004, a Casa de Custódia de Benfica foi desativada no dia 30 de agosto. Prometeu-se a criação de um Centro de Observação e Reintegração Social que ficou no papel.

* Casas de Custódia criadas no complexo penitenciário de Bangu, hoje chamado de Gericinó. As unidades Elizabeth Sá Rego e Nelson Hungria são para mulheres.

** Situada na cidade de Campos.

²⁰ As informações sobre as Casas de Custódia estão no site oficial “Delegacia Legal”. Disponível em: <<http://www.delegacialegal.rj.gov.br/custodiaImplantada.asp>> Acesso em: 10 10 ago. 2014. Observação: A Casa de Custódia de Benfica foi inaugurada no dia 7 de abril de 2004 como um expediente apressado para desafogar delegacias e unidades superlotadas.

A Tabela 5 informa que no projeto original da Delegacia Legal, que contou com o apoio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, foram projetadas 6.234 vagas para presos provisórios. É notável que seis unidades tivessem sua “capacidade original” ampliada. Mesmo com a “expansão” essas cadeias públicas disponibilizam apenas 6.751 vagas, devido ao fato da enorme Casa de Custódia de Benfica ter sido uma obra inadequada e frágil.²¹ O custo dessas construções, executadas nos governos Anthony e Rosinha Garotinho, foram de R\$ 53.033.356,51.

No Governo Anthony Garotinho (PSB) foram construídas quatro Casas de Custódia. Em 11 de setembro de 2001, o Governador assinou com a Procuradoria Geral do Estado documento em que se comprometia a contratar de imediato, sem licitação, a construção de três unidades sob a legação de que a situação era “de caráter emergencial”. Somente no dia 31 de janeiro de 2002 foi assinado o primeiro contrato para erigir uma Casa de Custódia em Japeri. Na primeira semana de fevereiro outros dois foram assinados. Em abril Garotinho saiu do governo para candidatar-se a Presidente da República, deixando Benedita da Silva (PT) como governadora. Essas obras não foram concluídas, até que em 11 de setembro de 2002 ocorreu o motim em Bangu I, a quase um mês das eleições gerais de 15 de outubro de 2002. Neste episódio líderes do CV eliminaram quatro chefes das facções Terceiro Comando (TC) e Amigo dos Amigos (ADA).

O clima de medo propagou-se pela cidade. Lojas e escolas ficaram fechadas por dois dias. Em reação à situação no dia 16.09.2002 foi publicada, no Diário Oficial, a resolução SEIGAB nº 13, assinada pelo Secretário de Justiça Paulo Saboya que regulamentou a inclusão, permanência e exclusão de presos do Regime Disciplinar de Segurança (RDES). No dia 30 de setembro o Rio parou, especialmente, em áreas consideradas dominadas pelo CV. A Governadora Benedita solicitou e o governo federal enviou tropas para garantir a ordem nas eleições de outubro.

Neste contexto de crise na área penitenciária – agravada por um plano de fuga de lideranças do CV, em outubro, detidas na penitenciária Bangu III que incluía a explosão de um muro – no dia 30 de outubro publica-se a

²¹ Segundo as palavras do Presidente do Sindicato dos Servidores da Secretaria de Justiça Paulo Ferreira a Casa de Custódia de Benfica era uma construção de “tijolo e barbante”. In “Refém é morto pelas costas”, O Globo, Rio, 31.05.2004, p. 10.

resolução nº 572 da Secretaria de Estado e Segurança Pública que restringe regalias de presos em Bangu I. São estabelecidos limites ao número de visitas aos presos e permitindo-se que somente um advogado credenciado seja admitido, por no máximo 30 minutos e sempre em dias úteis (art. 8º).

Neste contexto tumultuado, a Governadora Benedita assinou com o Tribunal de Justiça (TJ) convênio para a complementação das obras em 29.11.2002. O TJ liberaria quatro milhões de reais e assumiria as parcelas vencidas das dívidas do governo com as empreiteiras envolvidas com as Casas de Custódia. Mais uma vez sem licitação, a Secretaria de Segurança Pública convidou em 05 de dezembro nove empreiteiras (três para cada obra) a apresentar propostas para a complementação das obras. As empresas enviaram propostas detalhadas no dia seguinte. E o governo tomou as decisões rapidamente. Porém, somente em 02.05.2003 – já no Governo Rosinha Garotinho – foram os contratos firmados (Beraba e Torres, 2003, p.C3).

Conflitos continuaram a ocorrer nas novas Casas de Custódia, mesmo sem que houvesse excesso de internos. A título de ilustração é lembrado o motim da Casa de Custódia de Magé, que abrigou inicialmente mulheres. Foi inaugurada em 17.07. 2003, com o apoio do TJ: seu custo final foi de cerca R\$ 5, 4 milhão.

No dia 05.07. 2004 havia 412 internas para a unidade que tinha 500 vagas. Houve uma rebelião de 50 detentas no terceiro andar da Casa de Custódia vertical (construída em andares supostamente para impedir a escavação de túneis). As internas fizeram três reféns, inclusive um “agente conveniado” (um agente aposentado que voltou a trabalhar via uma cooperativa). A agente penitenciária Cristiana Laynes sofreu golpes de estoque no rosto e recebeu oito pontos. O agente identificado apenas como Moreira teve o corpo envolto com colchões de espuma, embebidos em acetona. As presas ameaçaram queimá-lo vivo. O SOE e policiais invadiram a unidade com armas letais e uma presa foi morta, outras sofreram ferimentos.²² Este motim ocorreu durante o segundo dia de uma greve de agentes penitenciários por melhores condições de trabalho e doze horas após uma fuga de cinco presos e motim no presídio Milton Dias Moreira que

²² “Detenta morre após rebelião em Magé, no Rio”, Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/arquivo/cidades/2004/not20040606p13697.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

também foi contido com intervenção policial, que deixou um saldo de 11 feridos (10 detentos e um policial)²³.

Quanto se examina os dados da SEAP, de outubro de 2004, verifica-se que em relação ao regime provisório havia 1.710 vagas livres e um excesso de 755 presidiários, sendo que, pelo menos, duas penitenciárias os acolhiam :Serrano Neves e Jonas Lopes de Carvalho, ambas em Gericinó (Sento-Sé, Cano, Freixo, Ribeiro, Julião, 2005, p.104 e 107).

Em outras palavras, apesar da construção das Casas de Custódia o problema do espaço para presos provisórios estava longe de ser solucionado, especialmente se for lembrado que havia cerca de 5.344 presos em carceragens policiais.

Segundo o Coordenador do Programa Delegacia Legal Cesar Campos, encarregado de viabilizar a transferência de presos das carceragens policiais para Casas de Custódia da SEAP: “Passamos uma crise séria, por conta de construções que não foram feitas, de novas unidades prisionais, de 2005 até 2010.”²⁴

Somente em seu segundo mandado o governador Sérgio Cabral inaugurou 05 Cadeias Públicas, sendo as duas últimas no dia 24.06.2013, gerando um total de 2.732 vagas, a um custo de R\$ 116.337.053,26. Há um comentário revelador do Coordenador Cesar Campos na sua exposição na ALERJ que explica a mudança de orientação das obras. No passado o aumento de camas resultava em um alojamento coletivo. “Mas, a engenharia que existe hoje de uma cadeia pública é muito diferente da do passado. Eram alojamentos para 25, 50 ou 75, camas triliche. Hoje, são celas com duas camas beliche, duas ou três camas beliche.” As celas são para seis presos em alguns casos.²⁵ Na tabela 6 constam as novas unidades ressaltando-se o elevado custo unitário das obras.

²³ “PM invade presídio para conter rebelião no Rio”, 5 de julho de 2004. Disponível em: <<http://www.dgabc.com.br/Noticia/231615/pm-invade-presidio-para-conter-rebeliao-no-rio>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

²⁴ ALERJ, 2ª Audiência Pública da Comissão de Defesa dos Direitos Humanos e Cidadania, para debater a superlotação e assistência de saúde no sistema prisional, realizada em 17 de abril de 2012.

²⁵ As Cadeias Públicas Bandeira Stampa e José Frederico Marques, ambas com 4.520 m2, mudam o atual paradigma das unidades prisionais, já que as celas têm uma área de cerca de 11,00m2 com capacidade para até seis detentos, tornando o espaço interno mais salubre e organizado. Cf. “Governo inaugura duas novas cadeias públicas em Bangu” Matéria de 03.03.2011. Disponível em: <http://www.delegacialegal.rj.gov.br/detalhe_noticia.asp?ident=89>. Acesso em: 15 ago. 2014.

TABELA 6: CADEIAS PÚBLICAS NO GOVERNO CABRAL – 2011-2014²⁶

Data de inauguração	Nome	Valor da obra	Nº de vagas originais	Nº de vagas atuais em agosto de 2014
03/03/2011	Bandeira Stampa	R\$ 17.184.655,20	500	547
12/01/2001	José Frederico Marques	R\$ 17.290.605,57	500	532
29/06/2012	Hélio Gomes	R\$ 18.000.000,00	500	504
24/06/2013	Isap Tiago Teles de Castro Domingues	R\$ 32.566.631,68	616	616
24/06/2013	Juíza Patrícia Lourival Acioli	R\$ 31.295.160,81	616	616

Fonte: elaboração do autor.

O fim da carceragem nas delegacias foi o resultado uma combinação de várias pressões. Primeiro, uma decisão judicial favorável a uma ação civil pública do Ministério Público Estadual do Rio (em junho de 2005) que exigia o fim da superlotação da Polinter na Zona Portuária. Segundo, em janeiro de 2006, uma medida cautelar da OEA pedida por entidades de defesa de direitos humanos. Nesta primeira conquista foi desativada a Polinter central que tinha capacidade para 400 presos e chegou a abrigar 1.618. Porém, além dessas duas decisões jurídicas ocorreu um grave problema de segurança em 2005, que o secretário de Administração Penitenciária, Astério Pereira, narrou da maneira seguinte: “Quando os presos eram conduzidos para audiência em juízo na Ilha do Governador, acabaram sendo resgatados por uma ação violenta da marginalidade naquele local. Em seguida soubemos que a ação tinha sido programada por um telefone de dentro da Polinter. A governadora (Rosinha Matheus) ficou muito

²⁶ Além dessas Cadeias Públicas inauguradas até 06.08.2013, foi inaugurado a Casa do Albergado Coronel PM Francisco Spargoli Rocha, em Niterói em 13.05.2009, com capacidade para 250 presos. É destinado aos que cumprem pena por não pagamento de pensão alimentícia e trabalho extra-muros. Em 06.08. 2013 havia um “efetivo real” de 109 internos. E em 11.08. 2014 a planilha da SEAP indicava que esta unidade tinha capacidade atual era de 212 presos e custodiava 138 pessoas.

irritada com esse fato e determinou a desativação da Polinter” (Beckstein, 2006). Apesar do fechamento da Polinter central não foi estabelecido um cronograma de transferência de presos e outras delegacias continuaram a manter carceragens.

O número de vagas no sistema prisional foi afetada também implosão do complexo penitenciário da Frei Caneca, que chegou a abrigar 3.691 presos, em dezembro de 2006.

A situação degradante dos encarcerados na Polinter de Neves²⁷, São Gonçalo, deu origem a outra medida cautelar da CIDH com a finalidade de proteger a vida, a saúde e a integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade. Por consequência, autoridades passaram a visitar o local para vistoria. Em fevereiro 2010, a desativação das carceragens de polícia de todo o País foi uma das metas apresentadas pelo CNJ durante o 3º Encontro Nacional do Judiciário. Em relação ao Rio de Janeiro, o CNJ voltou a recomendar a desativação das carceragens durante o mutirão carcerário realizado no período de outubro a dezembro de 2011. Desde então iniciativas institucionais da Defensoria Pública, Tribunal de Justiça, Polícia Civil e a SEAP foram sendo coordenadas para esvaziar as carceragens. Oficialmente, a partir de julho de 2012 “o Estado do Rio de Janeiro é o primeiro a acabar com o aprisionamento em delegacias”.²⁸

4. AS FACÇÕES CRIMINOSAS APÓS O FIM DA CARCERAGEM POLICIAL: A DIVISÃO DO ESPAÇO CARCERÁRIO

A partir de julho de 2012 foram oficialmente fechadas as carceragens policiais. Nesta seção é examinado o seu impacto em termos da distribuição dos “sujeitos coletivos” – somente detentos do sexo masculino - entre as unidades carcerárias. Será usado o período de 27 de dezembro de 2012 até 06 de agosto de 2013 – quando todas as facções já estavam alojadas. E depois examinaremos o efetivo carcerário no dia 13 de agosto de 2014.

²⁷ Os internos com tuberculose e outras doenças contagiosas se encontravam alojados com outras pessoas em celas super-povoadas e sem acesso à luz solar e sem tratamento medido. Ver: MC 236/08. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/medidas/2011.port.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2014,

²⁸ “Estado acaba com carceragem em delegacias policiais”. Matéria de 29.06.2012. Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/seobras/exibeconteudo?article-id=988857>>. Acesso em

As tabelas elaboradas abaixo correspondem à divisão espacial *apenas no período em discussão*.²⁹

TABELA 7 - COMANDO VERMELHO (CV) em 27 de dezembro de 2012

NOME	REGIME	CAPACIDADE	EFETIVO	EXCESSO	VAGAS
SEAPSN	FECHADO	668	742	74	
SEAPMM	FECHADO	792	788		04
SEAPMS	FECHADO	1320	1954	634	
SEAPSR	FECHADO	750	1140	390	
SEAPAF	FECHADO / PROVISÓRIO	970	1358	388	
SEAPVP	SEMIABERTO	1444	2548	1104	
SEAPEC	SEMIABERTO	423	466	43	
SEAPHG	PROVISÓRIO	504	711	207	
SEAPPR	PROVISÓRIO	750	953	203	
SEAPCN	PROVISÓRIO	750	758	08	
SEAPJS	PROVISÓRIO	750	719		31
TOTAL		9.121	12.137	3.051	35

TABELA 8 - 2013 - COMANDO VERMELHO (CV) em 06 de agosto de 2013

NOME	REGIME	CAPACIDADE	EFETIVO	EXCESSO	VAGAS
SEAPSN	FECHADO	960	1.594	636	
SEAPMM	FECHADO	792	998	206	
SEAPMS	FECHADO	1.320	2.099	799	
SEAPSR	FECHADO	750	1.104	355	

²⁹ Em outros períodos as organizações estavam em unidades diversas.

NOME	REGIME	CAPACIDADE	EFETIVO	EXCESSO	VAGAS
SEAPAF	FECHADO/ PROVISÓRIO	970	1.674	704	
SEAPVP	SEMIABERTO	1.444	2.305	861	
SEAPEC	SEMIABERTO	423	566	143	
SEAPHG	PROVISÓRIO	504	743	239	
SEAPPR	PROVISÓRIO	750	998	238	
SEAPCN	PROVISÓRIO	750	1.117	367	
SEAPJS	PROVISÓRIO	750	766	16	
TOTAL		9.413	13.964	4.564	

Fonte: elaboração do autor.

Esta divisão do espaço carcerário indica que o Comando Vermelho estava presente com exclusividade em onze unidades.

O excesso de presos **provisórios** em quatro unidades *só para este regime* dobrou entre dezembro de 2012 e o início de agosto de 2013 – de 418 para 860 encarcerados. Conforme pode-se constatar na tabela seguinte, em 11 de agosto de 2014 este número subiu para 1469. Esta situação aponta para a dificuldade em se calcular quantas vagas seriam necessárias para acomodar os presos provisórios organizados em facções. Seria equivocado estimar que – mantida essa repartição de espaço carcerário por facções – seriam necessárias mais três cadeias públicas de 500 vagas para o CV à curto prazo?

Passemos a comparar com a situação um ano depois.

TABELA 9 - EFETIVO CARCERÁRIO DE 11/08/2014 - UNIDADES OCUPADAS PELO CV

NOME	LOCALIDADE	REGIME	CAPACIDADE ATUAL	EFETIVO REAL	EXCESSO	PERCENTUAL EXCESSO
SEAPSN	GERICINÓ	FECHADO	668	774	106	16%
SEAPMM	JAPERI	PROVISÓRIO	792	1.164	372	47%

Gestão de unidades prisionais com gangues: a experiência do Rio de Janeiro

NOME	LOCALIDADE	REGIME	CAPACIDADE ATUAL	EFETIVO REAL	EXCESSO	PERCENTUAL EXCESSO
SEAPMS	FECHADO	FECHADO	1.320	2.666	1.346	102%
SEAPSR	GERICINÓ	FECHADO	750	971	221	29%
SEAPAF	ÁGUA SANTA	FECHADO/ PROVISÓRIO	970	1.468	498	51%
SEAPVP	GERICINÓ	SEMIABERTO	1.444	2.813	1.114	93%
SEAPEC	NITERÓI	SEMIABERTO	403	539	136	34%
SEAPHG	MAGÉ	PROVISÓRIO	504	468	0	0%
SEAPPR	GERICINÓ	PROVISÓRIO	675	1.178	503	75%
SEAPJCS	JAPERI	PROVISÓRIO	884	1.330	446	50%
SEAPJS	GERICINÓ	PROVISÓRIO	750	898	148	20%
SEAPFS	NITERÓI	TEM	212	138	0	0%
SEAPGC	GERICINÓ	FECHADO/ PROVISÓRIO	672	698	26	4%

Fonte: elaboração do autor.

Verificamos que o Comando Vermelho ocupa 13 unidades do sistema prisional, duas a mais que em agosto de 2013. O efetivo real aumentou de 13.964 para 15.105 presos. Ou seja, existem após um ano 1.141 encarcerados a mais identificados com a facção. Apenas em duas unidades não ocorre excesso de presos. Nas onze unidades a superlotação alcança 4.916 pessoas.

Outro problema de superlotação é dos presos em regime semiaberto que estão na penitenciária Vicente Piragibe. Em dezembro de 2012, o excesso era de 1.104 presos; em agosto de 2013 baixou para 861 numa unidade com capacidade para 1.444 internos. Em 11 de agosto de 2014, o excesso era de 1.114 presos.

A facção Terceiro Comando, conforme se constata nas tabelas abaixo, vem compartilhando unidades prisionais – em galerias diferentes – com

presos chamados “neutros”. Estes últimos são internos que a rigor não estão vinculados às facções que atuam no tráfico de drogas.

TABELA 10 - TERCEIRO COMANDO (TC) em 06 de agosto de 2013

NOME	REGIME	CAPACIDADE	EFETIVO	EXCESSO	VAGAS	OBS(TC+)
SEAPLB	FECHADO	512	580	68		EX POL
SEAPEB	FECHADO	991	1024	33		NEUTRO
SEAPFN	FECHADO	218	261	43		SEGURO
SEAPDC	PROVISÓRIO	500	801	301		NEUTRO(CAMPOS)
SEAPFC	PROVISÓRIO	302	305	3		NEUTRO (V.R.)
SEAPPM	PROVISÓRIO	750	878	128		NEUTRO
SEAPPC	SEMIABERTO	1.468	1384		84	NEUTRO
TOTAL		4.741	5.233	576	84	

TABELA 11 - TERCEIRO COMANDO (TC) em 11 de agosto de 2014

NOME	REGIME	CAPACIDADE	EFETIVO	EXCESSO	VAGAS	OBS(TC+)
SEAPLB	FECHADO	512	600	88		EX POL
SEAPEB	FECHADO	992	1116	124		
SEAPDC	PROVISÓRIO	500	737	237		
SEAPFC	PROVISÓRIO	302	460	158		
SEAPBM	SEMIABERTO	912	747		165	NEUTRO
TOTAL		3.218	3.660	442	165	

Fonte: elaboração do autor.

A facção ADA também tem problema de excesso de presos nas três unidades onde predomina. Sendo que na unidade situada em Campos, há espaço também para presos neutros.

TABELA 12 - AMIGO DOS AMIGOS (ADA) em 06 de agosto de 2013

NOME	REGIME	CAPACIDADE	EFETIVO	EXCESSO
SEAPJL	FECHADO/PROVISÓRIO	1.340	1.574	234
SEAPIS	SEMIABERTO	380	553	173
SEAPCF	TODOS (Campos)	842	1.307	465
TOTAL		2.562	3.434	872

TABELA 13 - AMIGO DOS AMIGOS (ADA) em 11 de agosto de 2014

NOME	REGIME	CAPACIDADE	EFETIVO	EXCESSO
SEAPJL	FECHADO/PROVISÓRIO	1.344	1.687	343
SEAPIS	SEMIABERTO	396	544	148
SEAPCF	TODOS (Campos)	872	1.584	712
TOTAL		2.374	3.237	863

Fonte: elaboração do autor.

No presídio Carlos Tinoco da Fonseca (SEAPCF) em Campos, em 11 de agosto de 2014, a facção ADA partilhava a unidade com o Terceiro Comando.

Nos presídios mistos estão principalmente presos que estão no “seguro” – presos que estão em celas ou unidades destinadas a presos ameaçados pelo coletivo – e “neutros” presidiários sem vínculo com facção criminosa. Note-se que este número aumentou de 6.510 (2012) para 6.959 (6 de agosto de 2013). Com base nas estatísticas de 11 de agosto de 2014 evidencia-se uma tendência ao crescimento numérico dos presos em “seguro” ou “neutros” em unidades exclusivas, como as duas unidades mais recentemente inauguradas (2013)³⁰: já são 8.781 detentos nessa

³⁰ São as cadeias públicas Juíza de Direito Patrícia Accioli (SEAPJP) e ISAP Thiago Telles Castro Domingues,

situação. É muito importante considerar também que nas unidades onde está o Terceiro Comando estão presentes principalmente presos “neutros”.

Quanto ao crescimento de encarcerados nos presídios mistos quais seriam suas causas? Existe um crescente enfraquecimento das facções criminosas no Estado do Rio de Janeiro? Existe um número crescente de denúncias e condenações de estupradores? Estas cifras apontam para a necessidade de análise sistemática desse contingente carcerário.

TABELA 14 - SEGURO e NEUTRO em 06 de agosto de 2013

NOME	REGIME	CAPACIDADE	EFETIVO	EXCESSO	VAGAS	OBS
SEAPLP	FECHADO/ PROVISÓRIO	48	46		2	RDD
SEAPVM	TODOS	455	661	206		ITAPERUNA
SEAPAM	SEMIABERTO	146	99	47		NEUTRO(MAGÉ)
SEAPBM	SEMIABERTO	912	1.486	574		SEGURO
SEAPCM	SEMIABERTO	279	186		93	NEUTRO
SEAPEM	FECHADO/ PROVISÓRIO	1.437	1.337		100	“JACK”
SEAPJCS	PROVISÓRIO	884	1.051	167		SEGURO
SEAPRN	PROVISÓRIO	606	1.331	725		SEGURO
SEAPFM	PROVISÓRIO	532	808	276		SEGURO
TOTAL		5.299	7.005	1.995	195	

TABELA 15 - SEGURO e NEUTRO em 11 de agosto de 2014

NOME	REGIME	CAPACIDADE	EFETIVO	EXCESSO	VAGAS	OBS
SEAPLP	FECHADO/ PROVISÓRIO	48	30		18	RDD
SEAPAT	FECHADO	960	1742	782		SEGURO

ambas localizadas em São Gonçalo.

Gestão de unidades prisionais com gangues: a experiência do Rio de Janeiro

NOME	REGIME	CAPACIDADE	EFETIVO	EXCESSO	VAGAS	OBS
SEAPVM	TODOS	458	678	131		NEUTRO / SEGURO
SEAPAM	SEMIABERTO	146	87		59	SEGURO(MAGÉ)
SEAPBM	SEMIABERTO	912	744	496	165	SEGURO/TC
SEAPCM	SEMIABERTO	208	230	22		NEUTRO
SEAPEM	FECHADO/ PROVISÓRIO	1437	1.662	225		NEUTRO / SEGURO
SEAPCN	PROVISÓRIO	750	1.303	553		SEGURO
SEAPRN	PROVISÓRIO	591	352	572		SEGURO
SEAPJP	PROVISÓRIO	616	979	363		SEGURO
SEAPTD	PROVISÓRIO	616	974	358		SEGURO
TOTAL		6.742	8.781	3.502	242	

Fonte: elaboração do autor.

Esta facção “Povo de Israel” criada dentro de unidades como o presídio Ary Franco, e depois deslocada para a penitenciária Hélio Gomes no complexo da Frei Caneca, *foi sendo espalhada por algumas unidades*. Apesar de não ter controle territorial atuara muito com o chamado “disque-sequestro”.

TABELA 16 - POVO DE ISRAEL/“CASTIGO” em 27 de dezembro de 2012

NOME	REGIME	CAPACIDADE	EFETIVO	EXCESSO	VAGAS
SEAPBS	FECHADO	540	289		251

TABELA 17 - POVO DE ISRAEL/“CASTIGO” em 06 de agosto de 2013

NOME	REGIME	CAPACIDADE	EFETIVO	EXCESSO	VAGAS
SEAPBS	FECHADO	540	405		105

Fonte: elaboração do autor.

5. GESTÃO PRISIONAL EM UNIDADES SUPERLOTADAS COM GANGUES CRIMINOSAS E CONCLUSÃO

O antigo DESIPE enquanto uma instituição relativamente pequena, com tradições de uso de violência como castigo e transferências massivas de contingentes de presos chegou a ter uma identidade corporativa que era partilhada entre agentes e técnicos administrativos. Isto perdurou no período da ditadura civil-militar.

Um processo irreversível de enfraquecimento desse “modelo DESIPE” tem início antes do primeiro governo Brizola no Estado do Rio de Janeiro (março de 1983 a março de 1987). Essa é a primeira fase de privatização do controle interno das unidades prisionais. Assegura-se “manutenção de uma ordem mínima” pela cooptação das lideranças criminosas pelos gestores. É uma “gestão partilhada” que esteve presente no período anterior à expansão do tráfico de cocaína, uso de armas pesadas e *crescimento acelerado da massa carcerária*. É um período em que as autoridades abdicaram de comandar a disciplina interna e permitiram a ampliação da comunicação dos presos com o ambiente externo.

A partir do primeiro governo Brizola a privatização do controle interno ganha um componente de *divisão do espaço carcerário* e sua gestão por “facções criminosas”, que se estende praticamente sem contestação até a criação da SEAP. Esta foi a fase da política penitenciária de “à cada facção criminosa, sua unidade”.

Erroneamente confunde-se essa mudança com o discurso – pouco efetivo dentro das unidades – de “direitos dos presos. Isto se dá, em parte, porque a Lei de Execução Penal de 1984³¹ – promulgada no final do último governo militar – é o marco legal de mudanças positivas. Na LEP estão enumerados os deveres, direitos e as regras de disciplina dos presos. E dispositivos como art. 84 que afirma que “o preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.” E ainda o art. 102 que prescreve que “a cadeia pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios.”

Os anos noventa e a década passada no Rio de Janeiro foram marcados por fugas, resgates e rebeliões de presos. Em reação adotou-se

³¹ Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

o chamado “regime disciplinar especial” em 2002 (depois incorporadas como o RDD na LEP em 1º de dezembro de 2003). Outro mecanismo que se tornou corriqueiro foi a transferência de lideranças de organizações criminosas para presídios federais a partir de 2006, o que não assegura que essas lideranças deixem de comandar suas facções nos estados da federação. Basta lembrar os ataques armados ao grupo AfroReggae em áreas dominadas pelo CV – apesar da existência de UPPs – ordenadas por lideranças encarceradas como Marcinho VP.³²

Atualmente lideranças criminosas são, em regra, transferidas para presídios federais quando presas. Este foi o caso exemplar do traficante Luis Cláudio Machado, conhecido como Marreta. Em fevereiro de 2013, ele fugiu com mais 26 detentos do presídio Vicente Piragibe, que fica no Complexo Penitenciário de Gericinó (Bangu). A SEAP informou que os internos fugiram por um túnel construído na tubulação do esgoto. O Marreta foi preso em Assunção, Paraguai de onde comandava entrega de cocaína para áreas dominadas pelo CV e ordenava confrontos com policiais e ataques à UPPs³³ Em 2013, três policiais militares foram mortos durante o trabalho em UPPs; entre janeiro e novembro de 2014 o número subiu para oito mortos³⁴.

O Rio de Janeiro atualmente tem – além das facções CV, TC e ADA – o chamado “Povo de Israel” que não tem controle territorial externo mas estava localizado preponderantemente na penitenciária Bandeira Stampa (SEAPPBS). Em agosto de 2014 o perfil da unidade mudou e o contingente de detentos é mais variado (“clínica geral”).

³² O Ministério Público do Rio de Janeiro (MP-RJ) pediu no dia 3 de setembro de 2013 a prisão preventiva do pastor Marcos Pereira e do traficante Márcio Nepomuceno dos Santos, o Marcinho VP, pelo crime de associação para o tráfico. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/policia/mp-rj-pede-prisao-preventiva-de-pastor-marcos-pereira-e-marcinho-vp,854392efe76e0410VgnVCM10000098cceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 10 ago. 2014. Ler ainda: A promotoria acusa o pastor de utilizar os templos da Assembleia de Deus dos Últimos Dias como esconderijo para traficantes e depósito para armas da organização criminosa. Além disso, “sob o manto de estar fazendo um serviço de ressocialização de criminosos”, convecia fiéis a esconder traficantes e a depor a seu favor. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/09/03/mp-denuncia-pastor-marcos-pereira-por-associacao-ao-trafico.htm>>. Acesso em: 10 ago, 2014.

³³ Traficante que teria ordenado ataque às UPPs do Rio é preso no Paraguai. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/12/traficante-que-teria-ordenado-ataque-upps-do-rio-e-presno-no-paraguai.html>> Acesso em: 26 dez. 2014.

³⁴ ABDALA, Vitor. Ano de 2014 foi marcado por ataques a bases de UPPs no Rio, Disponível em: <<http://www.abc.com.br/noticias/brasil/2014/12/ano-de-2014-foi-marcado-por-ataques-a-bases-de-upps-no-rio>> Acesso em: 2 jan. 2014.

As milícias que se organizaram e mantêm controle territorial crescente no Rio. A gravidade desta situação transparece quando a Subsecretaria de Inteligência da SESEG indica 16 regiões foram até criados cadastros com os números dos títulos de eleitores com o objetivo de controlar os votos. O relatório intitulado “Extrato de Inteligência de número 2 das eleições de 2014, afirma que: “Tais grupos atuam de maneira geral impondo o medo e o controle constante da população, impondo seu poderio através de armas e, muitas, vezes praticando homicídios” (sic) (Ferreira e Araujo, 2014, p.13). Os milicianos não tem uma unidade própria, mas estão preponderantemente na penitenciária Lemos de Brito (dividindo espaço com ex-policiais e o TC). A SEAPLB tem um efetivo real de 600 presos em regime fechado e um percentual de excesso de internos de 17 %.

O impacto da superlotação pode ser vislumbrado na penitenciária Muniz Sodré, ocupada por presos em regime fechado do CV. Existe lá um excesso de 1.326 pessoas, ou seja, 102% em relação à capacidade atual. Nesta unidade ocorrem diariamente cerca de mil visitas. E pode-se constatar que é praticamente impossível conduzir revistas com o adequado rigor pelos agentes penitenciários. O fato é que se for adotado o controle eficaz as filas ficarão imensas e provavelmente sérios problemas – como tumultos – ocorrerão.

Em 10 de junho de 2014 a SEAP inaugurou a 34ª Delegacia de Polícia no Complexo de Gericinó: já se constata uma média de 3 a 4 pessoas presas por dia tentando entrar com drogas nas unidades.

Outra inovação, criada em 21 de maio de 2014, foi a parceria com o TJ-RJ para ocorrerem audiências por videoconferências no Complexo. O objetivo da iniciativa é reduzir as saídas das unidades prisionais e diminuir o número de apresentação de presos distantes em locais distantes. Em média 400 presos saem para depor todos os dias nos diversos fóruns do Estado do Rio, alcançando em torno de 10.000 a 12.000 movimentações por mês. Esta política deverá ter como consequência a redução das tentativas de resgate dos presos mais poderosos.

Existe ainda um conjunto de demandas que foram levadas pelos Secretários de Segurança dos estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais e Espírito Santo em audiência no Congresso Nacional no dia 6 de junho de 2014. Essas autoridades pediram que sejam considerados

hediondos os crimes de homicídio de agentes do Estado, como policiais e professores, o de roubo qualificado, com o uso de arma ou que envolva mais de uma pessoa, os roubos com lesões corporais graves e a receptação qualificada, que envolve a revenda do bem ou uso em atividade industrial. A mudança de qualificação desses crimes faz com que eles passem a ser considerados mais graves e dificulta o acesso do criminoso a benefícios como progressão de regime e livramento condicional. Para este último, os secretários pedem ainda que volte a ser exigido exame criminológico antes da libertação do preso. Estas demandas abrirão um debate principalmente entre acadêmicos e grupos de defesa de direitos dos presos sobre um endurecimento penal.

Por fim, nas inúmeras entrevistas realizadas, constatei a sólida convicção entre agentes e autoridades que entre participantes de organizações criminosas como o CV a reincidência é supostamente de nove entre dez presos.

Mas talvez seja possível trabalhar construtivamente na reabilitação de internos que não estão enquadrados nas facções criminosas como o CV.

Lamentavelmente este trabalho é apenas um primeiro diagnóstico sobre a dificuldade de desmantelar organizações criminosas que controlam o espaço prisional superlotado e um convite para continuar o debate com estudiosos e a sociedade.

Se existe neste relato crítico das condições carcerárias um aspecto mais animador está no crescimento dos detentos que pedem “seguro” ou se declaram “neutros”. Por isso é preciso analisar as causas desta mudança.

MANAGEMENT OF PRISONS WITH GANGS: THE EXPERIENCE OF RIO DE JANEIRO

Abstract: This paper discusses practices of prisional control over prisional gangues. The main hypothesis is that a “governative reason” – the effective decision making processes in the daily prisional routine where the gangs are – responds to the power demands of those organizations. Those “collective subjects” try to control the mass of prisoners based on imposed rules, that can be swiftly applied. In fact, those organizations maintain under surveillance the mass of prisoners and are able to punish them inside and outside the prisional units because they have a “social network” at their disposal. In Rio de Janeiro there are three main criminal

organizations: the Red Command (CV) is the most old and powerful. Although the public safety policy of Governor Sérgio Cabral has pressured the CV with the creation of UPPs in areas that were under its control, violent reactions occurred in 2013 and 2014. Official statistics give evidence that the overcrowded prison system continues to be divided among the “commandos”. I will argue that there is not yet a successful experiment to dismantle those prison gangs. Or, at least, to prevent them from ordering illegal actions within or outside the prisons. This research had the support of FAPERJ.

KEY WORDS: Prison overcrowding – Criminal Organizations – State of Rio de Janeiro – Prison policies.

REFERÊNCIAS

- ABDALA, Vitor. Ano de 2014 foi marcado por ataques a bases de UPPs no Rio, Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2014/12/ano-de-2014-foi-marcado-por-ataques-a-bases-de-upps-no-rio>> Acesso em: 2 jan. 2014.
- BARRETO FILHO, H. Taxista monitorava ação policial a pedido de traficantes em Magé. O Dia, Rio de Janeiro, 31.08.2014, p. 13.
- BERABA, M. E TORRES, S. Presídio pronto desde maio está vazio: Obra foi contratada sem licitação, com argumento de que a superpopulação das cadeias exigia uma medida emergencial. Folha de São Paulo, caderno Cotidiano, São Paulo, 11.08.2003, p. C3.
- BECKESTEIN, A. Polinter desativa carceragem no Rio. Agência Brasil, 31.01.2006. Disponível em<http://www.direitos.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=885&Itemid=2>. Acesso em: 10 de ago. 2014. 10 ago, 2014. de ago. 2014. cesso em
- BELTRAME, M. Todo dia é segunda – feira. Rio de Janeiro: Sextante, 2014, p. 179-180.
- BORGES, C. E MOURA, S. Presa acusada de gerenciar o tráfico no bairro Almerinda. O Fluminense, caderno Cidades, Niterói, 31.08.2014, p. 8.
- CALDEIRA, C. Segurança pública e política penitenciária no Rio de Janeiro: estudo do caso do Presídio Ary Franco. Revista Rio de Janeiro, vol. 1, nº 1, set.-dez. 2005, UERJ, Rio de Janeiro, p. 24.
- CARRAZAI, E. E CAMPANHA, D. Prisões do país tem 1 morte a cada 2 dias. Folha de São Paulo, caderno Cotidiano, São Paulo, 09.01. 2014, p. C1.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil. Brasília, junho 2014. Disponível em<http://www.cnj.jus.br/imagens/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf> Acesso em: 10 ago. 2014.

-
- FERREIRA, P. E ARAÚJO, V. Documento sigiloso pesou na decisão de pedir tropas federais. O Globo, caderno País, Rio de Janeiro, 28.08.2014, p. 13.
- FREIRE, T. Brasil tem mais de 192 mil mandados de prisão aguardando cumprimento. Agência CNJ de Notícias. 01.03.2013 Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/23760:brasil-tem-mais-de-192-mil-mandados-de-prisao-aguardando-cumprimento>>. Acesso em: 10 ago. 2014.
- LEMGRUBER, J. E FERNANDES, M. Impacto da assistência jurídica a presos provisórios: um experimento na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: ARP, 2011, p. 6.
- LUIZ, E. Poucos vão para a cadeia. Correio Braziliense, caderno Política, Brasília, 02.03.2013, p. A4.
- SENTO-SÉ, J., CANO, I., FREIXO, M., RIBEIRO, E., , JULIÃO, E. As condições de encarceramento no Rio de Janeiro. Comunicações ISER, Nº 61, Ano 24, 2005, p.104 e 107.
- RODRIGUES, N. Sistema Prisional Paulista: transformações e perspectivas. Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias, 2011, Ano I, nº1, p. 6.
- SECRETARIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA (SEAP). Plano Diretor para Construção de Novas Unidades Prisionais do Estado do Rio de Janeiro . SEAP, 16 de setembro de 2008.
- SERAPIÃO, F. De São Paulo para o Brasil. Carta Capital, 15.01.2014, p. 37.

O PENSAMENTO JURÍDICO, AS FONTES DE DIREITO E A LEGALIDADE NO MOMENTO REVOLUCIONÁRIO DO SÉCULO XVIII

Eduardo Ponce da Costa¹

RESUMO: A proposta apresentada por este artigo é a compreensão do marco histórico e jurídico que representou a Revolução Francesa e seus documentos-chave, notadamente, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Para o melhor entendimento é preciso navegar pelas teorias, ideias e pensamentos de célebres autores: John Locke, Montesquieu, Jean Jacques Rousseau, Abade Sieyès e Cesare Beccaria. Eles forneceram as fontes de onde beberam os revolucionários franceses. O desmanche das estruturas do *Ancien Régime* perpassou pelo estudo e análise desses autores e se solidificou com a edificação de princípios centrais do Estado de Direito e do Estado Contemporâneo — os princípios da Separação de Poderes, da Igualdade e, em especial, da Legalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Iluminismo. Revolução Francesa. Declaração de Direitos. Legalidade. Estado de Direito.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho procura realizar um estudo rico do pensamento iluminista influente na Revolução Francesa e nos documentos dela decorrentes, mormente, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Nela, estão traduzidas importantes ideias de autores como John

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

Locke, Montesquieu, Jean Jacques Rousseau, Emmanuel Joseph Sieyès e Cesare Beccaria.

Inicialmente, a análise do panorama histórico do mundo e da própria França dá uma valiosa noção ao leitor das causas políticas, econômicas, sociais e jurídicas da Revolução. Narram-se acontecimentos marcantes e são apresentados os principais atores e instituições da sociedade da época. Procura-se retratar da maneira mais precisa e genuína a situação francesa, com o fornecimento de dados e visões a respeito do cenário desigual da época.

Em seguida, o estudo pauta-se nas linhas de força do pensamento político e jurídico, presentes no movimento da intelectualidade e da racionalidade do século XVIII, o Iluminismo. Expõem-se a teoria contratualista de Locke, seus mecanismos de limitação de poder e os direitos naturais imprescindíveis de acolhimento no direito positivo. Com Montesquieu, destacam-se o princípio da separação de poderes, seu carro-chefe, e seu banho de conhecimento sobre o regime monárquico inglês.

Colocam-se em posições antagônicas as teorias de Rousseau e Sieyès. O primeiro é contratualista e com as ideias consideradas mais próximas das expectativas populares, enquanto o segundo é um articulador político de grande prestígio durante todo o processo revolucionário. Opõem-se, majoritariamente, nos temas concernentes à titularidade da soberania e do sistema representativo.

Não se pode olvidar as contribuições nevrálgicas de Cesare Beccaria para o Direito Penal e seu entendimento sobre as penas e os delitos. Em todos os autores, ilustram-se as inserções de suas teorias para o plano prático, para o plano da Declaração de Direitos de 1789 da França. Considera-se precíua essa associação.

Com a elevação de mecanismos de limitação de poderes, indubitavelmente, o movimento revolucionário francês atingiu e proporcionou efeitos significativos no quadro das fontes de Direito, mormente, no atinente à Lei e ao direito consuetudinário.

Por derradeiro, atenta-se para a configuração do Estado de Direito, sob o prisma dos princípios da legalidade e da separação de poderes, do

revestimento desse Império da Lei por uma cobertura liberal-burguesa e da acepção dos primórdios do constitucionalismo contemporâneo.

2. PANORAMA HISTÓRICO

Falar em momento revolucionário no século XVIII é falar na Revolução Francesa de 1789. Esse acontecimento é um marco, uma referência, um divisor de águas na história da humanidade e, indubitavelmente, também na história do Direito. No entanto, não foi espontânea e ao acaso, e sim decorrente de um momento histórico especial e efervescente vivido no mundo, em geral, e na França, em particular.

Deve-se lembrar da grande potência europeia do século, a Inglaterra, com sua economia movimentada pelo capitalismo industrial, explorado em amplitude pela instauração da ordem liberal burguesa fruto das Revoluções Inglesas (a Revolução Puritana de 1640 e mais propriamente a Revolução Gloriosa de 1688).

Os eventos na América também denotam significativas alterações políticas e no universo do Direito com influências no movimento francês. Pela primeira vez na História uma colônia proclamava e alcançava a independência, eram as Treze Colônias Inglesas, com a Declaração de Independência dos Estados Unidos em 4 de julho de 1776 e após conflitos com a antiga metrópole, a Inglaterra. No mesmo ano, há a redação da Declaração de Direitos de Virgínia. E mais a frente, em 1787, os Estados Unidos aprovaram sua primeira e única Constituição. Os documentos são banhados de ideias iluministas e para alguns estudiosos tiveram influência nos documentos elaborados ao longo da Revolução na França.

A exposição da situação francesa antes da Revolução é fundamental para o entendimento dos episódios seguintes. A França concebeu uma das monarquias mais centralizadoras de todas, na figura de seu rei, quicá a maior. Sob o longo governo de Luís XIV (1661-1715), representante-mor do absolutismo na França evidenciadas por suas próprias alcunhas (“Rei-Sol”) e expressões (“O Estado sou eu” / *L’État c’est moi*), enraizaram-se profundamente na sociedade francesa as distinções sociais e os traços do *Ancien Régime*.

(...) esta distinção era visível nos lugares que cada pessoa podia tomar nas igrejas, nas cerimônias etc. A desigualdade deveria ser tão aparente quanto possível e até mesmo os tecidos eram destinados exclusivamente a determinadas ordens. Neste sentido, a seda era exclusiva dos nobres, a casimira aos burgueses, a sarja, o algodão e o linho aos artesões, independentemente da riqueza de cada indivíduo.²

As desigualdades, conforme observadas na citação anterior, dividiam a sociedade francesa em estados — era uma típica sociedade estamental. O *primeiro estado* era a alta estrutura clerical. O *segundo estado* era formado pela nobreza. Estes dois compunham a ordem privilegiada, ocupando os cargos públicos e contando com isenções de impostos e recolhimento de tributos e dízimos (estes efetuados pelo clero). O *terceiro estado* era o restante da população, em primazia, camponeses, alta, média e pequena burguesia, profissionais liberais, juízes, baixo clero, artesãos. Este último estado, sobre o qual recaía a conta pública, representava mais de 95% de um total populacional em torno de 23 milhões, enquanto os estamentos privilegiados (nobreza e clero juntos) eram aproximadamente 400 mil pessoas.³

A economia francesa se encontrava destrocada às vésperas de 1789 e algumas são as razões. A primeira justificativa está no envolvimento das tropas francesas em diversos conflitos internacionais, notadamente, na campanha vitoriosa contra a Inglaterra na Guerra de Independência dos Estados Unidos, a qual foi conquistada por um preço altíssimo — era a “bancarrota final” da França. As dívidas e os gastos do governo cresceram de forma exorbitante e descontrolada. Os gastos da corte contribuíram para tal situação.

O historiador britânico Eric Hobsbawm dá suma importância aos efeitos das guerras na economia francesa. A péssima e obsoleta estrutura fiscal e administrativa, composta por poucos membros técnicos e especialistas, é mais um agravante, não conseguindo contornar e arrefecer o endividamento. Hobsbawm reconhece a “extravagância de Versailles”, sem lhe atribuir a culpa econômica, visto que os gastos da corte significavam 6% dos gastos totais em 1788.⁴

² CASTRO, Flávia Lages de. História do Direito Geral e Brasil. 1.ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 203.

³ HOBBSAWM, Eric J. A Era das Revoluções: 1789-1848. 25.ed. Tradução: Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. São Paulo: Paz e Terra, 2010, pp. 102 e 108.

⁴ HOBBSAWM, Eric J. Op. cit., pp.104-105.

Flávia Lages de Castro reforça “a estranha contabilidade francesa”, em que milhões custeavam os privilégios de poucos milhares, a qual acrescida a uma ineficiente máquina pública, incompatibilizara um resgate econômico.⁵ Na verdade, o somatório de fatores, principalmente, os apontados pelos historiadores britânico e brasileira, é que geraram a crise econômica de grandes proporções na França, pois não era apenas o aspecto econômico de endividamento desenfreado, mas a própria insatisfação geral com as distinções, com o autoritarismo, os abusos e as condições de penúria vividas.

O país era agrário com mais de 85% da população vivendo no campo, sua economia era eminentemente alicerçada na atividade agrícola. A imersão de produtos ingleses a baixo custo no mercado francês — em virtude de uma Revolução Industrial em pleno vapor — e os tempos de colheitas ruins, gerada pela seca de 1787, elevaram os preços e, com isso, o custo de vida, a fome da população e a crise econômica.⁶

Debilitada, a economia francesa demandava por tentativas de reformas pelo monarca Luís XVI. Os ministros do reino, então, impuseram a inclusão dos nobres e clérigos no aporte fiscal. Entretanto, a reação da ordem privilegiada (conhecida como a *revolta nobiliária*) levou à reunião da Assembleia dos Notáveis em 1787. Nesta, a aristocracia não cedeu às propostas de reforma e Luís XVI, então, convocou a Assembleia dos Estados Gerais.⁷ Em maio de 1789, os estados se reuniram em Versalhes e o Terceiro Estado para conseguir avançar em seus anseios exigia o voto por cabeça, ao invés do por estado, por ordens. Diante da intransigência em promover mudanças das ordens privilegiadas, o Terceiro Estado abandonou a Assembleia dos Estados Gerais e dá origem à Assembleia Nacional.

A massa da população francesa teve suas expectativas por reformas frustradas com o insucesso dos Estados Gerais. Ademais, a fome assolava, visto que o pão, principal alimento das refeições dos franceses, sofria

⁵ CASTRO, Flávia Lages de. Op. Cit., p. 246.

⁶ CASTRO, Flávia Lages de. Op.cit., pp.245-246.

⁷ A Assembleia dos Estados Gerais fora convocada pela última vez em 1614. Ela era formada pelos três estados. O Terceiro Estado possuía o mesmo número de representantes que os da nobreza e clero juntos. No entanto, o voto por estado impunha sempre derrotas ao Terceiro Estado, na proporção dois para um. QUINTANA, Fernando. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e de 1793 da França: Liberalismo e Democratismo. In: BUZANELLO, José Carlos; GUERRA, Sidney (Org.). DIREITOS HUMANOS: Uma abordagem interdisciplinar. Vol. IV. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2008, p.30.

com uma inflação galopante. O descontentamento geral com o governo absolutista em Paris acarretou a tomada da *prise de la Bastille*⁸, isto é, a queda de um dos maiores símbolos do Antigo Regime.⁹

A tomada da Bastilha fortaleceu o movimento revolucionário na França, acompanhado da Assembleia Nacional, formada em 9 de Julho, a qual após dois meses se proclamou *constituante*. Esta se encontrava sob a ameaça real que buscou cessar as deliberações. A grande crise econômica e fome, pela falta do pão, associada à vitória na Bastilha, recrudescer a violência e as ações. Mulheres e homens estimulados pela conjuntura caminharam quase 20 quilômetros de Paris a Versalhes e assumiram mais um símbolo do Absolutismo, provavelmente o maior, o Palácio de Versalhes. O rei Luís XVI foi obrigado a voltar com os manifestantes para Paris.¹⁰

A Assembleia Nacional Francesa elaborou um documento que significou o “atestado de óbito do *Ancien Régime*, constituído pela monarquia absoluta e pelos privilégios feudais”: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.¹¹

A Declaração incorporou muitas ideias de célebres pensadores iluministas. A partir de então, foram erguidas novas instituições, organizações políticas e jurídicas que conduziram a França e o mundo a uma nova idiosincrasia, principalmente, nas searas política e jurídica.

3. A DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE 1789 E O ILUMINISMO

A Revolução Francesa é o balizamento histórico de transformações profundas no universo jurídico. A Declaração de Direitos de 1789 transpõe

⁸ A Bastilha era uma prisão estatal, símbolo da Monarquia Absolutista, onde os prisioneiros sofriam com os mais variados e perversos tipos de tortura e onde os revolucionários esperavam encontrar armas. A queda da Bastilha representou a queda do despotismo e transformou o 14 de julho em um dia de festa nacional na França. HOBSBAWM, Eric J. Op. cit., pp.109-110.

⁹ Nesse dia da tomada da Bastilha, a palavra revolução assume seu significado mais moderno de criação de novos moldes, novos paradigmas ou, conforme as palavras de Fernando Quintana, “uma ordem inteiramente nova”. QUINTANA, Fernando. Op. cit., p.4.

¹⁰ Diante da demonstração de força dos revolucionários, o rei aprova decretos contra os privilégios feudais (dizimos, etc) QUINTANA, Fernando. Op. cit., pp.32-33.

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos (capítulo 5º- As Declarações de Direitos da Revolução Francesa). 7.ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p.163.

e transmite os princípios norteadores do novo Estado francês e do Estado de Direito, deixando para trás a velha e ultrapassada estrutura jurídica do denominado Antigo Regime.

Denota-se, sobretudo, a cessação dos privilégios do Absolutismo, impregnado por direitos remanescentes do feudalismo, e a transparência dos ideais dos pensadores do Século das Luzes¹². Para pôr um ponto final nesses retrocessos e anacronismos, irrompe-se uma série de princípios, focalizando-se nos seguintes: o princípio da isonomia, o princípio da separação de poderes e o princípio da legalidade.¹³

A inauguração de uma nova ordem jurídico-política contagiou os deputados revolucionários na elaboração da Declaração de 1789 e os fez anunciarem uma declaração universal, de todos os tempos e de todos os povos. Irrefutavelmente, esse clima e essas ideias entusiasmaram e contagiaram povos de diversos cantos do mundo, inclusive no Brasil, como na Conjuração Baiana de 1798.

O aporte para a concretização da Declaração veio de meios variados. Em primeiro lugar, fazem jus a relevo as obras de Montesquieu e Rousseau (“pai espiritual” da Revolução). Mas não se pode olvidar de outros iluministas proeminentes, como Locke e Cesare Beccaria, e ainda da maciça e determinante contribuição do Abade Sieyès, denso teórica da Revolução Francesa e participante de diferentes fases da mesma. Duas foram ainda as fontes da Declaração de 1789, a Declaração de Virgínia de 1776, de nítida inspiração iluminista, e “o conjunto das queixas e súplicas da população francesa”, num total de 40 mil, direcionadas, especialmente, contra os privilégios feudais.¹⁴

¹² “Século das Luzes” é a expressão empregada para se referir ao século XVIII e ao pensamento iluminista aflorado, em contraposição aos fundamentos e instituições da Idade Média ou Idade das Trevas. São as exposições de ideias com a finalidade de esvanecer o Antigo Regime e todas as continuidades medievais com ele aprisionadas.

¹³ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópicia e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.164.

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., pp.160-162.

3.1. John Locke¹⁵

John Locke apregoava a existência de direitos imanentes, inatos, naturais, os quais seriam também pré-sociais, ou seja, presentes no estado de natureza, são eles: o direito à vida e o direito à propriedade, por exemplo. A passagem do estado de natureza para o estado civil, ocorre por intermédio do contrato social, em que o homem mantém somente a vida e transfere todo o resto para o soberano (ser político) assegurar. Os indivíduos consentem a entrada no estado civil e a formação do governo pelo *pacto de consentimento*.¹⁶

Somente sob o prisma da lei, instrumento maior de limitação do poder, haveria a segurança e paz maior da propriedade, direito natural mais relevante para Locke. Duas são as limitações nascentes junto com o estado civil: a não contradição com os direitos pré-sociais e políticos e a respectiva fruição dos mesmos.¹⁷ É de se ressaltar a limitação advinda com as leis positivas, as quais não devem permitir forças circunstanciais estremecendo a segurança jurídica.

*(...) Todo o poder que o governo tem (...) deve ser exercido mediante leis estabelecidas e promulgadas, para que não só os homens possam saber qual o seu dever, achando-se garantidos e seguros dentro dos limites das leis, como também para que os governantes, mantidos dentro de limites, não fiquem tentados pelo poder que têm nas mãos a entregá-lo para fins tais e mediante medidas tais de que os homens não tivessem conhecimento nem aprovassem de boa vontade.*¹⁸

O Estado Liberal se opõe ao Absolutista e para tanto busca evitar concentração de poderes. Desta forma, lança-se mão de mais um mecanismo de limitação de poder: a divisão do poder político. Locke desenvolveu uma separação diferente da de Montesquieu, distinguindo

¹⁵ John Locke (1632-1704) foi um dos pioneiros do pensamento liberal. Suas teorias e ideias se expandiram, proeminentemente, na Inglaterra, mas também encontraram reflexos nos movimentos revolucionários dos Estados Unidos e da França. Dois tratados sobre o governo civil e Ensaio sobre o entendimento humano foram suas maiores obras. BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011, p. 31.

¹⁶ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Contrato Social (Verbetes). In BARRETTO, V. P. (Coordenador). Dicionário de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: Unisinos, 2006, p.165.

¹⁷ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Op. cit., p.165.

¹⁸ LOCKE, John. Segundo tratado sobre o Governo Civil. In: JORGE, Vladimir Lombardo (Org.); FERREIRA, Lier Pires (Org.); GUANABARA, Ricardo (Org.). Curso de Ciência Política. Grandes autores do pensamento político moderno e contemporâneo. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2009, p.114.

as esferas do Legislativo, do Executivo e de um poder federativo. Locke estabeleceu o predomínio do Legislativo sobre os demais e não mencionou o Poder Judiciário. O pensador atrela intimamente a atividade de julgar com a de legislar, própria do *commom law*, em que as normas podem ser criadas pela jurisprudência dos precedentes judiciais, não há esquecimento do Judiciário.¹⁹

Para Locke, os indivíduos, antes isolados no estado de natureza, constituem um único corpo na sociedade civil, em que cada indivíduo dispensa sua independência principiante para transferi-la ao Estado. Este, por sua vez, deve preservar os direitos naturais ou também chamados por leis naturais. Caso se constate uma violação destes, em peculiar da propriedade, defende-se a luta do povo contra o governante, pois cabe somente ao povo julgá-lo.²⁰ Esta é mais uma razão considerada por Locke para não inserir o Judiciário na divisão de poderes e capaz de demonstrar o povo como o poder supremo.

Embora em uma comunidade constituída, erguida sobre sua própria base e atuando de acordo com a sua própria natureza, isto é, agindo no sentido da preservação da comunidade, somente possa existir um poder supremo, que é o legislativo, ao qual tudo o mais deve ficar subordinado, contudo, sendo o legislativo somente um poder fiduciário destinado a entrar em ação para certos fins, cabe ainda ao povo um poder supremo para afastar ou alterar o legislativo quando é levado a verificar que age contrariamente ao encargo que lhe confiaram. Porque sendo limitado qualquer poder concedido como encargo para conseguir-se certo objetivo, por esse mesmo objetivo, sempre que se despreza ou contraria manifestamente esse objetivo, a ele se perde o direito necessariamente, e o poder retorna às mãos dos que o concederam, que poderão colocá-lo onde o julguem melhor para a garantia e segurança próprias. E, nessas condições, a comunidade conserva perpetuamente o poder supremo de se salvaguardar dos propósitos e atentados de quem quer que seja, mesmo dos legisladores, sempre que forem tão levianos ou maldosos que formulem planos contra as liberdades e propriedades dos súditos; porque, não tendo qualquer homem ou sociedade homens o poder de renunciar à própria preservação, ou consequentemente, os meios de fazê-lo, a favor da vontade absoluta

¹⁹ LIMA, Gustavo Augusto Freitas de. Poder Normativo do Executivo e Separação de Poderes: Revisitando Montesquieu. Revista de Estudos Jurídicos UNESP. V.16, N.23, p.31 (2012).

²⁰ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Locke, John (Verbete). In BARRETTO, V. P. (Coordenador). Dicionário de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: Unisinos, 2006, p.545.

e domínio arbitrário de outrem, sempre que alguém experimente trazê-los a semelhante situação de escravidão, terão sempre o direito de preservar o que não tinham o poder de alienar, e de livra-se dos que invadem esta lei fundamental, sagrada e inalterável da própria preservação em virtude da qual entraram em sociedade. E assim pode dizer-se neste particular que a comunidade é sempre o poder supremo, mas não considerada sob qualquer forma de governo, porquanto este poder do povo não pode nunca ter lugar senão quando se dissolve o governo.²¹

É válido consignar as conexões das concepções de Locke com a Declaração de Direitos de 1789. O preâmbulo da mesma dispõe sobre a obrigatoriedade de expor e, conseqüentemente, assegurar “os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem”. Vale recordar a forte relação entre as ideias do autor com os interesses burgueses, em especial, no tocante ao liberalismo político e a preservação da propriedade, e este, de acordo com Locke um dos direitos naturais descritos no preâmbulo, é diretamente respaldado pelo artigo 17 da Declaração: “Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente verificada, o exigir de modo evidente, e sob a condição de uma justa e prévia indenização”.

3.2. Montesquieu

Em sua célebre obra *Do Espírito das Leis*, o Barão de Montesquieu (1689-1755), como também é chamado, expõe o seu modelo de Separação dos Poderes e a inquietação pela superação do absolutismo. Para a melhor compreensão e indagação das teorias de Montesquieu, é interessante uma análise do contexto histórico atravessado pelo próprio autor.

Montesquieu conhecia primordialmente a realidade da França, o poder descomunal e tirano das monarquias absolutistas governantes, em particular, de Luís XIV, o “Rei-Sol”. O rei detinha a concentração ampla de poderes, não se ouvia ruídos das ordens desde a convocação dos Estados Gerais em 1614. Veio Luís XV e a monarquia na França continuou sem sofrer limitações de poder por parte de qualquer instituição, nem maiores conflitos e o que dizer de deposição de reis. Os monarcas na França gozavam de relativa estabilidade política.

²¹ LOCKE, John. *Op.cit.*, p.115.

Montesquieu passou a conhecer, então, a realidade da Inglaterra, seus pensadores e suas instituições. Locke, incontestavelmente, foi o grande intelectual inglês influente tanto ao longo das Revoluções Inglesas, quanto posteriormente, com sua ideologia liberal e contratualista. Montesquieu ao se aprofundar na política inglesa bebeu na fonte das ideias de Locke. Observou um Parlamento, defendido também por Locke, com o intrínseco papel de limitar o poder do monarca. Inúmeras foram as demonstrações de poder do Parlamento Inglês. As mais ilustres foram as de retirada do monarca e submissão do novo ao Parlamento, casos da nomeação de Guilherme de Orange, monarca legitimado pelo Parlamento e submetido a ele pelo *Bill of Rights*— símbolo da supremacia do Parlamento ante o Poder Real. Todo esse contexto político era alternativo à Monarquia Absoluta francesa e exultava o fervor de ideias de divisão de poderes em Locke e outros intelectuais ingleses, como o Visconde de Bolingbroke.²²

Após essa breve introdução, cabe adentrar nas teorias. Para Montesquieu, a liberdade estaria dentro dos limites e parâmetros estabelecidos pela Lei. Para assegurar a liberdade e evitar abusos, o pensador vê a necessidade da contenção de um poder pelo outro. Destarte, o autor assinala os três poderes presentes nos Estados: o Legislativo, Executivo e o Judiciário.²³ Somente com a repartição dos poderes nesses três órgãos distintos seria possível a liberdade política em seu mais alto nível.

Deste modo, para Montesquieu, o governo despótico é aquele que o monarca concentra os três poderes em suas mãos.²⁴ Neste caso, a liberdade estaria drasticamente comprometida. O francês aponta a Inglaterra como o regime que assegurava máximo de liberdade. Concomitantemente, indica

²² Bolingbroke, do partido *Tory*, sustentou a ideia da separação de poderes para limitar o poder do “Primeiro-Ministro” Walpole, do partido *Whig*, em 1730. Gustavo Augusto Freitas de Lima deposita influência de textos de Bolingbroke na teoria de Montesquieu, apoiado pelos autores Joseph Didieu e J. W. Gough, os quais também defendem a leitura por Montesquieu de Bolingbroke. LIMA, Gustavo Augusto Freitas de. Op. cit., pp.39-42.

²³ De forma sucinta: ao Legislativo cabe legislar e elaborar leis, vale reforçar a exclusividade do Legislativo na criação das leis, pregada pelos autores iluministas, especialmente Montesquieu; ao Executivo cabe executar as leis, exercendo uma função, primordialmente, administrativa; ao Judiciário cabe julgar e aplicar a lei.

²⁴ Fernando Quintana expõe uma declaração do deputado Montmorency, um dos constituintes da época, que traz o arcabouço argumentativo da mister disposição da separação dos poderes: “é importante não deixar nas mesmas mãos o poder executivo e o poder legislativo, pois nesse caso teremos o despotismo. Ou seja, o governo dos homens que desconhece os direitos individuais”. Percebe-se a vinculação do princípio da separação dos poderes com a garantia de direitos individuais para se extirpar qualquer brasa reacionária absolutista e mesmo uma menor relevância dada ao Judiciário e na outra ponta uma grande projeção ao Legislativo. QUINTANA, Fernando. Op. cit., p.39.

o governo moderado como a melhor hipótese, casos em que o monarca reuniria o poder de legislar e executar, enquanto os súditos julgariam, ou seja, dois poderes seriam reunidos em uma mão. Neste sentido, Montesquieu não busca romper totalmente com as monarquias.²⁵

Uma atribuição incorreta às ideias de Montesquieu é a independência dos poderes, isto é, a não intervenção de um poder no outro. O autor se preocupa justamente com o contrário, da imprescindibilidade de um poder limitar e conter os outros, para, assim, a maior liberdade ser garantida, conforme dito anteriormente, eliminando eventuais abusos e tiranias. Defendia a paralisação mútua dos poderes, ou melhor, a capacidade de uma instituição de um poder impedir e travar a atuação de outro poder, claramente de intervir um poder no outro.

Montesquieu manifesta apreensão com possíveis ingerências e intromissões dos juízes na seara legislativa, expressada por sua famosa frase: “o juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei”. Nesta linha, restringe-se qualquer atividade interpretativa do juiz, assim como justifica outra fala de Montesquieu: “(...) o Judiciário é de, algum modo, nulo”²⁶. A justificativa está justamente na autolimitação do Judiciário, enquanto os outros poderes deveriam sofrer com uma limitação.

A doutrina da separação de poderes é absorvida de forma muito clara do pensamento de Montesquieu, autor que buscava nos governos moderados a verdadeira fonte de liberdade. A moderação dos governos só pode ser assegurada por meio da desconcentração das tarefas do Estado, pois se a atividade estatal encontra-se concentrada em apenas um órgão, não há como se falar de liberdade. Esta doutrina foi aplicada de forma rigorosa aos juízes franceses, após a Revolução de 1789. Sobre o papel do Poder Judiciário, Montesquieu dizia que “não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. (...) Barão de La Brède e de MONTESQUIEU (Charles-Louis de Secondat), Do Espírito das Leis, in: Os Pensadores, v. XXI, São Paulo, Abril, 1973, p.157. Já em relação aos efeitos negativos da atribuição aos magistrados da capacidade de criar o direito, Montesquieu diz: “porém, se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto, que nunca sejam mais do que um texto exato da lei. Se

²⁵LIMA, Gustavo Augusto Freitas de. Op. cit., pp.46-47.

²⁶MONTESQUIEU. Do espírito das leis. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.169.

fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos. MONTESQUIEU, Op. cit., p.158 António Manuel HESPANHA, Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia, Lisboa: Europa-América, 1997, pp.172-173.²⁷

A Declaração de Direitos de 1789 é enfática na incorporação das ideias de Montesquieu no que concerne a limitação de poderes do soberano e a separação dos poderes. A lei deve ser a grande fonte de contenção sobre quaisquer atos de arbitrariedade do governante. A garantia de direitos torna-se inexorável e substancial na proteção do indivíduo ante o poder do Estado. A repartição de poderes em órgãos distintos, a fim de se evitar centralização de poderes na figura do monarca, é imperiosa. Refuta-se o sistema monárquico absolutista, porém o pensador de *Do Espírito das Leis* enxerga na Monarquia Constitucional o irretocável sistema político a ser implantado nos países em geral, aos olhos de um exemplar regime constitucional inglês, ilustrando a subordinação do regime político monárquico à Lei. Destarte, a Declaração afirma em seu artigo 16: “Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”. De fato, a partir daí, estão lançadas nítidas e vitais referências constitucionais.

3.3. Jean Jacques Rousseau e o Abade Emmanuel Sieyès

Jean Jacques Rousseau (1712-1778) nasceu em Genebra e é um dos mais influentes pensadores do século XVIII, autor da apreciada obra *Do Contrato Social* (1762). Por via deste livro, lido desmedidamente pelos revolucionários franceses, disseminou suas principais ideias políticas, sociais e jurídicas.

Em suas obras, Rousseau constrói sua teoria acerca do Contrato Social, iniciando com a explicação do estado de natureza, segundo seu modo de ver. Para ele, o homem primitivo era naturalmente bom, desfrutando de direitos naturais inatos, dentre estes a liberdade e a igualdade. Diferentemente de Hobbes que caracterizava o estado de natureza como uma guerra constante entre os homens, Rousseau acreditava em um

²⁷ O professor Paulo Mendonça reforça duas importantes inquietações de Montesquieu: a concentração de poderes na figura de um tirano, atravancando qualquer liberdade, e o cerceamento a possíveis atividades criativas na leitura do texto legal pelo juiz. MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. Op. cit., pp.165-166.

homem solitário e feliz, cujo principal temor era em relação à sua própria conservação física, o homem primitivo era, nas palavras do genebrino, um “bom selvagem”.²⁸

O cordão umbilical do indivíduo isolado, em contato exclusivo com a natureza, é rompido quando o homem se vê em situações naturais adversas e hostis. Neste instante, é constatada a imprescindibilidade de relação com os demais e, assim, estabelecer os laços de sociabilidade, os quais desenvolvem outros tipos de necessidade além da biológica, sobretudo a moral, e perde-se a liberdade e igualdade inseparáveis do estado de natureza. Para a reparação da liberdade e igualdade corrompidas, era indispensável um contrato social, com a finalidade de conquistar a liberdade arrefecida nesse estado civil do homem.²⁹

Pelo pacto social de Rousseau, os homens abster-se-iam de certos direitos e interesses pessoais em favor da comunidade e do bem comum, recebendo a garantia de liberdade e igualdade. Passa-se, assim, ao estado civil e à condição de cidadão do homem. A união entre os seres sociais (cidadãos) preserva cada um de seus membros e seus respectivos bens, a liberdade estaria, portanto, assegurada. Essa união em torno de um bem/interesse comum compõe o que Rousseau denomina de vontade geral. Essa tese abala e desmorona qualquer proximidade de Rousseau com o liberalismo individualista, direcionando-o para um campo mais igualitário, democrático e coletivo.

Acompanhado à vontade geral está a soberania, que é o “exercício dessa vontade geral”.³⁰ Para Rousseau, somente um ente seria capaz de exercer e ser a expressão dessa vontade geral, o “Povo”. Haveria, pois, uma soberania popular, a qual permitiria os cidadãos terem uma participação ativa na criação das leis. E mais que isso, uma lei feita sem a anuência do povo é ilegítima, portanto, nula. Neste sentido, “submeter-se à lei, à vontade geral, constitui um ato de liberdade”.³¹ O povo é, de acordo com Rousseau, o titular da soberania, visto que a representação popular

²⁸ QUINTANA, Fernando. ROUSSEAU, Jean Jacques (Verbete). In BARRETO, V. P. (Coordenador). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: Unisinos, 2006, pp. 744-745.

²⁹ QUINTANA, Fernando. Op. Cit., p.745.

³⁰ ARGUELHES, Diego Werneck. **Soberania** (Verbete). In BARRETO, V. P. (Coordenador). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 765.

³¹ A liberdade dos cidadãos constituiria tudo aquilo que os mesmos cidadãos determinassem, num ato pleno de liberdade e de polvorosa participação ativa. QUINTANA, Fernando. Op. Cit., p.81.

é a única representação legítima. Não se admite a delegação do poder, essencialmente, do povo para ser representado por uma porção, ou seja, não há legitimidade em uma sociedade política onde a representação é delegada, pois os interesses comuns e do bem comum seriam afetados pelos próprios interesses dos representantes.³²

A questão suscitada por Rousseau acerca da religião, ou mais, precisamente da religião civil é interessante. Para ele, a boa religião é aquela, voltada ao cidadão, que prega o amor às leis e a valorização da pátria. É fundamental essa religião civil para funcionar como um alerta para não infringir as leis, não se valer de má-fé, assumir e realizar seus deveres perante o Estado e seus concidadãos, e ainda na aceitação de dogmas, o mencionado respeito às leis e à sacralidade dos contratos.³³

Em uma posição distinta da abraçada por Rousseau, deparava-se o francês Abade Emmanuel Sieyès (1748-1836), cuja célebre obra *Qu'est-ce que le Tiers État?* revela a situação e as ambições do Terceiro Estado na França.³⁴ Sieyès defendia que somente o Terceiro Estado tinha legitimidade para exercer a soberania no momento revolucionário do século XVIII, uma vez que clero e nobreza persistiam apegados aos privilégios que remetiam à exploração do restante da sociedade.

Sieyès, endossado pelos fisiocratas³⁵, apregoa a força do Direito Natural como fundamento de sociedade, baseado em seu voluntarismo liberal em contraponto ao democratismo rousseauiano, estruturado sobre a vontade geral. Os direitos individuais, para Sieyès, são vitais e prevalentes na comparação com os interesses comuns, porém sem renegar e esquecer estes. O grande ponto de divergência ou pelo menos o mais ressaltado em estudos e trabalhos entre Rousseau e Sieyès está na atribuição da soberania. Ambos concordavam que esta não mais poderia residir no monarca absolutista nos moldes do *Ancien Régime*, no entanto

³² ARAÚJO, F.M.L. Idéias antagônicas na Revolução Francesa: Rousseau e Sieyès nas origens do Estado francês contemporâneo. Políticas Públicas e Sociedade, Fortaleza, v.02, n.02, p. 10, 2001.

³³ QUINTANA, Fernando. Op. cit., pp.21-22.

³⁴ A tradução livre do livro é “O que é o Terceiro Estado?”. Vale chamar a atenção para as considerações preliminares do livro, resumidas pelas três perguntas propostas: “1º) O que é o Terceiro Estado? — Tudo; 2º) O que tem sido ele, até agora, na ordem política? — Nada; 3º) O que é que ele pede? — Ser alguma coisa.” SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A Constituinte Burguesa/ Qu'est-ce que le Tiers État?. Organização e introdução de Aurélio Wander Bastos, tradução Norma Azevedo, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

³⁵ Quesnay e Mirabeau são alguns nomes dos fisiocratas que vislumbravam a transposição de leis naturais, da ordem natural, à economia e à política.

o genebrino a atribuía ao povo, enquanto o Abade a atribuiu à Nação. Algumas são as explicações para a soberania nacional de Sieyès. O sentido amplo da palavra “povo” poderia significar uma “autêntica democracia”, isto é, a participação direta de todos os cidadãos nos votos de leis e nas decisões sobre o governo, tornando-se uma cidadania ativa, incluindo os não-proprietários.³⁶ Isto não correspondia aos interesses da burguesia de ascender ao controle político, sem carregar consigo a massa da população. A palavra “Nação” seria uma maneira suave e menos hostil de barrar às pretensões do povo de governar. A sua própria noção também era um importante enunciador de patriotismo e nacionalismo.

Sieyès conceitua a nação como “um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura”.³⁷ O Terceiro Estado era o real e legítimo representante da Nação, conforme traduzia o Abade. Com a formação da Assembleia Nacional, da qual foi um dos emuladores, o francês buscou transmitir sua ideia de soberania nacional num sistema representativo. Portanto, seria fundamental um grupo de representantes do *Tiers État* para expressar a vontade nacional na elaboração da constituição na Assembleia Nacional Constituinte. Esta situação era inconcebível para Rousseau, os cidadãos deveriam representar suas posições e não ser representados, não deveria haver qualquer delegação de poder soberano. A preocupação de Sieyès pairava sobre os privilégios de tempos feudais, suprimidos estes e estabelecida a igualdade, não vislumbrava razão vital para a participação direta do povo na elaboração da constituição e na legislatura ordinária.³⁸

“A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes e acima dela só existe o direito natural”.³⁹ Por esta frase, depreende-se o lançamento de bases constitucionais com a distinção entre poder constituinte e poder constituído. A vontade da nação é o poder constituinte permanente, só limitado pelo direito natural, e que se torna o limite legal para todo o direito positivo a ser estruturado e para o poder constituído, o qual tem delineado suas competências pelo poder constituinte, pela nação.⁴⁰

³⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., pp.155-156.

³⁷ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. Op. cit., p.4.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p.120.

³⁹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. Op. cit., p.48.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p.119.

As assimilações das ideias desses dois geniais pensadores pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 foram colossais. No título, já podemos ver a influência de Rousseau, com a ostentação dos direitos dos cidadãos, isto é, com o exercício pelo homem dos direitos de cidadania.⁴¹ O artigo Primeiro também está fortemente ligado a Rousseau. Há destacadamente alusão ao princípio da isonomia e à liberdade de que trata Rousseau ao estabelecer a igualdade aos olhos do Direito aos cidadãos. O artigo 4º retrata os limites da liberdade dos cidadãos impostos somente quando em prejuízo de outrem e aos limites de liberdade traçados por eles mesmos na esfera da lei. O artigo 3º traduz precisamente a soberania nacional de Sieyès e a delegação de poderes estabelecida pelo poder soberano da Nação, ocorrendo nítida limitação de poder ao governante. No artigo 6º, considerado o mais rousseauiano de todos, figura a lei como produto da vontade geral.⁴² A lei é primária na sociedade por significar a razão da maioria. O Império da Lei não vê distinções entre os cidadãos e impõe a todos a sua força, advinda da vontade geral, expressão do bem comum. Concomitantemente, neste artigo, considera-se a representação nos termos de Sieyès, em que o povo não necessariamente representa a si mesmo, mas também está presente pelas imagens de seus representantes.

3.4. Cesare Beccaria

Cesare Beccaria (1738-1794) foi um expoente do iluminismo italiano, autor da brilhante obra “Dos Delitos e das Penas”. Ele assimilou as ideias dos demais pensadores iluministas acerca do Pacto Social e com esta base fundada, desenvolveu revolucionárias teorias a respeito dos direitos

⁴¹ ARAÚJO, F.M.L. Op. cit., p.11.

⁴² Artigo Primeiro. Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.

Art. 3º. O princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.

Art.4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem: em consequência, o exercício dos direitos naturais de cada homem só tem por limites os que assegurem aos demais membros da sociedade a fruição desses mesmos direitos. Tais limites só podem ser determinados pela lei.

Art.6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente, ou por meio de representantes, à sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer proteja, quer puna. Todos os cidadãos, sendo iguais aos seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, cargos e empregos públicos, segundo sua capacidade e sem outra distinção a não ser a de suas virtudes e seus talentos.

individuais, de princípios fundamentais no Direito Penal e de forma ímpar à época para o próprio Estado de Direito.

O Direito Penal foi, irreprensivelmente, o campo de atuação, pesquisa e estudo de Beccaria. Averiguou um sistema penal retrógrado e não mais admissível, entretanto persistente desde os tempos medievais, em uma continuidade de práticas cruéis, desumanas, autoritárias e alusivas de uma falta extrema de garantias individuais e legais. Os métodos eram antiquados para o mundo racional em plena expansão, a legislação era deficiente e obscura. Considerava-se o réu culpado até a prova contrária declaratória de sua inocência, prova adquirida após inúmeras sessões de tortura ou por simples influência de poderes e riquezas, indicativo da injustiça e desigualdade jurídica dominante.

Para não sofrer dos males do estado de natureza o homem escolhe fazer o pacto social, em que cada um cede uma parte de seus direitos, de sua liberdade. Reúne-se a porção de todos os direitos e liberdades cedidos e forma-se o poder punitivo do Estado, responsável por garantir a segurança para a fruição dos outros direitos e liberdades dos homens, exercidos com autonomia nos limites da lei. A vultosa colaboração de Beccaria foi exatamente impor limites ao poder punitivo, com princípios fundamentais, em primazia, o princípio da legalidade.⁴³

As leis e também as penas passaram a ser condicionantes inarredáveis do pacto social. Os propósitos das penas são a proteção da sociedade, dos bens jurídicos relevantes e o desencorajamento de ações delituosas pelo restante dos cidadãos e da reincidência do mesmo infrator. A vinculação da gradação da pena ao delito cometido foi apregoada pelo iluminista italiano, clamando por uma proporção entre os delitos e as penas, de onde se extrai o princípio da proibição de excesso.⁴⁴

Beccaria resgatou o princípio romano do *nulla poena, nullum crimen sine lege* e edificou bases sólidas para o Estado de Direito latente. Este princípio é o hoje chamado Princípio da Legalidade ou da anterioridade

⁴³ GRAZIANO SOBRINHO, S. F. C.; CAMARGO, Mônica Ovinski de. **Cesare Beccaria** (Verbete). In BARRETTO, V. P. (Coordenador). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: Unisinos, 2006, p.92.

⁴⁴ Flávia Lages de CASTRO traz a explicação de Damásio de Jesus sobre o princípio da proibição de excesso. CASTRO, Flávia Lages de. *Op.cit.*, pp.212-213.

da lei penal, pois não há crime e nem pena, sem uma lei anterior que os preveja. Esta é uma intrínseca garantia individual ante o poder punitivo do Estado. O italiano, apoiado também em Montesquieu, afirma o crucial papel do Legislativo como “fonte maior da lei penal”, ressaltando a importância de leis claras e o distanciamento dos juízes da função interpretativa.⁴⁵

O princípio da Igualdade fora trazido por Beccaria para afastar a desigualdade jurídica entre nobres e plebeus e realçar a lesão ao bem jurídico. Não se poderia admitir que réus tomados na mesma proporção em seus delitos tivessem penas distintas, sendo primordial acentuar o valor do bem jurídico, sem desvalorização, diminuição ou extinção da punição por privilégios de berço, todos seriam, portanto, iguais perante a lei.⁴⁶

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 consagra algumas das principais teorias e princípios enaltecidos por Cesare Beccaria, notoriamente, o princípio da Legalidade:

Artigo 7º. “Ninguém pode ser acusado, detido ou preso, senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por ela prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou fazem executar ordens arbitrárias devem ser punidos; (...);”

Artigo 8º. “A lei só pode estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito, e legalmente aplicada”.

Ainda estão contidos na Declaração a lesão a bens jurídicos fundamentais (art. 5º— mais uma vez presente o princípio da Legalidade) e a substituição do culpado até que se prove o contrário (sistema medieval) pela presunção de inocência (art.9º):

Artigo 5º. A lei não pode proibir senão as ações prejudiciais à sociedade. Tudo o que não é defeso em lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordena.

Artigo 9º. Como todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado, (...).

⁴⁵ GRAZIANO SOBRINHO, S. F. C.; CAMARGO, Mônica Ovinski de. Op. cit., p.92.

⁴⁶ CASTRO, Flávia Lages de. Op.cit., pp.214-215.

4. FONTES DE DIREITO

O quadro das fontes de Direito comportou mudanças marcantes com a Revolução Francesa e suas Declarações e Constituições, particularmente, o documento apreciado nesse estudo, a Declaração de Direitos de 1789. Esse panorama de transformações já vinha se alterando desde a instauração dos regimes absolutistas, com a gradativa preeminência da Lei sobre as demais fontes.

Não obstante essa predominância da Lei, o direito consuetudinário perdurava como uma fonte significativa para as Monarquias Absolutas.⁴⁷ Seu valor era tão estimado e impregnado ao *Ancien Régime* que passou a ser rejeitado pelos revolucionários franceses, porque simbolizava “um dos traços característicos do Antigo Regime”, conforme aponta Gilissen.⁴⁸ Com a vinda de novos tempos, relegou-se o direito consuetudinário ao direito internacional, em virtude da ausência de um legislador internacional.

A perda do poder soberano pelo monarca deturpa seu poder de legislar. Com a instauração da Assembleia Nacional Constituinte e a promulgação da Declaração de Direitos de 1789 há o deslocamento da soberania do rei para a Nação. E, conforme as ideias de Sieyès e expresso também no documento de 1789, todo o poder emana da nação, inclusive o poder legislativo, o qual passa a ser desempenhado pelos representantes da nação.

No primeiro momento na França, os representantes da nação são os constituintes-membros da Assembleia que redigiram a Declaração de Direitos e trabalharam na Constituição Francesa de 1791. Daí, saíram as leis extinguindo as antigas instituições do *Ancien Régime* com o nascimento de novas, fundadas sobre os princípios da igualdade, liberdade e legalidade. Esta conjectura e o esplêndido trabalho em torno desses dois textos fizeram surgir em inúmeros países uma Constituição escrita e oriunda de atos legislativos nos moldes traçados pelos revolucionários franceses.⁴⁹ Os olhos dos outros Estados Nacionais se voltaram para a França. O constitucionalismo contemporâneo emergiu. A lei assumiu o papel de norma jurídica central. O corpo organizacional do Estado e a garantia de direitos essenciais estavam delineados pela lei.

⁴⁷ É interessante notar a distinção feita por Paulo Mendonça entre costume e direito consuetudinário. O costume é considerado a “expressão de padrões habituais de conduta, do chamado direito consuetudinário, formado pela consolidação temporal de práticas jurídicas”. MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. Op. Cit., p. 15.

⁴⁸ GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. Trad. A. M. Botelho Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2.ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995, pp.415-416.

⁴⁹ GILISSEN, John. Op. cit., pp.418-419.

A organização judiciária do Antigo Regime foi suplantada. Na nova arquitetura, criada a partir de 1790, as novas jurisdições desfrutaram dos princípios enunciados pela Declaração de Direitos de 1789. Neste ponto, é relevante enfatizar algumas questões.

Primeiro, lembrar o princípio da separação de poderes, restringindo o papel dos juízes à prestação jurisdicional e não invadindo as competências do Legislativo ou do Executivo. Segundo, as funções jurisdicionais foram, constitucionalmente, firmadas como temporárias e eletivas, os cidadãos sem conhecimentos específicos de Direito podiam ser juízes, é “a vitória do sistema da justiça popular”, nas palavras de Gilissen. Afasta-se o requisito do trabalho profissional e técnico dos advogados na elaboração de uma defesa técnica para dar lugar a autodefesa dos cidadãos, expressa por escrito ou oralmente. A justiça devia ser gratuita (Constituição de 1791 e Constituição do ano III, art. 205). As audiências deviam ser públicas e as sentenças motivadas (Constituição do ano III, art. 208). Os privilégios de foro foram suprimidos, estabelece-se a igualdade jurídica — todos os cidadãos são iguais perante a lei.⁵⁰

Estas mudanças são exemplos nítidos do repúdio e da aversão acalorada aos privilégios e instituições do *Ancien Régime*, mostrando, simultaneamente, a pujança e primazia das ideias de Rousseau e Montesquieu. Apesar dos inúmeros méritos, é inevitável não questionar ou no mínimo duvidar da efetividade das disposições que determinam as eleições para juízes e a indiscriminada autodefesa pelos cidadãos. Parecem muito mais um temor, repulsa e resposta a um modelo consolidado no medievo do que propriamente um escrutínio dos mecanismos mais adequados. Por esta percepção, é patente que nem tudo deve ser apagado, destruído ou modificado, no bojo de cada movimento e ordenamento são obrigatórias as continuidades.

A criação de um Tribunal de Cassação buscou asseverar o respeito à lei e manter uma unidade na jurisprudência ao anular todas as decisões judiciais em que houvesse violação ao texto legal. Assim, ampliou-se a segurança jurídica. Os juízes deviam ser “a boca que pronuncia as palavras da lei”.⁵¹ Ressalta-se, uma vez mais, o confronto com o regime absolutista e o princípio da separação dos poderes, pois o rei, “fonte de todo o

⁵⁰ GILISSEN, John. Op. cit., pp.494-495.

⁵¹ Ver item 3.2.

direito”, poderia cassar, quando entendesse justo, qualquer sentença, numa imponente demonstração de concentração de poderes.⁵²

5. ESTADO DE DIREITO, CONSTITUCIONALISMO E ESTADO LIBERAL

“Há justiça só onde governam as leis”.⁵³ Por esta frase, Francesco D’Agostino prima pelo Império da Lei para combater e dissipar os governantes arbitrários e centralizadores de poderes em suas mãos. Nesta perspectiva, o princípio da Legalidade é o pilar do Estado de Direito.

O Estado de Direito vem justamente para fazer frente aos regimes absolutistas. Vincula-se o Estado à imagem da Lei, são impostos por esta os limites das atuações e ações daquele. Para cessar os privilégios políticos e de foro durante o *Ancien Régime* de clero e nobreza — entraves à imposição da força da Lei — as revoluções burguesas irrompem influenciadas pela principal delas: a Revolução Francesa. Uma das primárias reivindicações e posterior conquista é a igualdade jurídica, intrínseca para as pretensões burguesas de alcançar o poder.

As ideias do Contrato Social de Rousseau ratificam a necessidade do Estado de preservar as liberdades individuais, servindo de inspiração, conforme já visto⁵⁴, para os revolucionários franceses e, em particular, para os burgueses. A criação da lei — caracterizada por ser “uma regra racional geral e impessoal”⁵⁵ — está envolta aos interesses da vontade geral, também apreciada pelo genebrino. Nesta linha, também buscava-se asseverar os direitos naturais mais notórios elencados por Locke (direito à vida, à liberdade e à propriedade), consagrando-os em um direito positivo.

A concretização das ambições burguesas dependia da retirada da soberania do rei e de seu respectivo deslocamento para a nação, para assim extrair a capacidade do rei de legislar e atribuí-la aos representantes da nação. Verifica-se, à vista disso, uma inversão da relação entre direito e poder, antes presa

⁵² GILISSEN, John. Op. cit., p.498.

⁵³ D’AGOSTINO, Francesco. Legalidade (Verbetes). Tradução: Frederico Bonaldo. In BARRETO, V. P. (Coordenador). Dicionário de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: Unisinos, 2006, p.512.

⁵⁴ Ver item 3.3.

⁵⁵ HENNIG, Mônia Clarissa. Estado de Direito (Verbetes). In BARRETO, V. P. (Coordenador). Dicionário de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 290.

à lógica *rex facit legem* (o rei faz a lei) e, depois, com a vitória burguesa, iluminada pela máxima *lex facit regem* (a lei conforma o poder).⁵⁶

O princípio da separação dos poderes, próprio de Montesquieu, proporciona mais uma ferramenta precisa de limitação do poder e da atuação do Estado. Por este, prega-se uma delimitação rigorosa das competências e atribuições dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário pela lei. Novamente, pode-se constatar a submissão do poder à Lei, o que robustece e fortalece o Estado de Direito.

O Estado de Direito e a instituição da Carta Constitucional apresentam uma relação intrínseca, pois esta é considerada a Lei Maior, onde se encontra o modelo de organização do Estado e os princípios fundamentais do Estado de Direito. A supremacia da Lei (Estado de Direito) é determinante para a supremacia da Constituição e vice-versa. A produção normativa passa a decorrer da própria Constituição, ou seja, é preciso uma conformidade das normas infraconstitucionais às constitucionais, mais uma vez há limitação, um controle de constitucionalidade incumbido ao Judiciário pelo Estado Constitucional de Direito. A Declaração de Direitos de 1789 foi primordial para anunciar o constitucionalismo contemporâneo, concretizado e disseminado com a Constituição Francesa de 1791.

O revestimento do Estado de Direito, isto é, uma de suas versões foi dada pelos burgueses, comandantes da Revolução de 1789. Para tanto, eles instituíram as bases de um Estado Liberal, em que há a preservação de uma igualdade jurídica e do *status quo*, deixando à margem de transformações os âmbitos social e econômico, o que acaba por engessar o Direito ao não acompanhar os anseios e a dinâmica da sociedade em geral, reservando-se a contemplar a elite político-econômica.

Para fechar o capítulo, cabe um tom mais incisivo de que há com o Estado de Direito uma verificação de uma soberania da Lei. Esta é sua essência e resguarda-se apesar das diferentes roupagens assumidas pelo *Rule of Law*, *Rechtsstaat* ou Estado de Direito. Estado Liberal, Estado de Bem-Estar Social e Estado Democrático são versões diferenciadas, por conta de conteúdo e finalidades tendentes para diferentes caminhos, de um Estado de Direito em que os poderes estatais se submetem à lei.⁵⁷

⁵⁶ HENNIG, Mônia Clarissa. Op. cit., p. 290.

⁵⁷ HENNIG, Mônia Clarissa. Op. cit., p.291.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Revolução Francesa pode ser simbolizada como um turbilhão de ideias capazes de movimentar a sociedade francesa rumo a um universo novo, com amplitude não somente para a França e sim para todo o mundo. Desde a Declaração de Direitos de 1789, os revolucionários tiveram a intenção de universalizar as transformações, revertendo um quadro de privilégios e de arbitrariedades de tempos passados para um mar desconhecido, até então, repleto de igualdade, liberdade e legalidade.

É inegável que os legados da Revolução levaram os burgueses à glória. Contudo, há também as incríveis conquistas de povos na América, libertando-se do jugo colonial, sob a influência dos mesmos textos libertários lidos pelos franceses, livros, sobretudo, de Locke, Montesquieu, Beccaria, Rousseau e Sieyès. Com fulcro nesses escritos, foram erguidas as pedras angulares do Estado contemporâneo.

Locke foi o pensador que mais teve ideias entrelaçadas aos interesses burgueses. O Estado Liberal, sob a égide do liberalismo político de Locke, foi severo e rígido ao garantir a igualdade jurídica e o direito à propriedade, sem dar brechas para quaisquer transgressões. Diferentemente, Rousseau, mesmo com a enorme influência exercida, teve suas teorias reduzidas, pois a elas foram atribuídas tendências, demasiadamente, populares e revolucionárias, indo além das projeções da Revolução, ou melhor, das projeções traçadas pela burguesia.

O Estado Liberal e a ordem liberal burguesa nasceram sob o manto protetor do vigoroso Estado de Direito, em que o princípio da legalidade e o princípio da separação de poderes restringiam os poderes estatais às delimitações da lei. É incontestável que esses princípios foram vitais para dismantelar o *Ancien Régime* e impor limites aos governantes, mas até que ponto o texto seco da lei deve prevalecer? O quão positivo é este cerco à atividade do Judiciário e qual o seu limite?

A legalidade deve servir para garantir os direitos individuais e fundamentais, assim como as competências e extensões das mesmas dos organismos estatais, entretanto não deve ser usada como um artifício para engessar o Direito, conservar o *status quo* e atrasar avanços sociais e econômicos. A legalidade é libertária. Não se pode esquecer a vontade geral de Rousseau. Cabe aos cidadãos ou, conforme assentado pelo Abade

Sieyès, os representantes da nação a elaboração de leis que vislumbrem as necessidades e anseios da sociedade em geral e libertem o povo de qualquer moléstia, sem atender exclusivamente aos interesses de grupos particulares, como temia Rousseau.

A Declaração de Direitos de 1789, irrefutavelmente, fincou novas balizas no universo jurídico. Direitos individuais e cruciais princípios foram consolidados, a soberania da nação e o sistema representativo se firmaram e a redação de um documento, chamado Constituição, passou a ser determinante e central para o Estado contemporâneo e seus ordenamentos jurídicos. Os cidadãos livraram-se das amarras do absolutismo, no entanto continuaram impotentes diante da nova ordem liberal burguesa resultante do processo revolucionário francês.

É mister fomentar as discussões sobre o âmbito das transformações ocorridas e a razão do decaimento e enfraquecimento das ideias mais radicais e revolucionárias, provavelmente, as mais capazes de propiciar uma guinada social. Neste sentido, pode-se reclamar um aproveitamento maior de institutos jurídicos consolidados, no que seria uma demonstração sábia, coerente e produtiva de reconhecimento de uma tradição jurídica importante para os franceses e o mundo ocidental, sem significar uma aproximação com o modelo despótico anterior como receavam muitos revolucionários, desviados por aniquilar qualquer traço medieval.

Não obstante esses infortúnios, urgem ovacionar os êxitos e progressos, acima de tudo, na esfera jurídica, conforme amplamente detalhado. Mesmo com as defasagens geradas no processo revolucionário comandado pela burguesia, a Revolução Francesa e seus documentos ilustres são marcos singulares na história da humanidade e do Direito.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, F.M.L. Idéias antagônicas na Revolução Francesa: Rousseau e Sieyès nas origens do Estado francês contemporâneo. Políticas Públicas e Sociedade, Fortaleza, v.02, n.02, p. 07-16, 2001.
- ARGUELHES, Diego Werneck. Soberania (Verbetes). In BARRETTO, V. P. (Coordenador). Dicionário de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- BARRETTO, Vicente de Paulo (Coordenador). Dicionário de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: Unisinos, 2006.

-
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Contrato Social (Verbete). In BARRETO, V. P. (Coordenador). Dicionário de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo:Unisinos, 2006.
- CASTRO, Flávia Lages de. História do Direito Geral e Brasil. 1.ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos (capítulo 5º- As Declarações de Direitos da Revolução Francesa). 7.ed., São Paulo: Saraiva, 2011.
- D'AGOSTINO, Francesco. Legalidade (Verbete). Tradução: Frederico Bonaldo. In BARRETO, V. P. (Coordenador). Dicionário de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. Trad. A. M. Botelho Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2.ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.
- GRAZIANO SOBRINHO, S. F. C.; CAMARGO, Mônica Ovinski de. Cesare Beccaria (Verbete). In BARRETO, V. P. (Coordenador). Dicionário de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- HENNIG, Mônia Clarissa. Estado de Direito (Verbete). In BARRETO, V. P. (Coordenador). Dicionário de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- HOBBSAWM, Eric J. A Era das Revoluções: 1789-1848. 25.ed.Tradução: Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. São Paulo: Paz e Terra, 2010.
- LIMA, Gustavo Augusto Freitas de. Poder Normativo do Executivo e Separação de Poderes: Revisitando Montesquieu. Revista de Estudos Jurídicos UNESP. V.16, N.23, p.27-60 (2012).
- LOCKE, John. Segundo tratado sobre o Governo Civil. In: JORGE, Vladimyr Lombardo (Org.); FERREIRA, Lier Pires (Org.); GUANABARA, Ricardo (Org.). Curso de Ciência Política. Grandes autores do pensamento político moderno e contemporâneo. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2009.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A tópica e o Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MONTESQUIEU. Do espírito das leis. Tradução de Jean Melville. São Paulo:Martin Claret, 2002.
- QUINTANA, Fernando. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e de 1793 da França: Liberalismo e Democratismo. In: BUZANELLO, José Carlos; GUERRA, Sidney (Org.). DIREITOS HUMANOS: Uma abordagem interdisciplinar. Vol. IV. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2008.
- _____. ROUSSEAU, Jean Jacques (Verbete). In BARRETO, V. P. (Coordenador). Dicionário de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A Constituinte Burguesa/ Qu'est-ce que le Tiers État?. Organização e introdução de Aurélio Wander Bastos, tradução Norma Azevedo, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.
- SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Locke, John (Verbete). In BARRETO, V. P. (Coordenador). Dicionário de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: Unisinos, 2006.

A FIXAÇÃO DA CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA COMO PARÂMETRO MÁXIMO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UMA ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA DO ACORDÃO MELLONI

Fernanda Barreto Alves¹ e Rafael Meireles Saldanha²

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho será analisar a recente decisão do Tribunal de Justiça Europeu no Acórdão Melloni³ e a fixação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia como parâmetro máximo de proteção dos direitos fundamentais e a evolução da interpretação dos princípios que regem a integração da União Europeia.

¹ Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO (2010). Mestre em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO (2011). Atualmente, é doutoranda em Relações Internacionais e ministra a disciplina de Genocídio e Política Internacional na mesma universidade. Possui interesse nas áreas de conflitos contemporâneos, relações de gênero, justiça transicional e políticas de memorialização. Bolsista CAPES. E-mail: nanda-alves@hotmail.com

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO (2009). Especialista em Segurança Pública, Cultura e Cidadania pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ (2011). Mestre em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO (2014). Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais na Universidade de Coimbra – UC. Bolsista CAPES. E-mail: saldanha.rafael@hotmail.com.

³ Acórdão Melloni, de 26 de fevereiro de 2013, Processo C-399/11, Colet. 2013.

Buscar-se-á inicialmente avaliar o princípio da identidade nacional dos Estados-Membros enquadrada no art. 4º, nº 2 do Tratado da União Europeia e a é a tarefa de compatibilizar o Direito Comunitário Europeu e o Direito Interno dos Estados-Membros, sobretudo em relação às respectivas ordens constitucionais.

Em seguida, pretende-se estudar o desenvolvimento da interpretação do Tribunal de Justiça sobre os princípios que regem a integração da União Europeia. Observar-se-á a chave para a interpretação do conceito de identidade nacional sem que seja ultrapassada a competência do Tribunal de Justiça e a aplicação em conformidade com os princípios do primado do direito da União Europeia, da autolimitação, cooperação leal, proibição a discriminação motivada pela nacionalidade dos indivíduos, princípio da aplicação direta, o princípio da subsidiariedade e da proporcionalidade.

Procurar-se-á fazer uma análise do princípio da coerência (vertical) dos sistemas penais nacionais e a carta de direitos fundamentais dos Estados-Membros. Além disso pretende-se analisar a Carta de Direitos da União Europeia em relação ao âmbito de aplicação, âmbito dos direitos garantidos, e ao nível de proteção.

Por fim, pretende-se estabelecer em que medida os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade foram respeitados pela decisão em tela do Tribunal de Justiça de forma a garantir uma atuação sem excessos da União Europeia sem que seja ferida a cláusula de respeito a identidade nacional dos Estados-Membros, garantindo assim a coerência dos sistemas penais nacionais.

O PRINCÍPIO DA IDENTIDADE NACIONAL DOS ESTADOS-MEMBROS

Ao tratar de direito da União Europeia é necessário aprender a conjugar a relação não hierárquica de várias ordens jurídicas e instituições e descobrir como concilia-las para um bem comum sem que as mesmas percam os valores a elas inerentes.

Inicialmente cumpre ressaltar que no atual estado de evolução do processo de integração europeia, o debate encontra-se mais focado em torno do princípio da identidade nacional do que no princípio da soberania nacional. Entretanto, a definição do que é a chamada identidade nacional

dos Estados-Membros e se o Tribunal de Justiça da União Europeia pode proceder a esta definição é um assunto complexo que merece investigação, como afirma Sophie Perez Fernandes⁴:

No estado atual de evolução do processo de integração europeia, está assente que o debate em torno da identidade nacional superou o debate em torno da soberania nacional – ou, nas palavras de JOSEPH WEILER, “(to) protect national sovereignty is passé; to protect national identity by insisting on constitutional specificity is à la mode” (2). O art. 4.º, n.º 2, do TUE, objeto central da presente reflexão, é disso elucidativo exemplo. Relewa, contudo, de verdade lapaliciana afirmar que a definição do que é a identidade de certa comunidade, nomeadamente – ou especialmente – quando organizada como Estado, é altamente complexa e requer a constante atenção e compreensão da evolução dessa comunidade, da interação dos seus elementos e da relação destes com elementos exteriores à comunidade. Mas hoje, e cada vez mais, esta reflexão em torno do que se pode reconduzir ao núcleo essencial do “eu” de cada Estado-Membro integra a ordem do dia da agenda jurídico-constitucional da União Europeia. E, para além do evidente problema da definição propriamente dita da identidade (constitucional) nacional de cada Estado-Membro, coloca o problema de saber quem procede e como proceder a tal definição. A solução não pode deixar de passar por um (ainda que ficcionado) diálogo de jurisdições que tem o Tribunal de Justiça (3) como peça fundamental.

A cláusula do respeito pela identidade constitucional nacional dos Estados-Membros encontra-se enquadrada no art. 4º, nº 2 do Tratado da União Europeia, bem como outros dois princípios, o princípio da igualdade e o respeito pelas funções essenciais do Estado:

A União respeita a igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como a respectiva identidade nacional, reflectida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles, incluindo no que se refere à autonomia local e regional. A União respeita as funções essenciais do Estado, nomeadamente as que se destinam a garantir a integridade territorial, a manter a ordem pública e a salvaguardar a segurança nacional. Em especial, a segurança nacional continua a ser da exclusiva responsabilidade de cada Estado-Membro.

⁴ FERNANDES, Shophie Perez, O tribunal de Justiça e o respeito pela identidade (constitucional) nacional dos Estados-Membros, Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho, Tomo II – Ano de 2013, pag. 138.

Importante destacar também que o nº 1 do mesmo artigo consagra o princípio da atribuição, que assegura que a União apenas exercerá as competências que lhe sejam atribuídas nos tratados, ou seja, aos Estado-Membros é incumbido a competência residual.

Por fim, o nº 3 enuncia o princípio da cooperação leal, que sustenta o processo de integração europeia, impondo uma obrigação de ajuda mútua no sentido de que sejam tomadas “todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos actos das instituições da União”.

Fernandes⁵ ressalta ainda que o art. 4º nº 2 já foi interpretado pela doutrina como atores políticos autónomos no cenário jurídico-político da União Europeia, nele estando reunidos os elementos fundamentais da União Europeia:

Nada de transcendente quando se sabe que a intenção dos pais fundadores, retomando as célebres palavras de Jean Monne, não era construir a Europa “sem os Estados e muito menos contra os Estados, que continuam a ser “os agentes insubstituíveis no compromisso constitucional europeu”. O respeito pela identidade (constitucional) dos Estados-Membros faz “parte da própria essência do projecto europeu lançado no início da década de 1950, que consiste em avançar na via da integração sem deixar de preservar a existência política dos Estados”.

Entretanto, difícil é a tarefa de compatibilizar o Direito Comunitário Europeu e o Direito Interno dos Estados-Membros, sobretudo em relação às respectivas ordens constitucionais. Para Canotilho⁶, o direito da União Europeia é uma categoria à parte do Direito internacional, é *o direito supranacional comunitário*:

(...) A comunidade Europeia constitui uma associação específica, à qual foi atribuído um poder originário supranacional, sendo uma das manifestações mais exuberantes des poder a competência normativa. Daí a importância desta nota: o ordenamento estadual abre-se a fontes de direito supranacionais, alterando-se radicalmente o monopólio estadual de criação do direito.

⁵ Ibidem, pag. 139.

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 1998.

Outrossim, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia⁷ já firmou entendimento que o Direito Comunitário Europeu não se confunde com o direito dos tratados internacionais ordinários, pois é regido mediante um ordenamento jurídico próprio, embora coeso aos ordenamentos internos dos países membros.

De outra forma, não se pode inferir que todas as normas do Direito Comunitário Europeu irão ser aplicadas indiscriminadamente aos Estados-Membros. Isto porque estas normas podem colidir com eventuais normas constitucionais internas protetoras de direitos fundamentais.

Entretanto, na recente decisão do Tribunal de Justiça no Acórdão Melloni, é firmado entendimento de que a invocação de normas natureza constitucional, ainda que sobre direitos fundamentais, não pode ser invocada por um Estado-Membro em prejuízo das normas do direito da União, por força do princípio do primado do direito da União:

“por força do princípio do primado do direito da União, que é uma característica essencial da ordem jurídica da União, a invocação, por um Estado-Membro, de disposições de direito nacional, ainda que de natureza constitucional, não pode afetar o efeito do direito da União no território deste Estado”⁸

O art. 4º, nº do TUE é relativamente recente, mas a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao respeito pela identidade nacional é, de certo, corriqueiramente analisada, se levarmos em consideração os elementos relativos a interpretação de princípios que regem a integração da União Europeia sem que seja afetada a identidade nacional dos Estados-Membros.

Dessa forma, buscar-se-á analisar a seguir o desenvolvimento da interpretação do Tribunal de Justiça sobre estes princípios, sobretudo até que ponto o princípio do primado do direito da União Europeia deve prevalecer sobre as normas de direito interno em respeito ao princípio da identidade nacional.

O desenvolvimento da interpretação do Tribunal de Justiça sobre os princípios que regem a integração da União Europeia

⁷ Essa jurisprudência se deu com a paradigmática sentença Costa e Enel em 1964. Ver: CALLEJÓN, Francisco Balaguer, e outros. Manual de Derecho Constitucional. 5ª edição. Vol. 1. 2 vols. Madri: Editorial Tecnos, 2010, p. 246.

⁸ Acórdão Melloni, de 26 de fevereiro de 2013, Processo C-399/11, Colet. 2013, não publicado, considerando 59.

Inicialmente, cumpre esclarecer que de acordo com o artigo 19º, nº 1, do TUE, o Tribunal de Justiça tem a missão de garantir o direito da União na aplicação dos Tratados:

O Tribunal de Justiça da União Europeia inclui o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral e tribunais especializados. O Tribunal de Justiça da União Europeia garante o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados.

Em conjunto com o respeito a identidade nacional dos Estados-Membros disposto no art. 4º, nº do TUE conclui-se que a finalidade do tribunal de justiça não é a interpretar o direito interno dos Estados-Membros, possuindo apenas a competência de garantir a aplicação e interpretação dos Tratados sobre a União.

Muito embora não seja a intenção do TUE que o Tribunal de Justiça interprete o direito constitucional do Estado-Membro, é importante a crítica, ressaltada por Fernandes, de que é inegável que a interpretação da cláusula do respeito da identidade nacional acaba recaindo na competência do Tribunal de Justiça e que, em última análise, é este órgão que vai exclusivamente determinar se um certo ato jurídico da União conflita com a identidade nacional de certo Estado-Membro, ou se este estado pode eximir-se da obrigação imposta pelo tratado:

Ora, muito embora o Tribunal de Justiça não tenha competência para interpretar o direito (constitucional) nacional dos Estados-Membros, é inegável que a interpretação do art. 4.º, n.º 2, do TUE, enquanto disposição de direito da União Europeia, cai no âmbito da competência do Tribunal de Justiça nos termos do art. 19.º, n.º 1, do TUE e do art. 267.º do TFUE. Nestes termos, o conceito de “identidade (constitucional) nacional” é um conceito próprio de direito da União Europeia, cujo sentido e alcance devem ser interpretados de modo autónomo e uniforme em toda a União – interpretação que, por isso, deve ser assegurada pelo Tribunal de Justiça. Mas a este não caberá determinar o que integra ou não a identidade (constitucional) nacional de certo Estado-Membro – pois isto implicaria, reiterese, uma interpretação do direito (constitucional) nacional do Estado-Membro em causa, para o que o Tribunal de Justiça não tem competência. Assim, no que toca ao conteúdo, a identidade (constitucional) nacional dos Estados-Membros será determinada em função de elementos inscritos no respetivo direito constitucional e código genético, na autocompreensão que cada Estado-Membro

concebe das especificidades que se reconduzem ao núcleo essencial do seu "eu" e que permite distingui-lo dos demais. Cabe, por sua vez, ao Tribunal de Justiça determinar as consequências que daí decorrem à luz do direito da União Europeia para efeitos do art. 4.º, n.º 2, do TUE.⁹

Portanto, a chave para a interpretação do conceito de identidade sem que seja ultrapassada a competência do Tribunal de Justiça é que esta esteja em conformidade com os outros princípios que garantem o bom funcionamento da União, como os princípios do primado do direito da União Europeia, da autolimitação, cooperação leal, proibição a discriminação motivada pela nacionalidade dos indivíduos, princípio da aplicação direta, o princípio da subsidiariedade e da proporcionalidade.

O princípio do primado do direito da União Europeia preconiza que o direito comunitário da União Europeia tem prevalência sobre o direito interno dos Países-Membros. Essa primazia resulta da jurisprudência determinada com a sentença *Costa contra ENEL*¹⁰, realizada pelo então Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, hoje chamado de Tribunal de Justiça da União Europeia.

No caso em tela, o proponente da ação argumentou que uma lei italiana sobre nacionalização de energia elétrica de 1962 chocava com disposições do Tratado de Roma, de 1957. O Tribunal de Justiça aplicou ao caso o princípio do primado do direito da União Europeia¹¹, pois considerou que as normas do Tratado de Roma não poderiam ser revogadas pela lei posterior italiana.

A decisão fundamentou-se nos princípios regentes do Direito Comunitário Europeu. A limitação de competências, ou transferências de atribuições, dos Estados-Membros para a Comunidade era uma condição necessária disposta pelo Tratado de Roma, que exige regras uniformes e válidas para todos os signatários. E também disposições do tratado sobre a autolimitação, ou transferência parcial de competência normativa dos Países-Membros para a Comunidade Europeia.

⁹ FERNANDES, Sophie Perez, Op. Cit., p. 144.

¹⁰ CALLEJÓN, Francisco Balaguer, e outros, Op. Cit., p. 246.

¹¹ Para um estudo mais aprofundado sobre o primado do direito da União Europeia sobre normas constitucionais nacionais ver: MARTINS, Patrícia Fragoço, O princípio do Primado do Direito Comunitário sobre as normas Constitucionais dos Estados-Membros. Dos Tratados ao Projeto de Constituição Europeia, 1ª edição, Estoril, Principia, 2006.

Atualmente, as disposições similares estão previstas nos art. 4º e 5º do Tratado da União Europeia (TUE) e no art. 288 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE). Observar-se que a então transferência de competências é nomeada com o princípio da atribuição:

Art. 4º

1. Nos termos do artigo 5º, as competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros.

(...) (TUE)

Art. 5º

1. A delimitação das competências da União rege-se pelo princípio da atribuição. O exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

2. Em virtude do princípio da atribuição, a União actua unicamente dentro dos limites das competências que os Estados-Membros lhe tenham atribuído nos Tratados para alcançar os objectivos fixados por estes últimos. As competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros.

(...) (TUE)

Art. 288

Para exercerem as competências da União, as instituições adoptam regulamentos, directivas, decisões, recomendações e pareceres.

O regulamento tem carácter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados-Membros.

A directiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.

A decisão é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só é obrigatória para estes.

(...) (TFUE)

Além disso, o compromisso ou princípio de cooperação leal para assegurar o cumprimento das obrigações referentes aos Tratados, refere-se ao princípio geral do Direito de deferência às normas pactuadas, *pacta sunt servanda*.

Artigo 5º

Os Estados-membros tomarão todas as medidas gerais ou especiais capazes de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes do presente Tratado ou resultantes de actos das Instituições da Comunidade.

Os Estados-membros facilitarão à Comunidade o cumprimento da sua missão.

Os Estados-membros abster-se-ão de tomar quaisquer medidas susceptíveis de pôr em perigo a realização dos objectivos do presente Tratado. (disposições do Tratado de Roma).

O Tratado da União Europeia possui várias disposições equivalentes, com destaque para o item 3 do seu art. 3º que nomeia expressamente o princípio da cooperação leal:

Art. 3º

(...)

3. Em virtude do princípio da cooperação leal, a União e os Estados-Membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados.

Os Estados-Membros tomam todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos actos das instituições da União.

Os Estados-Membros facilitam à União o cumprimento da sua missão e abstêm-se de qualquer medida susceptível de pôr em perigo a realização dos objectivos da União. (...) (TUE)

Outro fundamento utilizado pelo Tribunal na sentença Costa contra ENEL para sustentar a interpretação do princípio do primado do direito da União Europeia sobre as leis internas foi a proibição à discriminação motivada pela nacionalidade dos indivíduos, de acordo com o art. 6º do Tratado de Roma:

Artigo 6º.

No âmbito de aplicação do presente Tratado, e sem prejuízo das suas disposições especiais, é proibida toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade. (Tratado de Roma)

Regra hoje disposta de forma equivalente no art. 18 do TFUE:

Artigo 18º

No âmbito de aplicação dos Tratados, e sem prejuízo das suas disposições especiais, é proibida toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade.

O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, podem adoptar normas destinadas a proibir essa discriminação. (TFUE)

Ressalta-se o entendimento de Gregorio Villar¹² que o respeito ao princípio da não discriminação é condição essencial para a existência da União Europeia. A cidadania da União, instituída no Tratado de Roma, foi um dos principais direitos garantidos em seu texto:

Artigo 8º

1. É instituída a cidadania da União.

É cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-membro.

2. Os cidadãos da União gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres previstos no presente Tratado (Tratado de Roma)

Observa-se, portanto, que o princípio da não discriminação representa um princípio adicional ao princípio do primado do direito da União que tem como objetivo garantir sua eficácia. A jurisprudência constituída a partir do caso Costa contra ENEL apoiada nos fundamentos acima apresentados foi reiterada diversas vezes pelo Tribunal de Justiça, estando atualmente positivada por meio do art. 288 do TFUE e na Declaração n° 17 apensada ao Tratado de Lisboa:

Art. 288.

Para exercerem as competências da União, as instituições adoptam regulamentos, directivas, decisões, recomendações e pareceres.

O regulamento tem carácter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados-Membros.

¹² VILLAR, Gregório Cámara. "Union Europea y Derechos Fundamentales." In: Manual de Derecho Constitucional, por F. Balaguer CALLEJÓN. Madri: Editorial Tecnos, 2013.

A directiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.

A decisão é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só é obrigatória para estes.

(...) (TFUE)

17. Declaração sobre o primado do direito comunitário

A Conferência lembra que, em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, os Tratados e o direito adoptado pela União com base nos Tratados primam sobre o direito dos Estados-Membros, nas condições estabelecidas pela referida jurisprudência. (Anexo ao Tratado de Lisboa)

Outros princípios relevantes, previstos no TUE e no TFUE, são o princípio da aplicação direta, o princípio da subsidiariedade e da proporcionalidade.

O princípio da aplicação direta tem como objetivo reforçar o primado do Direito Europeu sobre o direito interno dos Países-Membros, que afasta a necessidade de um procedimento formal de internalização da norma da União Europeia¹³.

O princípio da proporcionalidade constitui um verdadeiro freio limitador na produção normativa da União, restringindo-a nos campos que não sejam de sua competência exclusiva, de forma que seja possível respeitar a autonomia dos Estados-Membros, estabelecendo limites à atribuição de competências. Este princípio encontra-se no artigo 5º, nº 3 da TUE:

Artigo 5o (...)

3. Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido

¹³ O Tribunal de Justiça estabeleceu no acórdão Van Gend en Loos o princípio do efeito direto. Entretanto, estabeleceu como condição que as obrigações devem ser precisas, claras, incondicionais e não devem requerer medidas complementares, de carácter nacional ou europeu. No acórdão Becker (acórdão de 19 de Janeiro de 1982), o Tribunal de Justiça rejeita o efeito direto quando os Estados possuem uma margem de manobra em relação à aplicação da disposição em causa (acórdão de 12 de Dezembro de 1990, Kaefer e Procacci), por mais reduzida que possa ser essa margem, conforme: SARMIENTO, Daniel, Poder Judicial e Integración Europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión, Madrid, Civitas Ediciones, 2004.

às dimensões ou aos efeitos da acção considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União.

Nessa mesma esteira, outro critério para atuação da União é o princípio da proporcionalidade. Este determina que a União só deve exercer o necessário para alcançar os objetivos nos tratados. Observa-se este princípio no art.º 5, n.º 4:

Artigo 5o (...)

4. Em virtude do princípio da proporcionalidade, o conteúdo e a forma da acção da União não devem exceder o necessário para alcançar os objectivos dos Tratados.

Conclui-se, por meio desse exame, que o princípio do primado de Direito da União, em conjunto com os demais princípios que garantem sua eficácia – atribuição, cooperação leal e não discriminação – foram acolhidos pelo direito positivo, objetivando a harmonização entre o direito comum e os ordenamentos internos.

Além disso, é possível identificar que a inclusão dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade demonstra a intenção do Tratado em proporcionar uma atuação da União de forma a intervir o mínimo possível sobre os destinatários de suas normas, bem como sobre os ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros. Objetiva-se com isso reduzir a possibilidade de entrechoque das normas comunitárias com os ordenamentos jurídicos internos, diminuindo assim as eventuais tensões entre eles.

Entretanto, quando se trata de mandamentos políticos-criminais, como o ocorrido no Acórdão Melloni, além da deferência dos princípios analisados, deve-se observar também o princípio da coerência, que impõe que as intervenções das União Europeia respeitem a coerência vertical dos sistemas penais nacionais.

O PRINCÍPIO DA COERÊNCIA (VERTICAL) DOS SISTEMAS PENAIS NACIONAIS E A CARTA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS ESTADOS-MEMBROS.

Pedro Caeiro define que a coerência vertical está implícita no conceito de sistema, sendo a função de um sistema penal garantir a máxima

proteção dos bens jurídicos relevantes por um sacrifício mínimo dos direitos fundamentais:

A característica particular das coisas coerentes é serem formadas por partes e elementos que reciprocamente se co-determinam nas suas funções. O bom desempenho do todo depende da precisão dessa co-relação. O mesmo acontece com os sistemas. Pode dizer-se que a coerência está implícita no conceito de sistema e, em princípio, a adequação do output produzido estará na razão directa do grau de coerência do sistema. De certa forma, um sistema incoerente é um paradoxo. Se olharmos agora mais atentamente para o nosso tema, a função específica de um sistema penal – em sentido amplo – é conseguir a máxima protecção possível dos bens jurídicos mais importantes através do mínimo sacrifício possível dos direitos fundamentais. Assim, os seus elementos (princípios, regras e normas) devem estar dispostos de uma forma que permita ao sistema funcionar adequadamente e cumprir o seu programa¹⁴.

Em relação a situação dos Estados-membros dentro da União Europeia, segue o referido autor argumentando que a inter-relação entre o direito nacional, que inclui o direito penal, e o direito europeu é singular, pois enquanto um modelo de direito penal tradicional é limitado apenas por alguns deveres que emergem do direito internacional, o direito europeu geral pode modificar o direito penal dos Estados-Membros ainda que de forma indireta, limitando o âmbito das incriminações e das sanções, mesmo onde a União não possui competência penal específica:

O surgimento de contradições entre elementos do sistema é normal e comum. Porém, quando tal ocorre, a coerência é assegurada pelos mecanismos que permitem ao titular do sistema (normalmente, o Estado) avaliar e substituir, através de novas leis, ou simplesmente desaplicar, através de decisões judiciais, as partes defeituosas. Podemos resumir tais mecanismos em duas expressões: feed-back e competência para agir. Assim, a incoerência de um sistema é sempre temporária, porque o titular dispõe dos meios para eliminá-la.

Neste sentido, a incoerência genuína só pode ser causada por uma intervenção heterónoma.

A coerência inerente aos sistemas penais que acabei de caracterizar

¹⁴ CAEIRO, Pedro. A coerência dos sistemas penais nacionais em face do Direito Europeu. In SOUSA, Constança Urbano de (coord.) - O espaço de liberdade, segurança e justiça da UE: desenvolvimentos recentes= The EU area of freedom, security and justice: recent developments. Lisboa: Edial, 2014, p. 243.

supõe um modelo de direito penal tradicional, compreendido como sistema estanque onde o titular goza de autonomia e autarquia, limitado apenas por alguns deveres que emergem do direito internacional. A situação dos Estados-Membros dentro da UE é obviamente diferente, porque a inter-relação entre o direito nacional (incluindo o direito penal) e o direito europeu faz parte da fisiologia de ambas. Desde o célebre Acórdão SAIL, de 19725, que se sabe que

o direito europeu geral pode modificar o direito penal dos Estados Membros, ainda que de forma indirecta, limitando o âmbito das incriminações e das sanções, mesmo ali onde a UE não goza de uma competência penal específica.

Isso decorre principalmente porque o direito nacional e o direito europeu atuam de forma concorrente. A incoerência pode surgir justamente dessa organização entre estes dois ordenamentos. Segue o professor ressaltando que “a incoerência é mais grave quando o elemento europeu não se coaduna com certos aspectos fundamentais do ordenamento nacional – nomeadamente, embora não exclusivamente, com os princípios constitucionais em matéria penal.”¹⁵

Como analisado ao longo deste artigo, o Tribunal de Justiça vem reiteradamente afirmando, desde o Acórdão Costa contra ENEL, a possibilidade da prevalência de normas do direito europeu sobre normas de direito interno (princípio do primado do direito europeu), mesmo em normas de caráter constitucional.

Entretanto, no recente Acórdão Melloni, o Tribunal de Justiça firmou o paradigmático entendimento de que um Estado-Membro não pode aplicar normas da sua própria Constituição, mesmo quando garantem níveis mais elevados de proteção dos direitos fundamentais do que previstos na Carta dos direitos Fundamentais da União Europeia, quando houver algum prejuízo para a eficácia do direito europeu.

O caso versa sobre Stefano Melloni, que era procurado pelos tribunais italianos para cumprimento de uma pena em que foi condenado à revelia. Embora tenha sido detido na Espanha, opôs-se à sua entrega devido ao sistema jurídico italiano não prever a possibilidade de impugnar sentença transitada em julgado, e isto violaria o direito a um processo justo e equitativo

¹⁵ Ibidem, p. 244.

previsto no artigo 24º da constituição espanhola. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça foi provocado a se pronunciar se a aplicação da norma constitucional espanhola estava em consonância com o disposto na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia em seu artigo 53º que preconizava que nenhuma disposição da Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos pelo direito da União pelas Constituições dos Estados-Membros.

Cumprе ressaltar que a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia foi elaborada em 7 de dezembro de 2000 e possui aplicabilidade quando as questões relativas aos direitos fundamentais implicarem a intervenção da legislação do direito europeu.¹⁶

A convocação de uma convenção com o intuito de aprovar uma carta de direitos fundamentais para a União Europeia teve a representação de várias bases de legitimidade política, tendo se autodenominado Convenção. A carta foi politicamente aprovada pelos Estados-Membros no Conselho Europeu de Nice, e com as reformulações que foram introduzidas em 2007, possui atualmente o mesmo valor jurídico que os tratados.

Pode-se inferir, portanto, que um dos objetivos da Convenção é conferir à carta um caráter vinculativo ao atribuí-la o mesmo valor jurídico que os tratados positivando sua inserção no artigo 6º da TUE:

A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados.

O âmbito de aplicação da carta foi limitado por seu próprio artigo 51 que dispõe:

Artigo 51

Âmbito de aplicação

1. As disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições e órgãos da União, na observância do princípio da

¹⁶ Para uma análise mais profunda do surgimento da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia ver: SIQUEIRA, Flávia Pollyana Dias. A carta dos direitos fundamentais da União Europeia. In: XIMENES, Júlia Maurmann; CALAHORRO, Augusto Aguilar. (Org.). Direito Constitucional Europeu. 1ed.: , 2014, v. , p. 29-41.

subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências.

2. A presente Carta não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a Comunidade ou para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas nos Tratados.

Percebe-se que os destinatários da Carta são as próprias instituições da União, na medida em que estes não se encontram vinculados pelas legislações nacionais em sede de direitos fundamentais. Em relação ao âmbito dos direitos garantidos, a referida Carta prossegue não obstante que a União possa garantir uma proteção ainda mais ampla:

Artigo 52.

O âmbito dos direitos garantidos

1. Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros.

2. Os direitos reconhecidos pela presente Carta, que se baseiem nos Tratados comunitários ou no Tratado da União Europeia, são exercidos de acordo com as condições e limites por estes definidos.

3. Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção europeia para a proteção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa convenção, a não ser que a presente Carta garanta uma proteção mais extensa ou mais ampla. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma proteção mais ampla.

Ressalta-se, por fim, o artigo 53 da Carta que determina justamente que nenhuma disposição da Carta deverá ser interpretada para restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos tanto pelo direito europeu quanto pelas Constituições dos Estados-Membros:

Artigo 53.

O Nível de proteção.

Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as convenções internacionais em que são partes a União, a Comunidade ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção europeia para a proteção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros.

Em nosso entendimento, pode-se concluir com a leitura destes artigos que o objetivo da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia não era aplicabilidade pelos Estados-Membros, e sim assegurar que as instituições europeias respeitassem os direitos fundamentais da mesma forma que as instituições nacionais respeitavam no plano nacional. A finalidade era completar os direitos fundamentais nacionais, e não substituí-los.

O Acórdão Melloni traduz o entendimento do Tribunal de Justiça de que quando um ato do direito da União exige medidas nacionais de execução, as autoridades e os órgãos jurisdicionais nacionais podem aplicar os padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais desde que essa aplicação não comprometa o primado, a unidade e a efetividade do direito da União:

É certo que o artigo 53.º da Carta confirma que, quando um ato do direito da União exige medidas nacionais de execução, as autoridades e os órgãos jurisdicionais nacionais podem aplicar os padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais, desde que essa aplicação não comprometa o nível de proteção previsto pela Carta, conforme interpretada pelo Tribunal de Justiça, nem o primado, a unidade e a efetividade do direito da União.¹⁷

Caeiro¹⁸ ressalta que nesta concorrência de jurisdições não há uma norma ou instância que resolva estes conflitos. Cumpre esclarecer que os Estados possuem um mecanismo que pode impedir a aprovação legislativa de um dispositivo causador da incoerência denominado travão de emergência. Entretanto, em relação aplicabilidade do direito da união, já em vigência em detrimento de normas fundamentais garantidas pelas

¹⁷ Acórdão Melloni, de 26 de fevereiro de 2013, Processo C-399/11, Colet. 2013.

¹⁸ CAEIRO, Pedro. *Op. Cit.*, p. 245.

constituições nacionais, só pode ser contestada com a recusa dos Estados-Membros e a sua sujeição a termos de responsabilidade perante a União.

Entendemos que esta interpretação do Tribunal de Justiça fere a cláusula de respeito a identidade nacional dos Estados-Membros, porque substitui as normas de direitos fundamentais nacionais pela Carta de Fundamentais da União Europeia. Isto porque, quando se trata de proteção de direitos fundamentais deve-se adotar o princípio de proteção mais elevado¹⁹. Portanto, entre os vários níveis de proteção a um direito fundamental, seja este garantido pela União Europeia, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem ou pelas constituições dos Estados-Membros, deverá ser aplicado aquele que resulte o nível mais garantístico de proteção.

Dessa forma, para que seja respeitada a identidade nacional do Estados-Membros prevista no art. 4º, nº 2 do TUE, as decisões do Tribunal de Justiça devem observar a identificação das especificidades nucleares e distintivas sob pena de permitir legitimamente o não cumprimento de uma obrigação que decorra do direito da União Europeia.

Os direitos fundamentais positivados na carta constitucional de um Estado resultam de um processo histórico que traduz na formação e nos principais valores de um povo.

A percepção de certos direitos como fundamentais foi fruto da evolução da própria sociedade. Para Norberto Bobbio²⁰, estes direitos são derivados de um homem cuja natureza é circunstancial, histórica e mutável. Entretanto, o referido autor alerta sobre a importância, sobretudo, de como serão garantidos os direitos fundamentais de modo que os mesmos não sejam violados:

Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

A Teoria do Direito Natural dos séculos XVI e XVII teve grande influência

¹⁹ Para um estudo mais aprofundado sobre o princípio do nível de proteção mais elevada ver: CANOTILHO, Mariana. O princípio do nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais na União Europeia, Dissertação de Mestrado em ciências Jurídico-Políticas (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra).

²⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 17.

na origem dos direitos fundamentais, conceituando-os como direitos inalienáveis, inatos, inerentes à pessoa humana. Nos séculos XVII e XVIII, o jusnaturalismo chegou ao seu ponto culminante de desenvolvimento, atingido seu ápice no Iluminismo. Ressalta-se a contribuição da obra de John Locke, que reconheceu os direitos naturais e inalienáveis do homem com uma eficácia oponível aos que possuíam o poder²¹.

Entretanto, o Direito Natural tornou-se insuficiente, pois era necessário o reconhecimento por meio de normas jurídicas de Direito Positivo. Dessa maneira, os direitos fundamentais foram primeiramente adotados em enunciados explícitos nas declarações de direitos e posteriormente positivados, mediante sua constitucionalização.

Bobbio²² leciona que esta insuficiência do jusnaturalismo ocorre pelo fato de que somente após o reconhecimento desses direitos fundamentais por normas jurídicas positivas é que estes passam a ter força normativa:

Quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência.

No sentido moderno, pode-se entender que para que os direitos fundamentais possuam eficácia, seus textos devem possuir força coercitiva. Conclui-se que os direitos fundamentais positivados nas cartas constitucionais traduzem a identidade nacional de um Estado, e que sua aplicabilidade é impositiva, sob pena de causar incoerência.

Se por um lado o princípio da aplicação direta veio a reforçar o primado do Direito Europeu sobre o direito interno dos Estados-Membro, já que este princípio afasta a necessidade de qualquer procedimento formal de internalização da norma da União Europeia, por outro lado o TUE garantiu que outros dois princípios, a subsidiariedade e proporcionalidade, sirvam de freios eventuais aos excessos da atuação da União Europeia, justamente com o objetivo de reduzir as tensões entre os ordenamentos da União e os nacionais.

Segundo o princípio da subsidiariedade previsto no artigo 5º do TUE,

21 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 45.

22 BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.*, p.51.

a atuação da União Europeia apenas deve ocorrer quando os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros. Em nosso entendimento, o Tribunal de Justiça no Acórdão Melloni não logrou êxito em demonstrar o porquê a adoção da norma constitucional iria trazer um efetivo prejuízo aos objetivos da União. No que tange a supressão de direitos fundamentais previstos na carta constitucional de um Estado-Membro, parece ser imprescindível a necessidade de explicitar em que medida a aplicação da norma constitucional compromete o primado, a unidade e a efetividade do direito da União.

O mesmo artigo 5º do TUE prevê aplicação do princípio da proporcionalidade, que disciplina que a atuação da União não deve exceder o necessário para alcançar os objetivos dos Tratados. Paulo Bonavides ensina que, para que seja atingida a proporcionalidade, a atuação do poder público deve seguir os critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito²³. Para o referido autor, a adequação refere-se à escolha do meio certo para alcançar o objetivo colimado baseado em interesse público; a necessidade indica a escolha menos gravosa aos indivíduos destinatários da norma, entre as medidas adequadas para a obtenção do resultado desejado; e a proporcionalidade *stricto sensu* impõe que a medida tenha a intensidade ou a extensão ajustada aos propósitos perseguidos, vedando-se excessos. Também em relação ao princípio da proporcionalidade parece-nos que o Tribunal de Justiça não comprovou estes critérios.

Entendemos que, se é necessário a deferência a estes princípios para a atuação da União com o intuito de dirimir conflitos com o direito interno dos Estados-Membros, a justificação deveria ser ainda mais evidente quando se trata de direitos fundamentais previstos nas cartas constitucionais.

CONCLUSÃO

Primeiramente, cumpriu ressaltar o entendimento que o atual estado de evolução do processo de integração europeia encontra-se mais focado em torno do princípio da identidade nacional do que no princípio da soberania nacional.

É necessário analisar o princípio da identidade nacional com outros princípios que regem a integração europeia, sobretudo o princípio da

23 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

cooperação leal, que impõe uma obrigação de ajuda mútua no sentido de que sejam tomadas “todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos actos das instituições da União”²⁴.

Ainda que não seja a intenção do TUE, é irrefutável a compreensão de que a interpretação da cláusula do respeito da identidade nacional dos Estados-Membros acaba recaindo, em última análise, na competência do Tribunal de Justiça.

Concluiu-se que para a melhor interpretação da identidade nacional pelo Tribunal, esta deve estar de acordo com os outros princípios que asseguram a boa atuação da União: o do primado do direito da União Europeia, da autolimitação, cooperação leal, proibição à discriminação motivada pela nacionalidade dos indivíduos, princípio da aplicação direta, o princípio da subsidiariedade e da proporcionalidade.

Dessa forma, é possível identificar que a admissão dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade confirma a intenção do Tratado de proporcionar uma atuação da União de maneira a intervir o mínimo possível sobre os ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros.

Além disso, deve-se observar também o princípio da coerência quando se trata de mandamentos políticos-criminais, como o ocorrido no Acórdão Melloni, que impõe que as intervenções da União Europeia respeitem a coerência vertical dos sistemas penais nacionais.

Com a leitura dos artigos 51, 52 e 53 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia conclui-se que o objetivo da promulgação desta carta de direitos é assegurar que as instituições europeias respeitem os direitos fundamentais, almejando com isso completar os direitos fundamentais nacionais, não substituí-los.

Outrossim, a interpretação do Tribunal de Justiça no Acórdão Melloni, que entende que o parâmetro máximo para proteção de direitos fundamentais quando versa sobre assuntos da União é a Carta Constitucional da União Europeia fere a cláusula de respeito a identidade nacional dos Estados-Membros, porque substitui as normas de direitos fundamentais constitucionais.

²⁴ Artigo 4º, nº 3, do Tratado da União Europeia.

Ainda que se pese a importância dos princípios do primado da União Europeia e o princípio da cooperação leal, quando se trata de proteção de direitos fundamentais deve-se adotar o princípio de proteção mais elevado.

Por fim, entendemos que a decisão do Tribunal de Justiça não logrou êxito em justificar a necessidade da atuação da União no Acórdão Melloni de maneira satisfatória, de forma a respeitar os princípios da subsidiariedade e proporcionalidade. Impõe-se a essencialidade de deferência a estes princípios na atuação da União como modo de dirimir conflitos com o direito interno dos Estados-Membros.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 2004
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CAEIRO, Pedro – A coerência dos sistemas penais nacionais em face do Direito Europeu. In SOUSA, Constança Urbano de (coord.) - O espaço de liberdade, segurança e justiça da UE: desenvolvimentos recentes= The EU area of freedom, security and justice: recent developments. Lisboa: Edial, 2014, p. 241-255.
- CALLEJÓN, Francisco Balaguer, e outros. Manual de Derecho Constitucional. 5ª edição. Vol. 1. 2 vols. Madri: Editorial Tecnos, 2010.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 1998.
- CANOTILHO, Mariana. O princípio do nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais na União Europeia, Dissertação de Mestrado em ciências Jurídico-Políticas (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra).
- FERNANDES, Shophie Perez, O tribunal de Justiça e o respeito pela identidade (constitucional) nacional dos Estados-Membros, Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho, Tomo II – Ano de 2013.
- MARTINS, Patrícia Fragoso, O princípio do Primado do Direito Comunitário sobre as normas Constitucionais dos Estados-Membros. Dos Tratados ao Projeto de Constituição Europeia, 1ª edição, Estoril, Principia, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARMIENTO, Daniel, Poder Judicial e Integración Europea. La construcción de um modelo jurisdiccional para la Unión, Madrid, Civitas Ediciones, 2004.
- SIQUEIRA, Flávia Pollyana Dias. A carta dos direitos fundamentais da União Europeia. In: XIMENES, Júlia Maurmann; CALAHORRO, Augusto Aguilar. (Org.). Direito Constitucional Europeu. 1ed.: , 2014, v. , p. 29-41.
- VILLAR, Gregório Cámara. “Union Europea y Derecos Fundametales.”In: Manual de Derecho Constitucional, por F. Balaguer CALLEJÓN. Madri: Editorial Tecnos, 2013.

O CREDIT SCORING SOB O VIÉS DO COROLÁRIO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

Fernanda Vivacqua Vieira¹

Resumo: O presente artigo primou em analisar o entendimento do STJ sobre a (i) licitude da ferramenta Credit Scoring à luz do código de defesa do consumidor, sobretudo se o método respeita o direito básico de transparência e clareza da informação, corolário da Lei de Cadastro Positivo com o 43 do CDC. No primeiro momento, abordará a ordem econômica sob o viés dos princípios básicos do consumidor, depois, verificará a licitude da ferramenta frente aos ditames legais, com destaque do debate acerca do tema na audiência pública promovida pelo STJ, e por fim, os aspectos da Jurisprudência.

Palavras Chaves: Ordem Econômica. (I)licitude do Credit Scoring e seus modelos. Direito comparado. Posicionamentos institucionais. Audiência Pública do STJ. Jurisprudência.

INTRODUÇÃO

A ordem econômica, nos Estados contemporâneos democráticos e de direito, é expressão da liberdade de trabalho e da liberdade de iniciativa,

¹ Pós-Graduada em Processo Civil - Coord. Des. Alexandre Câmara pelo Curso Fórum em parceria com a Universidade Candido Mendes (2015). Certificado pela formação no Curso Regular pela Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro- FESUDEPERJ (2012). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Fluminense (2010). Aperfeiçoamento em Direito Público, em Direito Privado e em Ciências Criminais, através de vários módulos específicos e aulas isoladas pela Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro- FESUDEPERJ (2014) e pelo CERS- Complexo de Ensino Renato Saraiva (2014), em Tribunal do Júri e em Execução Penal pelo Ius Premium (2014) e em Direito Administrativo pelo CURSO FÓRUM (2013). Advogada, autora de artigos científicos e atuante em pesquisas jurídicas.

atributos estes indissociáveis da pessoa humana, que, em conjunto, conformam sua liberdade econômica.²

Tem como norte outros princípios que são: soberania nacional, propriedade privada e a sua função social, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca pelo emprego, tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte em conformidade com os ditames legais.

Sob o prisma da ordem econômica fundada na sua livre iniciativa tendo como um de seus princípios a defesa do consumidor, é que o trabalho se conduzirá, destacando-se a (i) licitude do sistema credit scoring que é justamente uma ferramenta utilizada em nosso ordenamento para concessão de crédito com base na livre iniciativa, sobretudo, criticado por representantes de órgãos de defesa do consumidor ao argumento de que tal sistema viola o direito à informação do consumidor.

Nessa linha, sem esgotar o tema, será demonstrado os debates na Audiência Pública do STJ e a jurisprudência do STJ, relatando os aspectos relevantes, com o propósito de trazer mais informações sobre o assunto.

1 ORDEM ECONÔMICA

É cediço que os temas que envolvem a discussão sobre Ordem Econômica Constitucional e Direito do consumidor são complexos, em razão de direitos humanos individuais, sociais e coletivos estarem em jogo, a começar pelo princípio da liberdade de ordem econômica de primeira dimensão.

A liberdade de ordem econômica, como a liberdade de iniciativa, a liberdade de atividade econômica são direitos humanos de primeira dimensão, liberdade está consubstanciada em nossa Carta Maior.³ A economia com o propósito de propiciar os direitos sociais também são direitos humanos, só que de segunda dimensão.⁴ O direito do consumidor

² NETO MOREIRA, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro : Forense, 2014. p.560

³ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 11. Ed. ver. E atual. São Paulo: 2013. P 352

⁴ Idem.

surgiu como direito de terceira dimensão que são direitos que se caracterizam pela sua titularidade coletiva.⁵

A complexidade do tema se torna maior quando a Constituição assegura a livre iniciativa e ao mesmo tempo trata da defesa do consumidor como norte para a ordem econômica.

Sobre a complexidade explica melhor André Ramos Tavares, senão vejamos:

“A Constituição de 1988 tratou não apenas de apontar como princípio geral à atividade estatal a proteção do consumidor (art. 5º, XXXII, e art. 48 do ADCT). A defesa do consumidor foi erigida, ainda, em princípio de toda a ordem econômica (art. 170, V)”.⁶

Em razão disso, é que se faz necessário pontuar os elementos econômicos previsto na Constituição, para logo avaliar se os instrumentos de regulação de mercado previstas em normas infraconstitucionais e se os comportamentos de agentes econômicos estão de acordo com os elementos da ordem econômica previsto na Constituição.

A Constituição de 1988 prevê a Ordem econômica fundada na liberdade de trabalho (valorização do trabalho humano) e a livre iniciativa. Explica Rafael Oliveira que, o primeiro tem como o propósito de proteger o trabalhador, ao passo que o segundo tem por finalidade proteger a liberdade para o desenvolvimento da atividade econômica sem necessitar de autorização de órgãos públicos, exceto nos casos em que a própria lei ressalva, como por exemplo, o par. ú, art. 170, CRFB/88.⁷

Assevera ainda sobre a livre-iniciativa o nobre professor assenta que:

“qualquer intervenção estatal na ordem econômica deve ser justificada a partir da proteção da dignidade da pessoa humana e da justiça social, bem como a exploração direta da atividade econômica pelo Estado somente será possível de forma subsidiária (princípio da subsidiariedade) por meio das empresas estatais e para defesa da segurança nacional ou de interesse coletivo, conforme definidos em lei (art. 173 da CRFB)”.⁸

⁵ Ob. Cit.. p. 353

⁶ Ob. Cit. P. 748.

⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2013 p.496

⁸ idem

Destarte, ao Estado, fica reservada uma participação complementar, em casos que preencham os pressupostos constitucionais (isto é, por razões de segurança nacional ou de interesse coletivo).

Perceptível é a aproximação do Direito e a da Economia que se mostrou necessário diante de mudanças históricas que refletiram na economia e no ordenamento jurídico. Sobre essa aproximação, explica com muita precisão Rogério Gesta Leal:

“a aproximação destas duas ciências se dá exatamente em face dos desafios que o mundo da vida cotidiano apresenta aos sujeitos históricos, na medida em que problemas envolvendo custos e receitas do mercado de atividade de subsistência ou mesmo de mercancia, se necessitam de tratamento matemático e econômico, também não podem dispensar cuidados para com as obrigações e negócios decorrentes da própria atividade produtiva”⁹.

Importante destacar que o maior marco dessa proximidade foi a constitucionalização da ordem econômica e financeira. Sobre o assunto expõe Walber de Moura Agra:

“A constitucionalização da ordem econômica ocorreu nas primeiras décadas do século XX, devido às demandas da classe operária, concretizando-se com a Constituição mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919. No Brasil, a primeira “Constituição econômica”, agasalhando princípios acerca dos fatores produtivos, foi a de 1934, sendo depois disciplinada por todos os textos constitucionais posteriores¹⁰. O motivo de se regulamentar a ordem econômica não é apenas tentar incluir a maioria da população nos benefícios provenientes do desenvolvimento econômico, mas ao mesmo tempo, por intermédio da interferência estatal, organizar as atividades produtivas

⁹ LEAL, Rogério Gesta. Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais : aspectos introdutórios Brasília : ENFAM, 2010.P.20 Disponível em: http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/Impactos-Economicos_site.pdf Acesso em 10 de Agosto de 2015.

¹⁰ AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. 8ªed.Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 936. Apud. Expõe Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Não se tome, entretanto, a expressão ‘Constituição econômica’ num sentido não jurídico, descritivo. Há, entre os economistas, quem o faça, usando da expressão para descrever a organização básica da economia, sua estrutura fundamental, suas leis (no sentido de relações necessárias) que regem a produção, a distribuição e o consumo, ou, mais especificamente, as leis (econômicas) que regem preços, moeda, crédito, câmbio etc. Aqui, porém, a Constituição econômica a que se faz referência é jurídica. Trata-se da Constituição juridicamente definida da economia. Mas, quanto à Constituição econômica, cumpre também distinguir entre Constituição ‘material’ e Constituição ‘formal’, tal qual se dá com referência a Constituição política” (FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de direito constitucional. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 344)

para que elas possam ser mais eficientes, evitando as crises que constantemente rondam o sistema capitalista”.¹¹

Assim, desde a Constituição de 1934 do Brasil a economia já está elencada em seu bojo, momento em que firmou a sua aderência, quanto ao modo de produção, ao sistema capitalista, modelo em que a predominância são dos grandes monopólios.

Dessa forma, necessitou-se de algumas proteções aos que se encontravam vulneráveis dentro da globalização. Daí, surgem, na Constituição de 1988, direitos humanos trazendo garantias aos vulneráveis frente à economia.

Um desses vulneráveis é o consumidor, tanto é que ao mesmo tempo que a defesa do consumidor norteia a ordem econômica na criação dos mecanismo de regulação de mercado também possui lei de proteção (que é o código defesa do consumidor).

Por isso, é correto o raciocínio de que os instrumentos reguladores da economia estejam de acordo com os direitos básicos do consumidor, sobretudo, no que toca a clareza e transparência de informações, sob pena de práticas abusivas se tornarem constante nas relações de consumo, lesando a sociedade, o que justifica-se, como destaca Walber de Moura Agra:

“a proteção jurídica de todos que adquirem mercadorias ou serviços, além de ter sido prevista como direito fundamental, foi ratificada na ordem econômica e financeira para explicitá-la como prerrogativa que deve ser respeitada nas relações produtivas”.¹²

Construindo todo esse raciocínio histórico e doutrinário, destaca-se que embora a Constituição estimule o crescimento da economia com liberdade, também é importante lembrar que a livre iniciativa da Ordem econômica tem que estar atrelado aos direitos do consumidor que são direitos de interesse coletivo sob pena de possibilidade de o Estado intervir.

Doutrinariamente, há duas possibilidades de o Estado atuar na Ordem Econômica: intervenção no domínio econômico e intervenção sobre o domínio econômico.

¹¹ Ob. Cit. p.935

¹² Ob. Cit. p. 936

A intervenção no domínio econômico consiste em o Estado atuar em relação a produção e distribuição de bens em serviços, âmbito este que está assegurado aos setores privados, mas que podem sofrer de forma subsidiária uma intervenção caso se torne necessário por motivos de segurança nacional e relevante interesse coletivo, sendo apenas essas duas ressalvas constitucionais quando trata dessa modalidade de intervenção. Tal intervenção pode ocorrer na forma de absorção, em que o Estado afasta a participação do agente privado de determinada atividade e a exerce em modo de monopólio. É possível também a intervenção no domínio econômico por participação em que o Estado intervém em regime de concorrência com os setores privados.

Já a intervenção sobre o domínio econômico refere-se à atuação estatal com a finalidade de regular determinados comportamentos dos que atuam na economia, norteando, estimulando ou até mesmo inibindo condutas. Tal intervenção pode acontecer: por direção por meio da qual estabelece normas imperativas para os agentes que atuam na ordem econômica e por indução, em que o Estado poderá fornecer incentivo e estímulo para comportamentos e condutas através de instrumentos de política econômica.

No entanto, difícil tarefa é discernir quando que um instrumento regulatório de mercado ofende ou não aos direitos básicos de um consumidor. Daí que surge a legitimidade de se debater se o credit scoring, que será conceituado e explicado mais adiante se é lícito, e sendo, se há como utilizá-lo de forma que não viole a dignidade da pessoa do consumidor.

2 CREDIT SCORING

2.1 Credit Scoring: análise à luz da doutrina

Em atenção ao crescente número de inadimplência no Brasil, com o propósito de minimizar a crise econômica importou-se do Direito norte-americano uma ferramenta regulatória de mercado chamada de Credit Scoring, que segundo especialistas, não se trata de banco de dados e sim de métodos quantitativos baseado em estatísticas para informar se aquela pessoa que está sendo analisada por esse sistema tem ou não risco de ser inadimplente.

Credit Scoring se divide em duas vertentes: o modelo de escoreamento comportamental (também conhecido e chamado de Behavioural Scoring) e o modelo de aprovações de créditos¹³. Em síntese, enquanto o foco dos modelos de aprovação de crédito é estimar a probabilidade de um novo solicitante de crédito se tornar inadimplente com a instituição em determinado tempo, os modelos de escoreamento comportamental objetivam estimar a probabilidade de inadimplência de um cliente que já possui um produto ou crédito com a própria instituição¹⁴.

Sobre o assunto, de maneira mais aprofundada, Elaine Aparecida Araújo destacou a explicação de alguns doutrinadores sobre as principais diferenças desses modelos:

“Thomas (2000) explica as diferenças entre modelos de aprovação de crédito e modelos de escoreamento comportamental. Segundo este autor, os modelos de Credit Scoring propriamente ditos são ferramentas que dão suporte à tomada de decisão sobre a concessão de crédito para novas aplicações ou novos clientes. Já os modelos Behavioural Scoring auxiliam na administração dos créditos já existentes, ou seja, aqueles clientes que já possuem uma relação creditícia com a instituição. Desta forma, enquanto o principal objetivo dos modelos de aprovação de crédito é estimar a probabilidade de um novo solicitante de crédito se tornar inadimplente com a instituição em determinado período, os modelos de escoreamento comportamental objetivam estimar a probabilidade de inadimplência de um cliente que já possui um produto ou crédito com a instituição. A principal diferença entre as duas categorias de modelos, portanto, é o fato de, nos modelos de escoreamento comportamental, a instituição, por já conhecer o cliente, possui condições de inserir características que avaliem seu comportamento em operações anteriores, o que não ocorre nos modelos de aprovação de crédito, quando o solicitante do crédito ainda não possui um histórico com a instituição e esta última não o conhece. De acordo com Thomas (2000), em relação aos modelos de aprovação de crédito, as informações adicionais inseridas nos modelos de escoreamento comportamental se referem ao histórico de compras e pagamentos do cliente com a instituição.”¹⁵

¹³ SAUNDERS, Anthony. Medindo o Risco de Crédito – Novas Abordagens para o Value at Risk e Outros Paradigmas. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2000.

¹⁴ THOMAS, L. C. A Survey of Credit and Behavioral Scoring: Forecasting Financial Risk of Lending to Consumers, International Journal of Forecasting, Edinburgh -U. K., v. 16, p.149-172, 2000.

¹⁵ ARAÚJO, Elaine Aparecida. Risco de Crédito: Desenvolvimento de modelo Credit Scoring para a gestão da

A título de exemplificação, vale assentar que ao passo que os modelos de aprovação de crédito se preocupam apenas com a concessão e o volume de crédito, os de escoragem comportamental podem ser utilizados para gerir os limites de crédito, cobrança preventiva, dentre outras estratégias de mercado.¹⁶

Em destaque, com base na doutrina comparada, destaca-se as principais vantagens:

“Altman e Narayanan (1998) e Parkinson e Ochs (1998) fazem o seguinte resumo das principais vantagens dos modelos Credit Scoring: a) Consistência: são modelos bem elaborados, que utilizam a experiência da instituição, e servem para administrar objetivamente os créditos dos clientes já existentes e dos novos solicitantes; b) Facilidade: os modelos Credit Scoring tendem a ser simples e de fácil interpretação, com instalação relativamente fácil. As metodologias utilizadas para construção de tais modelos são comuns e bem entendidas, assim como as abordagens de avaliação dos mesmos; c) Melhor organização da informação de crédito: a sistematização e organização das informações contribuem para a melhoria do processo de concessão de crédito; d) Redução de metodologia subjetiva: o uso de método quantitativo com regras claras e bem definidas contribui para a diminuição do subjetivismo na avaliação do risco de crédito; e) Maior eficiência do processo: o uso de modelos Credit Scoring na concessão de crédito direciona os esforços dos analistas, trazendo redução de tempo e maior eficiência a este processo.”¹⁷

É considerável concordar com essas vantagens quando na aplicação dessas metodologias permite o acesso do consumidor a seus dados, aos critérios de forma clara, para que em caso de seu crédito for negado, o consumidor tenha como verificar o porquê e como proceder.

No entanto, como todo sistema possui também as suas desvantagens, o Credit Scoring também não é diferente, senão vejamos:

inadimplência de uma instituição de microcrédito. Premio IPEA Caixa 2006 in Tema 3: Sistema Financeiro e Desenvolvimento Econômico. Trabalho Disponível pelo ESAF. P.8-9. Disponível em www.esaf.fazenda.gov.br/.../...3/2-lugar-tema-3-profissionais Acesso em 09 de Agosto de 2015

¹⁶ CARMONA, C. U; AMORIN NETO, A. Modelagem do Risco de Crédito: Um Estudo do Segmento de Pessoas Físicas em um Banco de Varejo. Revista Eletrônica de Administração da UFRGS - REAd. 40

³ Edição, Porto Alegre, Vol. 10, Jul/ago, 2004. Disponível em Acesso em 25 nov. 2004. Apud. ARAÚJO, Elaine Aparecida. Ob. Cit. P.9

¹⁷ ARAÚJO, Elaine Aparecida. Ob. Cit. p.9.10

“Os autores elencam também as principais desvantagens dos modelos de Credit Scoring: a) Custo de desenvolvimento: desenvolver um sistema Credit Scoring pode acarretar custos, não somente com o sistema em si, mas também com o suporte necessário para sua construção, como por exemplo, profissionais capacitados, equipamentos, coleta de informações necessárias ao desenvolvimento do modelo, dentre outros. b) Excesso de confiança nos modelos: algumas estatísticas podem superestimar a eficácia dos modelos, fazendo com que usuários, principalmente aqueles menos experientes, considerem tais modelos perfeitos, não criticando seus resultados. c) Falta de dados oportunos: se o modelo necessita de dados que não foram informados, pode haver problemas na sua utilização na instituição, gerando resultados diferentes dos esperados. Além da falta de algumas informações necessárias, faz-se necessário analisar também a qualidade e fidedignidade das informações disponíveis, uma vez que elas representam o insumo principal dos modelos de Credit Scoring; d) Interpretação equivocada dos escores: o uso inadequado do sistema devido à falta de treinamento e aprendizagem de como utilizar suas informações pode ocasionar problemas sérios à instituição; Verifica-se, portanto, que os modelos de Credit Scoring podem trazer significativos benefícios à instituição quando adequadamente desenvolvidos e utilizados. No entanto, eles também possuem limitações que precisam ser bem avaliadas antes do desenvolvimento e implementação de um modelo dessa natureza. Em relação à metodologia utilizada na construção de modelos Credit Scoring, Thomas (2000), afirma que ela era, originalmente, julgamental. Nos modelos julgamentais, as variáveis que compõem os escores e seus respectivos pesos são determinados pelos gestores de crédito da instituição, com base em critérios subjetivos(...)”¹⁸.

Com o mesmo raciocínio, assevera Andrade que a utilização desses modelos de Credit Scoring julgamentais, nos dias atuais, pelas instituições financeiras, não se pode esquecer que a maioria desses modelos são construídos a partir de técnicas de análise estatística multivariada, como análise discriminante e regressão logística, ou em modelos de inteligência artificial, como redes neurais.¹⁹

¹⁸ Idem.

¹⁹ ANDRADE, F. W. M. Desenvolvimento de Modelo de Risco de Portfólio para Carteiras de Crédito a Pessoas Físicas. 2004. 196f. Tese (Doutorado em Administração de Empresas, Área de Concentração: Controle, Finanças e Contabilidade) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2004. Apud. ARAÚJO, Elaine Aparecida. Ob. Cit. p.9.10

Feito esse aprofundamento, das vertentes, distinções, vantagens e desvantagens do Credit Scoring o trabalho passará a analisar se este modelo é lícito no Brasil, e se for, se ele está sendo utilizado à luz da dignidade da pessoa do consumidor.

2.2 Credit Scoring e direito à informação do consumidor

Como já foi observado, o credit scoring é uma ferramenta utilizada na ordem econômica para a concessão de crédito por meio de um método quantitativo para aferir o risco de inadimplência de quem está solicitando a aprovação de seu crédito. Só que essa aferição é realizada através de uma pontuação cuja fórmula não pode ser apresentada por se tratar de segredo empresarial, que é o motivo de várias discussões.

No Brasil, segundo os especialistas do assunto, a pontuação varia de acordo com o perfil, sendo um exame puramente estatístico, tendo como elementos utilizados (nome, CPF, CEP, cidade, pendências financeiras, participação societária, ações distribuídas, protestos, ressaltando os prescritos).

Todavia, não é dessa forma que os representantes de instituições e institutos que defendem direitos do consumidor encaram o tema, pois os representantes do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec), a Proteste - Associação de Consumidores, o Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon), o Ministério Público e a Defensoria Pública do Estado do Rio; defendem pela sua ilicitude por ferir princípios básicos do consumidor por falta de clareza nos métodos utilizados de pontuação apresentando como principal crítica, além de outras, a questão da transparência²⁰.

Segundo os representantes desses órgãos não há clareza de informação violando o art. 6º, III, CDC, que dispõe como direito básico do consumidor direito à informação. Isso porque, se falta informação precisa e clara, falta transparência. Tem como justificativa principal que o consumidor não tem acesso o que foi utilizado para pontuar e o peso de cada elemento utilizado, razão pela qual pugnam pela ilicitude do modelo no Brasil.

²⁰ IDEC. Notícias dos consumidores publicada em 26 de Agosto de 2015. Disponível em: <http://www.idec.org.br/em-acao/noticia-consumidor/sistema-de-score-de-credito-e-discutido-em-audiencia-publica-no-stj> Acesso em: 8 de Agosto de 2015.

Em outras palavras, o que se repudia é que não há regulação transparente sobre a forma como esses dados são tratados e a segurança envolvida nesse processo²¹.

Além da falta de transparência, há representantes que criticam a utilização de dados armazenados no cadastro positivo, demonstrando que não seriam critérios estatísticos, e sim critérios com natureza de banco de dados.

Por outro lado, os que defendem o uso do sistema destacam que todas as informações usadas para avaliação são transparentes na medida em que buscam informações públicas disponibilizadas por instituições como o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Argumentam ainda que o sistema está totalmente de acordo com o art. 43, CDC e com Lei de Cadastro Positivo.²²

Pois bem. Diante de tanta discussão e em razão de inúmeras demandas judiciais ajuizadas sobre a matéria, o Ministro Paulo Tarso Sanseverino (relator) resolveu promover uma audiência pública, com o propósito de ouvir representantes de entidades sobre o sistema.²³

3 AUDIÊNCIA PÚBLICA DO STJ: PROMOÇÃO DO DEBATE QUANTO AO ASSUNTO

O ministro Paulo de Tarso Sanseverino definiu a relação dos 21 habilitados²⁴

²¹ Idem.

²² Idem.

²³ Cf. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. Notícia. Primeira Audiência Pública do STJ debate a legalidade do sistema “credit scoring”. CNF. Notícia. Publicado em 25 de Agosto de 2014. Disponível em <http://www.cnf.org.br/noticia/-/blogs/primeira-audiencia-publica-do-stj-debate-a-legalidade-do-sistema-%E2%80%9Cscoring%E2%80%9D> Acesso no dia 11 de Agosto de 2015.

Cf. Audiência Pública do STJ: Score de Crédito. Transmitido ao vivo em 25 de ago de 2014. Youtube. Disponível em Youtube. https://www.youtube.com/watch?v=CU58J_cZ1vQ Acesso em 09 de Agosto de 2015.

²⁴ STJ. Notícias. Jusbrasil. Lista de Habilitados . 1. Flávio Pereira Lima (OAB/SP 120.111);2. Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional de Mato Grosso do Sul, representada por Leandro Amaral Provenzano (OAB/MS 13.035);3. Confederação Brasileira de Aposentados, Pensionistas e Idosos (Cobap), representada por Antônio Celso Nogueira Leiria (OAB/RS 16.944);4. Leonardo Roscoe Bessa, promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal;5. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon), representado por Bruno Miragem (OAB/RS 51.513);6. SPC/SC, representado por Rodrigo Titericz (OAB/SC 11.670);7. Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (CNDL), representado por Nival Martins da Silva Júnior (OAB/MG 66.219);8. Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Distrito Federal, representada por Fernando Martins (OAB/DF 24.144);9. Câmara de Dirigentes Lojistas de Porto Alegre (CDL/RS), representada por Fernando Smith Fabris (OAB/RS 31.021);10. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor Bancário (IBDConb), representado por Raphael Atherino dos Santos (OAB/SC 19.330);11.

a participar da Audiência Pública sobre o Sistema Scoring. O objetivo é debater a classificação que serviços de proteção ao crédito e instituições financeiras fazem de clientes para apontar seu potencial de inadimplência e a possibilidade do reconhecimento de dano moral por violação aos direitos do consumidor em razão do uso dessas informações para negar crédito. Esta será a primeira audiência pública realizada pelo STJ. Foi proposta pelo ministro Sanseverino, relator de um recurso especial que tramita sob o rito dos recursos repetitivos (artigo 543-C do Código de Processo Civil), já que em dezembro, o ministro suspendeu todos os processos no país que tratam do tema. Só no Rio Grande do Sul há 36.724 ações suspensas²⁵.

Na audiência, os representantes a favor do sistema sustentaram pela sua licitude ao argumento de que se trata de um instrumento estatístico com credibilidade e utilização global, com finalidade de ajudar os consumidores e as empresas, não havendo óbice alguma em selecionar o cliente.

A maioria que defendeu o score pugnou pelo entendimento de que o score é estatístico, isto é, a partir de uma equação gerada através de variáveis referentes aos dados como particulares e públicos ao proponente de crédito e/ou á operação de crédito, capaz de gerar uma pontuação que representa o risco de possível inadimplência.

O score, embora tenha uma fórmula nodal que não pode ser divulgada, não ofende a transparência, já que os elementos utilizados para a pontuação são elementos públicos e particulares como: nome, CPF, idade, pendências financeiras, protestos, pesquisas públicas, participação societária, salvo os dados já prescritos.

Associação Nacional de Informação e Defesa do Consumidor (Andicon), representada por Remi Molin (OAB/RS 4.521);12. Fabiano Garcia Severgini (OAB/RS 53.636);13. Associação Procopar, representada por Josafar Augusto da Silva Guimarães (OAB/PR 53.195);14. Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, representada por Josane de Almeida Heerdt;15. Banco Central do Brasil, representado por Isaac Menezes Sidney Ferreira e Aílton de Aquino Santos;16. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, representada por Larissa Davidovich e Fábio Ferreira da Cunha;17. Serasa Experian S/A, representada por Fabiano Robalinho Cavalcanti (OAB/RJ 95.237) e Vander Nagata;18. Proteste - Associação de Consumidores, representada por Maria Inês Dolci (OAB/SP 54.075);19. Federação Brasileira de Bancos (Febraban), representada por Marcos de Barros Lisboa;20. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec), representada por Walter Faiad de Moura (OAB/DF 17.390);21. Secretaria da Micro e Pequena Empresa da Presidência de República, representada por José Levi Mello do Amaral Jr. (OAB/RS 47.021). Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/131616914/definida-relacao-de-participantes-da-audiencia-publica-sobre-sistema-scoring> Acesso em 09 de Agosto de 2015

²⁵ STJ. REsp 1419697.

Nesse sentido, Marcos de Barros Lisboa, representante da Federação Brasileira de Bancos (Febraban), em um brilhante discurso conceituou o *credit score* como cálculos estatísticos realizados a partir de dados públicos ou fornecidos pelo cliente a cada pedido de crédito, destacando que tal sistema se trata de um modelo estatístico, que não cumula informações como muitos dizem e atua de acordo com a ordem econômica, que traz essa liberdade de selecionar clientes. Assevera ainda que tal mecanismo é lícito e tem finalidade regular o mercado de crédito, o tornando melhor, já que a inadimplência é um custo para sociedade. O que se busca, segundo o nobre representante, é uma boa regulação bancária através de uma modelagem (*score*), e que não há de se indagar violação a informação com o sigilo comercial da fórmula nodal empresarial²⁶.

O representante do SPC/SC, representado por Rodrigo Titericz, foi além ao afirmar que crédito não é um direito do consumidor, e sim uma conquista. Disse ainda que não há de se falar em notificação em razão da natureza do *score* não ser de armazenamento de dados, e sim método quantitativo²⁷.

Ao contrário, manifestou-se Walter Faiad de Moura (representante do IDEC), que entende o *credit scoring* que é uma ferramenta para proteção do crédito, principalmente, do crédito bancário, restou prejudicado pela sua tercerização, passando a ter uma natureza de prestação de serviço, e que certamente, tal sistema está ligado ao banco de dados. Destacou ainda que o *score* viola o princípio da transparência e clareza, que são postulados básicos do consumidor.²⁸

No mesmo prisma, a Dra. Larissa Davidovich, que representou a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, afirmou que o método adotado pelo sistema financeiro em outros países “é regulado, há transparência e o consumidor tem acesso aos dados”, tendo a possibilidade de retificá-las.²⁹ O que não ocorre no Brasil, em que o *credit scoring* é banco de dados, e por isso estaria submetido ao art. 43 seguintes do CDC; b) o instituto, de fato, fere o princípio da transparência e da informação,

²⁶ Cf. Audiência Pública do STJ: Score de Crédito. Youtube. Transmido ao vivo 25 de agosto de 2014. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=CU58J_cZ1vQ Acesso em 09 de Agosto de 2015.

²⁷ Idem

²⁸ Idem

²⁹ IDEC. Ob.Cit.

de maneira que inviabiliza o consumidor de retificar algum dado por falta de acesso aos métodos, razão pela qual pugnou pela sua ilegalidade.³⁰

O ilustre Dr. Leonardo Roscoe Bessa, promotor de justiça do Ministério Público do Distrito federal, com pertinência, abordou que para que o sistema seja válido é necessário que se tenha pressuposto em observância aos direitos básicos do consumidor através do diálogo entre a lei de cadastro positivo e código de defesa do consumidor. Argumentou que o consumidor tem o direito de saber o porquê do crédito negado para que ele possa corrigir ou pedir revisão com base na clareza e na transparência. E mais, falou que entende ser legítimo o sistema scoring desde que respeite os direitos legais e constitucionais do consumidor³¹.

Em outras palavras, o que o ilustre Dr. Leonardo Roscoe Bessa quis dizer que não há questionamento quanto à fórmula (o nodal da nota), pois, realmente, o consumidor não tem direito de saber. Todavia, o fato dele não ter direito a ter acesso a fórmula, não significa que ele não possa saber sobre os dados que foram utilizados e qual o peso de cada dado utilizado para sua pontuação, até porque com essas informações o consumidor pode buscar melhorar e se educar em sua finanças, que seria um avanço para a sociedade. Logo, para Dr. Leonardo, o credit scoring utilizado com transparência sob esses fundamentos destacados é válido, pois servirá como um instrumento de educação financeira.

4 JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE O ASSUNTO

Não obstante todas as indagações levantadas em audiência pública promovida pelo STJ, na qual todos os órgãos de proteção do consumidor argumentaram frente ao banco de dados e pugnaram por mais transparência, compreendeu que tal prática é lícita e não a caracterizou como banco de dados, razão pela qual afastou a necessidade da notificação prévia (cautela prevista no art. 43, CDC), bem como o consentimento prévio previsto no art. 4º da Lei do Cadastro Positivo, senão vejamos:

DIREITO DO CONSUMIDOR. LEGALIDADE DO SISTEMA CREDIT SCORING. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008 DO

³⁰ Audiência Pública do STJ: Score de Crédito. Youtube. Transmiitdo ao vivo 25 de agosto de 2014. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=CU58J_cZ1vQ Acesso em 09 de Agosto de 2015.

³¹ Idem

STJ). No que diz respeito ao sistema credit scoring, definiu-se que: a) é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito); b) essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo); c) na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei 12.414/2011; d) apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas; e) o desrespeito aos limites legais na utilização do sistema credit scoring, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados. REsp 1.419.697-RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 12/11/2014.³²

Como se pode observar, o ministro relator confirmou a legalidade do sistema score, mas ressaltou, no entanto, que o consumidor tem direito de conhecer os dados que serviram como base para sua pontuação, e que, além disso, deve-se respeitar as limitações temporais, de cinco anos para o cadastro negativo e de 15 anos para o histórico de crédito³³.

No mesmo sentido, consolidou o STJ em sede de recurso especial (**Resp 1.304.736**) firmando algumas ressalvas que devem ser observadas sob pena de configuração de dano moral, senão vejamos:

“O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema, segundo ficou decidido, pode acarretar a responsabilidade solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da

³² STJ, REsp 1.419.697-RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 12/11/2014. Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/sala_de_noticias/noticias/Destaques/Scoring-de-cr%C3%A... Acesso em 9 de Agosto de 2015.

³³ Idem.

fonte e do consulente, conforme o artigo 16 da Lei do Cadastro Positivo. Pode ainda gerar danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis, de acordo com o artigo 3º, parágrafo 3º, incisos I e II, da lei.³⁴

De fato, a ideia essencial dos modelos de Credit Scoring é identificar certos fatores-chave que influenciam na adimplência ou inadimplência dos clientes, permitindo a classificação dos mesmos em grupos distintos e, como consequência, a decisão sobre a aceitação ou não do crédito em análise, porém, se houver realmente transparência nos elementos utilizados e no peso desses elementos utilizados na pontuação sem utilizar as informações do banco de dados de maneira abusiva seria um avanço para a economia, uma vez que seria um estímulo ao crédito responsável, por isso a resistência por muitos pela sua utilização no país.

CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho consistiu em analisar a possibilidade de utilização do sistema credit scoring que trata-se de um meio de aferir uma probabilidade de que alguém irá, no futuro, ser inadimplente, sendo método baseado numa fórmula elaborada por um americano. Tal avaliação e prevenção do risco de inadimplência surgiu em atenção ao contexto econômico e financeiro do país nos últimos anos, mencionando modelos utilizados em outros países.

No entanto, o debate focou sobre sua (i)licitude através da discussão levantada em uma audiência pública promovida pelo STJ, demonstrando os apontamentos indagados pelos representantes de órgãos e instituições, tanto a favor, quanto contra ao sistema.

E, por fim, destacou duas recentes jurisprudência do STJ acerca do assunto que decidiu no sentido de que o sistema é válido e que não se trata de banco de dados, e sim de método estatístico, razões pelas quais afastou a necessidade de prévia notificação (art. 43, CDC), além de dispensar o consentimento do consumidor (Lei de Cadastro Positivo),

³⁴ Revista Consultor Jurídico, Texto do dia 26 de fevereiro de 2015, 11h20 STJ decide se consumidores podem pedir dados de avaliação de risco. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-fev-26/stj-decide-consumidores-podem-pedir-exibicao-dados-scoring> Acesso em 10 de Agosto de 2015.

podendo gerar danos morais caso haja excesso, ou seja, nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis, de acordo com o artigo 3º, § 3º, incisos I e II, da lei de cadastro positivo.

Portanto, agora resta esperar a desenvoltura desse sistema e como se dará na prática, por que embora o STJ tenha estabelecido alguns parâmetros como respeito aos direitos sensíveis do consumidor, é perceptível de que será algo difícil de se controlar caso o método seja utilizado de forma subjetiva sem clareza e transparência ao consumidor.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, F. W. M. Desenvolvimento de Modelo de Risco de Portfólio para Carteiras de Crédito a Pessoas Físicas. 2004. 196f. Tese (Doutorado em Administração de Empresas, Área de Concentração: Controle, Finanças e Contabilidade) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2004.

AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. 8ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2014

ARAÚJO, Elaine Aparecida. Risco de Crédito: Desenvolvimento de modelo Credit Scoring para a gestão da inadimplência de uma instituição de microcrédito. Premio IPEA Caixa 2006 in Tema 3: Sistema Financeiro e Desenvolvimento Econômico. Trabalho Disponível pelo ESAF. Disponível em www.esaf.fazenda.gov.br/.../...3/2-lugar-tema-3-profissionais Acesso em 9 de Agosto de 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 de agosto de 2015

_____. LEI Nº 12.414, DE 9 DE JUNHO DE 2011. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm Acesso em 10 de Agosto de 2015-08-10

_____. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm Acesso em 10 de agosto de 2015.

CARMONA, C. U; AMORIN NETO, A. Modelagem do Risco de Crédito: Um Estudo do Segmento de Pessoas Físicas em um Banco de Varejo. Revista Eletrônica de Administração da UFRGS - REAd. 40ª Edição, Porto Alegre, Vol. 10, Jul/ago, 2004

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de direito constitucional. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997

IDEC. Notícias dos consumidores publicada em 26 de Agosto de 2015. Disponível em: <http://www.idec.org.br/em-acao/noticia-consumidor/sistema-de-score-de-credito-e-discutido-em-audiencia-publica-no-stj> Acesso em: 8 de Agosto de 2015.

-
- LEAL, Rogério Gesta. Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais : aspectos introdutórios Brasília : ENFAM, 2010.P.20 Disponível em: http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/Impactos-Economicos_site.pdf Acesso em 10 de Agosto de 2015.
- NETO MOREIRA, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro : Forense, 2014
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2013
- Revista Consultor Jurídico. Textos de 26 de fevereiro de 2015. Proteção ao crédito. STJ decide se consumidores podem pedir dados de avaliação de risco. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-fev-26/stj-decide-consumidores-podem-pedir-exibicao-dados-scoring> Acesso em 10 de Agosto de 2015.
- SAUNDERS, Anthony. Medindo o Risco de Crédito – Novas Abordagens para o Value at Risk e Outros Paradigmas. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2000.
- STJ. Audiência Pública do STJ: Score de Crédito. Transmitido ao vivo em 25 de ago de 2014. Youtube. Disponível em Youtube.https://www.youtube.com/watch?v=CU58J_cZ1vQ Acesso em 09 de Agosto de 2015.
- STJ. Resp 1.304.736. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/131616914/definida-relacao-de-participantes-da-audiencia-publica-sobre-sistema-scoring> Acesso em 09 de Agosto de 2015
- STJ. REsp 1.419.697-RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 12/11/2014. Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/sala_de_noticias/noticias/Destaques/Scoring-de-cr%C3%A... Acesso em 9 de Agosto de 2015
- TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 11. Ed. ver. E atual. São Paulo: 2013.
- THOMAS, L. C. A Survey of Credit and Behavioral Scoring: Forecasting Financial Risk of Lending to Consumers, International Journal of Forecasting, Edinburgh -U. K, v. 16, p.149-172, 2000.

O TESTE 360° DE CONFUSÃO DE MARCAS

*Filipe Fonteles Cabral - Sócio do escritório Dannemann Siemsen e
Marcelo Mazzola – Sócio do escritório Dannemann Siemsen*

INTRODUÇÃO

Em âmbito internacional, a “possibilidade de confusão” constitui um dos requisitos para a caracterização da violação de marca.

Na análise de casos concretos, os tribunais estrangeiros costumam criar “testes” de forma a parametrizar a colidência de marcas e facilitar a interpretação e a aplicação da norma legal em casos concretos.

No cenário nacional, nossos tribunais examinam não só a semelhança das marcas e o grau de especialidade do consumidor, critérios já consagrados na doutrina, mas diversas outras circunstâncias que podem induzir ou afastar por completo a confusão das marcas sob exame.

O presente trabalho propõe um estudo sobre a jurisprudência brasileira no que concerne à “possibilidade de confusão” como um requisito para a infração de marca, bem como objetiva confrontar os precedentes com o nosso tradicional exame formal de colidência.

Como instrumento para identificar e aquilatar tais circunstâncias, muito útil seria a aplicação de um “teste de confusão de marcas”, que, por seu caráter multifacetário, poderia ser denominado *Teste 360°*.

Cabe, então, revisitarmos o tradicional exame da “possibilidade de confusão” lapidado pela doutrina brasileira na década de 1980, agora com um olhar 360°, sob as luzes das novas técnicas de competição.

OS TESTES DE CONFUSÃO NO DIREITO COMPARADO

A professora Paola Frassi aponta que o European Court of Justice fixou o seguinte modelo para exame da possibilidade de confusão entre marcas¹:

“The model begins with the statement that the protection of the mark is tied to the risk of confusion;

it continues with the statement that the risk of confusion requires an overall evaluation, which takes into consideration all pertinent factors of the case at hand;

next is the addition that this evaluation implies a certain interdependence between the factors which enter into consideration and, in particular, between the similarity of trademarks and that of designated products or services;

lastly, it explains that the perception of the trademark made by the average consumer of the product in question plays a determinantal role in the overall evaluation of the risk of confusion.

Once this premise is made, it is possible to enter the evaluation of the likelihood of confusion between products, which is an abstract one referring to the registration class, and lastly to consider the appearance of the marks in question.”

Em interessante estudo sobre a jurisprudência nos tribunais andinos, Camilo Gómez² identifica as “regras tradicionais de confusão marcária”:

“Regla 1. La confusión resulta de la impresión de conjunto despertada por las marcas;

Regla 2. Las marcas deben examinarse sucesiva y no simultáneamente;

Regla 3. Quien aprecie el parecido debe colocarse en el lugar del comprador presunto y tener en cuenta la naturaleza de los productos;

Regla 4. Deben tenerse en cuenta las semejanzas y no las diferencias que existen entre las marcas.”

¹ In “The European Court of Justice Rules on the Likelihood of Confusion Concerning Composite Trademarks: Moving Towards an Analytical Approach”, International Review of Intellectual Property and Competition Law, publicado por Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, Munich, volume 37, no. 4/2006, p. 439.

² In “Marcas: Evaluación de La Confusión, Nuevas Reglas”, Derechos Intelectuales no. 14, publicado pela ASIPI, Editorial Astrea, 2008, p. 200 a 2011.

Nos Estados Unidos da América, os tribunais regionais fixaram seus próprios critérios para a análise da confusão. Ganhou notoriedade internacional o teste denominado “Polaroid factors”, cunhado pelos juízes do Second Circuit nos autos da contenda Polaroid Corp. v. Polaroid Elects Corp:

The strength of the plaintiff’s mark;

The degree of similarity between the plaintiff’s and the defendant’s marks;

The proximity of the products or services covered by the marks;

The likelihood that the plaintiff will bridge the gap;

Evidence of actual confusion of consumers;

The defendant’s good faith in adopting the mark;

The quality of the defendant’s product or service; and

Consumer sophistication.

Como se pode notar, existe uma boa dose de semelhança entre os testes aplicados em diversas jurisdições, sendo certo que todos buscam sopesar a existência de real confusão face às circunstâncias do caso concreto.

Muito embora o teste proposto pelo Second Circuit norte-americano pareça mais detalhado que os demais, a verdade é que o tribunal europeu preferiu usar uma linguagem mais aberta, contemplando “all pertinent factors of the case at hand”, perspectiva que se encontra em linha com as determinações genéricas da Convenção da União de Paris³.

Sem dúvida que a sistematização da interpretação legal constitui uma valiosa ferramenta para os operadores do Direito na luta cotidiana contra as violações marcárias. Exceções provocadas por circunstâncias específicas sempre existirão, o que em nada macula a importância ou a utilidade dos testes.

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça já confirmou o entendimento de que, para a caracterização da violação de marca, não é suficiente que se demonstre a semelhança dos sinais e a sobreposição ou afinidade das atividades:

³ A CUP, internalizada pelo Decreto no. 1.263/94, dispõe no artigo 6, quinquies, C, 1: Para determinar se a marca é suscetível de proteção deverão ser levadas em consideração todas as circunstâncias de fato, particularmente a duração do uso da marca.

“Para impedir o registro de determinada marca é necessária a conjunção de três requisitos:

- a. imitação ou reprodução, no todo ou em parte, ou com acréscimo de marca alheia já registrada;*
- b. semelhança ou afinidade entre os produtos por ela indicados;*
- c. possibilidade de a coexistência das marcas acarretar confusão ou dúvida no consumidor (Lei 9.279/96 - Art. 124, XIX).*

Afastando o risco de confusão, é possível a coexistência harmônica das marcas.”

(3ª Turma, REsp 949.514/RJ, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU de 22.10.2007)

Os critérios para a análise da “possibilidade de confusão”, todavia, não foram esmiuçados pela corte especial.

Gama Cerqueira, o maior doutrinador nacional em matéria de propriedade industrial, lecionava que, para se determinar a possibilidade de confusão, os seguintes aspectos devem ser considerados⁴:

“Estes princípios podem resumir-se numa regra geral, que vem a ser a seguinte: a possibilidade de confusão deve ser apreciada pela impressão de conjunto deixada pelas marcas, quando examinadas sucessivamente, sem apurar as suas diferenças, levando-se em conta não só o grau de atenção do consumidor comum e as circunstâncias em que normalmente se adquire o produto, como também a sua natureza e o meio em que o seu consumo é habitual.”

Em suma, Gama Cerqueira propõe cinco parâmetros para a análise de confusão:

- a) apreciação da impressão de conjunto deixada pelas marcas, examinadas sucessivamente, sem apurar suas diferenças;*
- b) o grau de atenção do consumidor comum;*
- c) as circunstâncias em que normalmente se adquire o produto;*
- d) a natureza do produto; e*
- e) o meio em que o consumo do produto é habitual;*

⁴ In Tratado da Propriedade Industrial, 2ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982, volume 2, p. 919.

O teste proposto por Gama Cerqueira, já na década de 1980, ainda se mostra atual no que concerne à confusão no ponto de venda, em especial, a compra de um produto por outro ou a compra de uma mercadoria sob a falsa crença de que se trata de uma fonte conhecida.

Todavia, diante de mercados globalizados e técnicas de “marketing” cada vez mais sofisticadas, esses critérios podem ser insuficientes para alcançar outras formas de confusão que são igualmente nocivas ao titular da marca original, embora ocorram longe das situações triviais de confusão nas gôndolas.

OS TIPOS ESPECIAIS DE CONFUSÃO

Como casos clássicos de confusão podemos citar: a *confusão direta*, ou seja, a compra de um produto por outro; e a *confusão por associação*, configurada pela compra da mercadoria sob a falsa crença de que se trata de uma fonte conhecida.

A *confusão direta* deve ser bloqueada de plano, pois o objetivo primário da proteção marcária é a proteção do direito de escolha do consumidor e do direito do fornecedor em colher os frutos de seus investimentos. Tanto é assim que a propriedade industrial ganhou espaço como um princípio da Política Nacional das Relações de Consumo⁵.

A *associação*, por sua vez, possui características mais singelas. Significa dizer que o consumidor realizou uma conexão mental entre duas marcas, mesmo ciente de que são sinais distintos. Tal vinculação será ilícita se implicar o aproveitamento do prestígio alheio como mola propulsora da venda.

Aos tipos clássicos de confusão cabe acrescentar três outras modalidades já não tão raras no mercado: a *confusão por interesse inicial*, a *confusão reversa* e a *confusão pós-venda*.

Há *confusão por interesse inicial* entre marcas quando uma empresa usa a marca ou outros elementos da comunicação visual de terceiros para atrair a atenção do consumidor, ainda que a origem real dos seus produtos ou serviços esteja devidamente identificada no momento da compra.

⁵ Código de Defesa do Consumidor, art. 4º, inc. VI.

Nas palavras de Gilson⁶:

“Initial interest confusion is a bait-and-switch cheat, a competitor’s foot in the door at the expense of the legitimate trademark owner. When a company uses another’s trademark to capture customer’s attention and lead customers to its goods or services, that company may be liable for trademark infringement even if the consumer realizes before purchase that the product was not made by the original trademark owner. In other words, there is simply likely confusion that is dispelled before the point of sale.”

São comuns as situações de *confusão por interesse inicial* em violações de *trade dress* de estabelecimentos comerciais e em buscas na internet (*metatags* ou *links* patrocinados). O consumidor, atraído pelo *trade dress* ou pela marca que lhe é familiar, decide por concluir a compra do produto ou a contratação do serviço mesmo após descobrir que a fonte é diversa, movido pela conveniência de não continuar procurando pelo fornecedor original, e pela presunção de que a qualidade será semelhante.

A *confusão reversa* constitui o uso de uma marca idêntica ou semelhante a de um terceiro, em ramo de atividade afim, por parte de uma empresa com maior poder econômico. O utente novato, por ser mais famoso e usar sua marca em maior escala, mesmo sem tal intenção, acaba levando os consumidores a pensarem que o utente anterior copiou sua marca.

O impacto da confusão reversa é explicado por McCarthy⁷:

“In reverse confusion situation, rather than trying to profit from the senior user’s mark, the junior user saturates the market and ‘overwhelms the senior user’. ‘The result is that the senior user loses the value of the trademark, its product identity, corporate identity, control over its goodwill and reputation, and ability to move into new markets.’”

O conceito deve ser usado com parcimônia e atenção ao caso concreto. A identidade de duas marcas nem sempre levará à confusão reversa em relação ao usuário senior.

Por vezes as circunstâncias de mercado se apresentam de tal forma que

⁶ Jerome Gilson, in Gilson on Trademarks, Ed. LexisNexis, 2013, Volume 2, Capítulo 5, pág. 175.

⁷ J. Thomas McCarthy, in McCarthy on Trademarks and Unfair Competition, 4a Edição, Ed. Thomson Reuters, Volume 4, Capítulo 23, pág. 71.

não são capazes de criar uma associação entre as empresas na mente do consumidor, como será visto mais adiante. Para a ocorrência de *confusão reversa*, é necessário que haja a possibilidade de confusão entre as duas fontes.

Desafiadores são os casos de *confusão pós-venda*, isto é, quando um terceiro confunde a origem de um produto em razão da semelhança de sua aparência com a configuração ou marca de um produto famoso. Nesse caso, a confusão não se opera perante o comprador (que adquiriu a imitação de forma consciente), mas sim perante um terceiro.

Com base em nossa experiência, os casos mais comuns de *confusão pós-venda* ocorrem com marcas de posição, estampas ou *design* de produtos, em que o impacto visual do conjunto se sobrepõe à análise do sinal distintivo no detalhe. De toda forma, nada impeça que marcas tradicionais também provoquem essa ilusão.

Engana-se quem acredita que nos casos de *confusão pós-venda* não há prejuízo para o titular da marca original, pois o produto da imitação teria sido adquirido de forma intencional. Ainda que os compradores típicos do produto famoso jamais troquem o original pela imitação, fato é que aquela característica distintiva deixará de ser exclusiva e, conseqüentemente, afastará ou diminuirá o interesse dos seus consumidores, fenômeno muito comum no mercado de luxo.

McCarthy também destaca o potencial dano à reputação do titular caso a imitação seja de baixa qualidade⁸:

"In addition, downstream confusion can damage the trademark owner's reputation for quality if viewers, repurchasers or gift recipients attribute inferior attributes of the imitation to the trademark owner."

Em suma, diversos são os tipos de confusão que podem assombrar a relação concorrencial e consubstanciar a infração de direitos de marca, alcançando situações muito além da tradicional compra de "gato por lebre".

O MOMENTO DA CONFUSÃO

As cópias servis do século XX cederam lugar a técnicas sofisticadas de

⁸ ob. cit., pág. 60.

aproveitamento do prestígio alheio, que provocam ganhos ao copista (e prejuízo ao copiado) sem o desvio concreto do consumidor.

Os tipos especiais de confusão referidos no capítulo anterior só puderam emergir quando o examinador se despreendeu do conceito clássico de “confusão por associação” e passou a interpretá-lo de forma mais ampla.

Para se compreender os danos provocados por essas novas técnicas de associação e sua relação com os princípios que norteiam a propriedade industrial, devemos nos debruçar sobre o *momento da confusão*.

Como já mencionado, a *confusão por associação* de marcas constitui a compra de uma mercadoria sob a falsa crença de que a origem é uma fonte conhecida.

Não obstante, a jurisprudência também vem reconhecendo como formas de associação as situações de *confusão por interesse inicial*, *confusão reversa* e *confusão pós-venda*.

A análise jurisprudencial nos leva a crer que a evolução se deve em grande parte ao reconhecimento de que há *dano* ao sinal marcário mesmo quando a associação não se opera no ato da compra. Daí a importância de se analisar o *momento da confusão*.

Para que seja possível caracterizar a violação de marca, mormente nos casos em que ocorrem os tipos especiais de confusão, é importante que o prejudicado demonstre com clareza a forma como acredita estar sendo lesionado em seus direitos. Deverá destrinchar perante o Juízo, portanto, o *momento da confusão* e o tipo de dano provocado por tal ato.

Exemplificativamente, em situações triviais, implica dano ao titular da marca, na forma de lucro cessante e, eventualmente, dano moral, a confusão que resulta na compra de um produto por outro (confusão direta), bem como a *confusão por interesse inicial*, já que os dois casos concretizam o desvio de um consumidor com interesse real de compra. Nesses casos, a demonstração da confusão e a consequente caracterização da violação de marca não se revestem de qualquer dificuldade.

Já nos casos de *confusão por associação*, *confusão pós-venda* e *confusão reversa*, a infração provoca potencial dano à reputação da marca

e do seu titular, sendo certo que tal dano não decorre necessariamente do desvio de clientela. São situações complexas, por vezes de difícil lastro probatório, mas que não podem fugir ao crivo do Judiciário.

Nessas hipóteses, pouco efetivo é o contorcionismo para se tentar convencer o Juízo de que há *confusão direta* entre duas marcas. Se a associação (confusão em sentido lato) ocorre longe das prateleiras, será mais fácil demonstrar o prejuízo ao fundo de comércio e à própria reputação do titular anterior do que o lucro cessante, embora este também possa ocorrer de forma mediata.

No caso específico da *confusão pós-venda*, se comprovada, parece-nos evidente que há o dano à integridade material da marca por meio da diluição de sua unicidade e distintividade. Por sua vez, nas situações de *confusão reversa*, se o titular anterior conseguir demonstrar que sofre com a alcunha de aproveitador da fama alheia, poderá pleitear danos morais.

Assim, o *momento da confusão* não está necessariamente atrelado ao momento da compra, já que, como visto, o dano à marca pode ocorrer de diferentes formas e em tempo diverso, caracterizando situações que evidenciam infrações de marca. Cabe à vítima, assim, demonstrar de forma clara as peculiaridades do caso para que o seu pleito seja compreendido e atendido pelo Judiciário.

O TESTE 360º DE CONFUSÃO DE MARCAS

Após um apanhado geral das diversas lições extraídas da jurisprudência nacional nas duas últimas décadas, podemos listar sete critérios principais na apuração das circunstâncias que permeiam a análise de confusão.

As decisões fortuitas, quando analisadas em conjunto, revelam uma trilha consistente de critérios que, não surpreendentemente, coincidem em muitos aspectos com os testes consagrados em outras jurisdições.

Para fins didáticos, convencionamos chamar esse conjunto de critérios de teste 360º para avaliação da possibilidade de confusão de marcas, ou simplesmente *Teste 360º*. Os critérios são:

- a) Grau de distintividade intrínseca das marcas;
- b) Grau de semelhança das marcas;
- c) Legitimidade e fama do suposto infrator;
- d) Tempo de convivência das marcas no mercado;
- e) Espécie dos produtos em cotejo;
- f) Especialização do público alvo;
- g) Diluição.

Os autores sugerem que os critérios sejam examinados na ordem formulada acima, o que permite uma sequência lógica na avaliação global do potencial conflito.

Frise-se: nenhum desses elementos deve necessariamente se sobrepor aos demais, sendo certo que o resultado da avaliação de um critério isoladamente não confirma nem elimina a colidência das marcas sob exame.

O grau de relevância de cada item do teste só poderá ser sopesado pelo examinador diante do caso concreto, após a análise de todas as circunstâncias, ou seja, 360°.

Vejamos cada item do teste que se propõe.

a) Grau de distintividade intrínseca das marcas

Como um princípio basilar para a análise do escopo de proteção marcária, o primeiro passo na avaliação da confusão deve ser a análise do grau de distintividade intrínseca da marca.

Afinal, como pondera Gama Cerqueira⁹:

*“Se o comerciante adota marcas desse gênero, por lhe parecer útil e vantajoso indicar a qualidade essencial do produto ou a sua composição, **deve suportar, como ônus correspondente a essa vantagem, a relativa semelhança de outras marcas com as suas.**”*

Nesse sentido, taxativa é a ementa da Apelação Cível nº 83.540/RJ,

⁹ Tratado da Propriedade Industrial, vol. II, Ed. Forense, pág. 819.

do Tribunal Federal de Recursos, na qual foi relator o Ministro Miguel Jerônimo Ferrante:

“O critério de apreciação da colidência das chamadas marcas fracas, dado ao seu caráter evocativo, é menos rígido do que o empregado nas hipóteses em que a anterioridade se reveste de suficiente cunho de originalidade, elemento fundamental das marcas. A semelhança material decorrente de modificações de palavras de que se originaram as marcas em confronto não pode ser erigido em colidência para impedir o registro de uma delas, sob pena de se conferir a outra a propriedade exclusiva de uma expressão de uso vulgar, evocativa dos produtos assinalados.”

(conforme publicação no Diário de Justiça de 24.05.84, à pág. 8.159)

A propósito, vale conferir também a ementa do Recurso Especial abaixo, envolvendo as marcas ARÁBIA e AREIBIAN:

“- O registro de termo que remete a determinada localização geográfica no nome empresarial, por se referir a lugar, não confere o direito de uso exclusivo desse termo.

- É permitido o registro de marca que utiliza nome geográfico, desde que esse nome seja utilizado como sinal evocativo e que não constitua indicação de procedência ou denominação de origem.”

(REsp 989.105-PR, STJ 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08/09/2009)

Não foi outro o entendimento do TJ/RJ ao admitir a coexistência harmônica de duas empresas sob a mesma marca RIO SUMMER:

“Por outro lado, a marca RIO SUMMER designa expressões comuns, com pouca originalidade, remetendo a posição geográfica e ao clima, sendo o logotipo utilizado para a sua composição o ‘Pão de Açúcar’, símbolo da cidade do Rio de Janeiro, inapropriável como sinal inventivo. Por essas razões, a semelhança visual entre as marcas utilizadas pelas partes não impediu a sua coexistência harmônica, na realização do evento em comento.”

(Apelação Cível 0021272-33.2009.8.19.0001, TJRJ, 16ª Câmara Cível, Rel. Des. Mario Robert Mannheimer, j. 30/10/2012)

Não significa dizer, porém, que marcas sugestivas não devam receber

proteção contra sinais semelhantes, mormente se os outros critérios do Teste 360° apontarem para o risco de confusão.

A fama, por exemplo, pode alçar marcas sugestivas a uma proteção especial e ainda gerar associação na mente dos consumidores, como se denota da seguinte ementa:

“I - Apesar dos termos registrados pela autora (CHINA e IN BOX) serem de origem comum e evocativos do produto (comida chinesa em caixa), não se pode olvidar que, atualmente, junto ao público consumidor, os signos em comento, utilizados de forma conjunta, estão diretamente associados ao serviço de comida chinesa servida em caixa, oferecido primeiramente pela autora, o que traduz a ocorrência no fenômeno do secondary meaning (Teoria do Significado Secundário).

II – Através da prática de adotar o termo IN BOX em seu registro (ASIA IN BOX), procurou a parte ré se beneficiar da fama alcançada pela empresa autora, que atua há anos no mercado de alimentação, tentando, de certo modo, associar seus produtos àqueles oferecidos pela CHINA IN BOX.(...)”

(Embargos Infringentes 2008.51.01.523618-0, 1ª Seção Especializada do TRF2, j. 24/10/2013)

Como se pode notar, o grau de distintividade intrínseca da marca, assim como a eventual distintividade adquirida, são importantes elementos na equação da colidência.

b) Grau de semelhança das marcas

Seguindo uma sequência lógica, após a avaliação do grau de distintividade da marca supostamente imitada (ou reproduzida), convém realizar um exame comparativo dos sinais, a fim de se determinar seu grau de semelhança sob o aspecto gráfico, fonético e ideológico.

Aqui, novamente, recorremos às lições do Gama Cerqueira sobre o exame comparativo de marcas¹⁰:

“Do preceito se deduzem três princípios da maior importância no assunto:

1º. as marcas não devem ser confrontadas e comparadas, mas

¹⁰ Tratado da Propriedade Industrial, vol. II, Ed. Forense, pág. 919.

apreciadas sucessivamente, a fim de verificar se a impressão causada por uma recorda a impressão deixada pela outra;

2º. as marcas devem ser apreciadas, tendo-se em vista não as suas diferenças, mas as suas semelhanças;

3º. finalmente, deve-se decidir pela impressão de conjunto das marcas e não pelos seus detalhes.”

A relevância do tema é observada no voto do Min. Sidnei Beneti nos autos do Resp nº 863.975-RJ, que analisou a colidência de duas marcas com elemento nominativo idêntico (“BELA VISTA”):

“Anote-se, por oportuno, que em nenhum momento se cogitou de contrafação. Não se discute se recorrente e recorrida copiaram uma da outra a marca usada em seus produtos. A pretensão da recorrida, como visto, era obter a declaração de nulidade de uma marca sobre a qual, segundo entendia, tinha direito de uso exclusivo.

No entanto, faz-se aqui referência ao fato porque as marcas em disputa, apesar de utilizarem em sua composição elementos verbais idênticos (“BELA VISTA”), têm outros elementos (desenho, cor) que as distinguem muito bem. Nesse contexto, a par de não estar caracterizada contrafação (que, repita-se, não se discute), não se evidencia probabilidade de que se venha a induzir o consumidor a erro quanto à origem dos produtos. Os elementos distintivos da marca, bem como o fato de se tratar de produtos de classes diferentes, são suficientes para que o consumidor exerça adequadamente seu direito de compra, sem se confundir. A mera circunstância de se tratar de gêneros alimentícios não é suficiente para se presumir a confusão.”

(Voto do Ministro Relator SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 19/08/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, STJ)

Sobre o tema, cabe transcrever trecho de ementa de precedente da TRF/2 na comparação de dois logótipos formados pelo mesmo elemento nominativo “UNC”:

“II – No mérito, os exames – gráfico, visual e fonético – dos signos atestam que as marcas em litígio possuem suficiente distintividade, sem possibilidade de confusão ou aderência entre si, apesar de inscritas na mesma classe.”

(Apelação Cível 516597, 2003.51.01.512697-2, Rel. Des. Fed. Messod Azulay, j. 26/07/2011, TRF2)

Ultrapassada a segunda etapa do Teste, deve-se partir para a análise dos demais critérios circunstanciais, já que, como visto, nem mesmo a identidade total das marcas leva necessariamente à conclusão de que há possibilidade de confusão.

c) Legitimidade e fama do suposto infrator

Ao arripio da doutrina mais purista, segundo a qual o exame da colidência de marcas deve ser técnico e desconectado da análise de boafé, o histórico do suposto infrator tem sido amplamente considerado pelo Judiciário como um fator relevante na balança da confusão.

A origem da marca e, principalmente, a fama adquirida pelo suposto infrator podem ser determinantes para justificar a coexistência de suas marcas.

Diante de marcas muito famosas, o consumidor tende a conhecer a fundo o fabricante, suas linhas de produtos, canais de distribuição e até mesmo a linguagem da sua comunicação, o que, em geral, afasta a possibilidade de confusão com terceiros, mesmo em casos de marcas idênticas.

Nessa esteira, cabe citar o caso em que foi examinado o potencial conflito entre MILLER (cerveja) e MULLER FRANCO (aguardente):

“Também não vislumbro impedimento de uso da marca pela recorrida, até porque não me parece que o signo MILLER, notoriamente conhecido, possa se aproveitar das marcas da empresa recorrente, desprestigiando o seu sinal. Ao contrário, creio que a marca da recorrida pode até favorecer a recorrente com sua boa imagem no mercado.”

(REsp 1.079.344-RJ, STJ 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallottij. 21/06/2012)

Em outro julgado que merece destaque, o TRF2 reformou a sentença de primeiro grau e rejeitou os pedidos da empresa brasileira LG INFORMÁTICA para que fossem declarados nulos os registros da marca LG, de titularidade da empresa coreana LG ELETRONICS:

“De outro lado, a inarredável notoriedade das empresas rés e de

sua logomarca, constituída de uma carinha com a expressão 'LG', mundialmente conhecida, desconstroem, ao meu sentir, o receio do Magistrado de que os consumidores dos produtos das rés possam incorrer em erro de origem, associando tais produtos à empresa brasileira, sediada em Goiás, e que como visto na sentença só se tornou conhecida em 1999 no ramo de gerenciamento de recursos humanos."

(Apelação Cível 2006.51.01.520589-7, 2ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Messod Azulay Neto, j. 25/05.2010)

Na mesma linha decidiu a 6ª Câmara Cível do TJ/RJ ao analisar a possível colidência entre as marcas de vestuário RICHARD'S e RICHAS'S:

"Com efeito, a autora é empresa com grande extensão de lojas no mercado – inclusive no exterior – e explora o ramo de moda e vestuário destinado a consumidor masculino e feminino com grande poder aquisitivo.

A ré é sociedade empresária de porte nitidamente menor, porquanto possui apenas uma loja e explora o ramo de bolsas e sapatos destinados apenas ao público feminino, circunstância que é corroborada pela certidão do meirinho de fls. 157. (...)

Por isso, não é verdadeira a assertiva de que a aproximação gráfica e fonética entre as marcas teria o condão de causar confusão e dúvidas no consumidor."

(Apelação Cível nº 2009.001.48222, Rel Des. Gabriel Zefiro, j. 14.10.2009. O caso continua em trâmite no STJ - Recurso Especial nº 1.265.680/RJ).

Como se pode notar, quanto maior a fama do suposto infrator, em tese, menor a possibilidade de confusão no caso concreto, sem prejuízo, evidentemente, da análise das demais circunstâncias do caso.

d) Tempo de convivência das marcas no mercado

Trata-se de um comando direto da Convenção da União de Paris, no já citado artigo 6 *quinquies*, C, 1¹¹.

A regra unionista nada mais é do que o reconhecimento fático de que

¹¹ Para determinar se a marca é suscetível de proteção deverão ser levadas em consideração todas as circunstâncias de fato, particularmente a duração do uso da marca.

inexiste possibilidade de confusão entre os sinais. Se houvesse, os anos de convivência já teriam propiciado provas concretas de confusão real entre os sinais.

Esse fator foi pesado no já citado REsp nº 863.975-RJ (“BELA VISTA”), cuja ementa foi lavrada da seguinte forma:

“DIREITO COMERCIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. USO DE MARCA COMELEMENOS IDÊNTICOS EM PRODUTOS DE CLASSES DIFERENTES. POSSIBILIDADE. MÁ-FÉ NÃO EVIDENCIADA. IMPROVÁVEL CONFUSÃO POR PARTEDOS CONSUMIDORES.

I - Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência (Súmula STJ/106). No caso, a comprovação de fatos que evidenciarium a desídia da recorrida, que teria deixado escoar o prazo para exercer a pretensão, é inviável, segundo disposição da Súmula STJ/7.

II - O direito de exclusividade do uso da marca não deve ser exercido de modo a impedir o uso de marca semelhante deferido para produto de classe diferente, excetuados os casos de marca notória ou de alto renome, bem como os casos de evidente má-fé.

III - A simples circunstância de os produtos nos quais utilizada a marca disputada serem gêneros alimentícios não faz presumir que o consumidor venha a confundi-los e considerá-los como de mesma origem. Tratando-se de alimentos listados em itens de classes diversas, podem ser identificados com marcas semelhantes pelas diferentes pessoas jurídicas que os produzem, salvo má-fé, que não se verifica no caso.

IV - A utilização, como elemento da marca, de nome existente há muitos anos, nome aliás da fazenda onde produzida a matéria-prima empregada nos produtos que ostentam a marca, indica a boa-fé da produtora.

V - Recurso Especial provido.”

(STJ, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 19/08/2010, T3 - TERCEIRA TURMA)

O tempo de convivência também contribuiu para que o STJ convalidasse a continuidade de uso da marca “GLÓRIA” para biscoitos, não obstante o

registro para a marca idêntica “GLÓRIA” na classe de laticínios (leite em pó):

“PROPRIEDADE INDUSTRIAL. DIREITO DE MARCA. PRETENSÃO A EXCLUSIVIDADE. ARTS. 59 E 65.17, DA LEI 5772, DE 21.12.71.

O direito à exclusividade ao uso de marca, em decorrência de seu registro no INPI, é limitado à classe para a qual foi deferido, não abrangendo pois produtos outros, não similares, enquadrados em outras classes, excetuadas as hipóteses de marcas “notórias”.

*O registro da marca “GLÓRIA”, para laticínios, em geral, classe 31.10, não impede que outra firma continue utilizando idêntica marca, **aliás desde muitos e longos anos**, para biscoitos e massas alimentícias, classe 32.10.*

Recurso especial não conhecido.”

(STJ - REsp: 14367 PR 1991/0018253-2, Relator: Ministro ATHOS CARNEIRO, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 21.09.1992)

Há, ainda, reflexos processuais em relação ao tempo de uso da marca. Comprovada a convivência dos sinais no mercado local por mais de 10 anos, cabe a análise judicial de eventual prescrição do direito de ação do titular anterior.

e) Espécie dos produtos

Pouco importa se os produtos e serviços em questão se encontram na mesma classe ou em classes diferentes. Como sabemos, há classes que abrigam produtos que não possuem qualquer afinidade, assim como há inúmeras relações diretas e indiretas entre artigos de classes distintas.

Da mesma forma, não basta que o gênero seja o mesmo. A forte concorrência aliada ao perfil exigente dos consumidores levaram ao aumento exponencial do grau de especialização dos fornecedores e da personalização dos canais de distribuição.

Não são poucos os casos em que o Judiciário declarou lícita a convivência de marcas semelhantes ou até idênticas que identificam produtos do mesmo gênero.

Cabe citar, novamente, o precedente do STJ relativo à marca “BELA VISTA”, destacando o trecho da ementa que examina a suposta afinidade de produtos:

“A simples circunstância de os produtos nos quais utilizada a marca disputada serem gêneros alimentícios não faz presumir que o consumidor venha a confundí-los e considerá-los como de mesma origem. Tratando-se de alimentos listados em itens de classes diversas, podem ser identificados com marcas semelhantes pelas diferentes pessoas jurídicas que os produzem, salvo má-fé, que não se verifica no caso.”

(REsp 863.975/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Sidney Beneti, j. 19/08/2010)

Não é diferente o entendimento do TJ/RJ que emergiu do conflito BIOMETRIX vs. BIOMETRIX:

“Embora as empresas atuem no comércio de gêneros médicos, as classes são distintas, sendo certo que a ‘proteção limita-se às mercadorias para as quais é registrada e realmente utilizada’, não havendo que se falar em colidência, até porque não se trata de marca notória ou de alto renome, não se tendo apresentado indícios de má-fé.

(...)

A alegação de prejuízo, anemicamente comprovada apenas por um pedido de orçamento à autora, referente a produtos da ré, não consegue induzir confusão com respeito aos distintivos e sua finalidade, valendo ressaltar que a experiência técnica dos consumidores, neste caso, adquirentes de produtos especialíssimos, torna quase impossível equívocos significativos.

Impõe destacar que as empresas coexistem há alguns anos, só tomando conhecimento uma da outra após o fato citado – pedido de orçamento equivocado -, sendo que, em algum momento, estiveram próximas de um acordo.”

(Apelação Cível 0221546-08.2012.8.19.0001, 19ª Câmara Cível, Rel. Des. Eduardo de Azevedo Paiva, j. 26.11.2013)

Em outro julgado, o judiciário carioca confirmou o posicionamento ao apreciar o caso “AMAZONAS” VS “AMAZONLIFE”:

“Ademais, frise-se que, embora pertencentes à mesma classe (25), não há identidade em relação ao ramo de atividade que atuam, haja vista que a apelante tem seu comércio voltado à venda de solados para calçados para indústrias do ramo, enquanto a apelada

comercializa peças de vestuário e acessórios de moda para consumidores finais, como bem salientado pela sentença.”

(Apelação Cível 0148047-93.2009.8.19.0001, TJ/RJ, 18ª Câmara Cível, Rel. Des. Célia Maria Vidal Meliga Pessoa, j. 19/11/2010)

Na mesma linha, o TJ/SP não vislumbrou possibilidade de confusão entre a atividade de importação de peças automotivas pela C4 Auto Importadora e a identificação de um automóvel com a marca idêntica C4:

“O produto que as rés designam por meio da marca em discussão são veículos automotores, cujas espécies ou modelos são claramente designados por outras marcas associadas à expressão C4 (Citroen C4; C4 Pallas e C4, Lignage). (...)

A marca não diz respeito a produtos da mesma natureza, idênticos ou semelhantes a outros envolvidos na atividade da autora, mas por ela é utilizada fundamentalmente em seu nome comercial (ainda que em momento mais recente seja utilizada também para designar serviços e produtos, que não veículos automotores, vinculados à atividade social da autora) sendo evidente, por isso, a impossibilidade de qualquer confusão ou associação entre os significados que o emprego da marca C4, por cada uma das partes, produz.”

(Apelação Cível 0105293-69.2008.8.26.0004, TJ/SP, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 17.12.2013)

Complementando a análise da possibilidade de confusão em relação à espécie dos produtos, deve-se levar em conta o eventual nível de sofisticação ou especialização dos consumidores, o que será comentado na sequência.

f) Grau de atenção do público alvo

Regra há muito consagrada na doutrina, o grau de atenção do consumidor no momento da compra é critério indispensável no exame da possibilidade de confusão.

Produtos voltados a consumidores técnicos ou adquiridos por meio de processos de compra complexos (como, por exemplo, em relações “B2B”) são menos suscetíveis à confusão. Igualmente, produtos com valores de venda elevados costumam demandar ampla pesquisa e muita atenção por parte do consumidor, afastando a colidência.

Em caso emblemático envolvendo consumidores com conhecimento técnico, o TRF assim se posicionou ao analisar o conflito entre as marcas “PROFAX” e “PRO-FAX”:

“Assim, a prudência recomenda que se estude acuradamente cada caso e não se generalize e muito menos se estabeleçam critérios uniformes.

No caso em tela, os produtos em questão se destinam a consumidores específicos, dotados de conhecimento técnico, afastando a possibilidade de ser o público alvo induzido em erro.”

(Apelação Cível 40677, TRF/2, 2ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. André Fontes, voto vencedor da lavra da Des. Fed. Liliane Roriz, j. 31/01/2006)

Para os produtos de baixo custo ou destinados ao público em geral, o entendimento sobre a possibilidade de confusão caminha em sentido oposto, isto é, aumentam as chances de confusão, sem prejuízo do exame de outros elementos circunstanciais.

g) Diluição

O Teste deve ser concluído com uma das análises mais difíceis, e até mesmo polêmica, em relação à colidência de marcas.

De plano, cabe repisar que a lei não rechaça apenas a confusão direta do consumidor (compra de um produto por outro), mas também veda os atos capazes de provocar a associação entre dois signos.

Mas todo e qualquer tipo de associação entre dois sinais leva à colidência marcaria? Entendemos que não, com base em análise sistêmica da legislação nacional e dos princípios que norteiam a propriedade industrial.

Para que a associação de marcas seja considerada um ato ilícito, ao menos um dos seguintes fatores deve estar presente: a) o enriquecimento sem causa do infrator; ou b) a diluição do poder distintivo da marca por ataque à unicidade ou à reputação¹².

¹² Sobre o tema: Cabral, Filipe Fonteles, “Diluição de Marcas: uma teoria defensiva ou ofensiva?”, artigo publicado na Revista da ABPI no. 58, de maio de 2002.

A figura jurídica do enriquecimento sem causa está prevista no artigo 884 do Código Civil, que dispõe:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários

O conceito geral firmado pelo Código Civil pode ser transportado com segurança para a esfera da propriedade industrial, cuja lei foi construída sobre o pilar da repressão à concorrência desleal.

Esses dispositivos em nada afrontam os conceitos da “livre iniciativa” ou “livre concorrência” insculpidos na Constituição Federal¹³. Ao contrário, a própria Lei Maior prestigia igualmente a proteção à propriedade industrial (art. 5º, XXIX).

Objetivamente, não constitui uma conduta de “livre iniciativa” o aproveitamento da fama de terceiros para alavancar negócio próprio, salvo se autorizado. O aproveitamento da criação alheia, ato vulgarmente referido como “parasitismo”, constitui “enriquecimento sem causa” na forma da Lei Civil.

Sobre a diluição do poder distintivo de uma marca em razão da associação mental, leia-se o trecho final da já citada ementa no caso CHINA IN BOX:

“III – Ao se permitir que a marca da autora (CHINA IN BOX) conviva com a marca da ré (ASIA IN BOX), se utilizando de conceito criado pela autora de “comida chinesa em caixa”, tal permissão acaba gerando redução da distintividade do signo copiado.

IV – A proximidade dos signos CHINA IN BOX e ASIA IN BOX pode ensejar confusão mercadológica, eis que o consumidor pode imaginar que a marca ASIA IN BOX seja uma ramificação da CHINA IN BOX, com o propósito de oferecer itens diferenciados de alimentação, levando o consumidor a crer que está adquirindo aquele produto/serviço já conhecido.”

(Embargos Infringentes 2008.51.01.523618-0, 1ª Seção Especializada do TRF2, j. 24/10/2013)

Em relação à diluição do prestígio alheio e os efeitos da confusão pós-

¹³ Artigos 1º, IV, 5º, XIII e 170, IV e seu respectivo parágrafo único.

venda, vale conferir o preciso comentário da Magistrada da 6ª Vara Empresarial/RJ ao conceder liminar para suspender a comercialização do veículo chinês Lifan 320, considerado uma imitação do *design* original do BMW Mini:

“E, além dos danos que venham a ser suportados pelas autoras, tem-se, ainda, a flagrante lesão ocorrida no mercado de consumo.

Neste particular, deve ser examinado e registrado que o consumidor também se vê lesado pela conduta das rés. Isto porque, indubitavelmente, o consumidor que adquiriu o veículo MINI das autoras e pagou o valor correspondente a um automóvel da marca BMW, com o lançamento, divulgação e comercialização de automóvel praticamente idêntico pelas rés, constata que o bem de consumo adquirido sofreu a diluição da marca e as consequências resultantes de tal fato.”

(Processo 0152267-32.2012.8.19.0001, 6ª VE/TJRJ, j. 18/05/2012.)

Tal decisão foi reformada pela 7ª Câmara Cível do TJRJ com base em questões processuais (em especial, o perigo de dano reverso). Porém, a questão da confusão pós-venda gerou votos divergentes no tribunal, o que evidencia a necessidade de se incluir tal na análise no debate sobre a confusão:

“Em regra, a aquisição de um veículo automotor não ocorre por impulso, sendo precedida de ampla pesquisa de mercado, incluindo negociação de preço e acessórios, valor do seguro, valor do IPVA e etc. Ou seja, ninguém comprará um pelo outro. Isso neutraliza o risco de confusão por parte do consumidor no momento da compra. Assim, é irrelevante o fato de as pessoas confundirem os carros nas ruas, o que, aliás, acontece com tantos outros modelos em circulação, de outros fabricantes. Em maior ou menor grau, os automóveis seguem a tendência mais bem aceita pelo mercado”.

(Agravo de Instrumento 0038588-57.2012.8.19.0000, Des. Rel. Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho, j. 24/10/2012)

“Acompanhei o relator por entender não presente o perigo de dano irreversível para a antecipação, frisando que o tema deve ser visto

não apenas pelo prisma da proteção do design, como uma proteção industrial em si, mas, também, com vistas à preservação do mercado conquistado no âmbito de uma clientela com maior exigência, trazendo um maior potencial de consumo. Ou seja, com vistas a se proteger o design de uma possível vulgarização.

Logo, ao ver deste julgador, os olhos devem estar voltados não apenas para a ideia de concorrência parasitária, mas de igual forma para a perspectiva de se evitar a retirada do interesse do grupamento mercadológico a que se destina o produto, pela vulgarização deste.”

(Declaração de voto do Des. Ricardo Couto de Castro)

Em suma, ao depurar o impacto que será gerado pela utilização de sinais idênticos ou semelhantes, o examinador deve estar atento a eventuais danos ao titular anterior ou aproveitamento injustificado por parte do utente posterior, sendo certo que tais situações também configuram violação ao direito de marca.

CONCLUSÃO

Como visto, a jurisprudência nacional demonstra a tendência do Judiciário em dissecar as circunstâncias do caso a fim de detectar qualquer tipo de prejuízo potencial em razão da convivência dos sinais.

Merecem destaque as decisões que, não obstante a ausência de desvio direto de consumidor, reconheceram que a convivência dos sinais provocaria prejuízo para a reputação da marca sênior ou para seu titular, motivo suficiente para se bloquear a cópia.

Não menos importantes foram os precedentes que permitiram a coexistência de marcas idênticas em situações que não havia possibilidade de confusão ou associação, mesmo dentro de um mesmo gênero de produtos.

O Teste 360º tem por objetivo captar todos os elementos que compõem o caso, oferecendo ao examinador uma visão panorâmica para formar seu juízo de convicção, incluindo situações especiais como *confusão por interesse inicial*, *confusão reversa* e *confusão pós-venda*.

Ademais, o Teste prestigia a evolução da jurisprudência nacional, que, com o advento da Lei 9.279/96, passou a tutelar expressamente o direito do titular e do depositante de zelar pela reputação e integridade material de sua marca (artigo 130, III).

Por fim, vale lembrar que o dinamismo das relações humanas transforma a economia e até mesmo o *modus operandi* do comércio de forma contínua. Novos fatores relevantes para o exame de colidência hão de surgir. O Teste 360º é um ponto de partida, de valor empírico, para fins acadêmicos.

PODER DE POLÍCIA E FIXAÇÃO DE ASTREINTES. UMA VISÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E DO DIREITO ELEITORAL

Flávio de Araújo Willeman. Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado. Desembargador Eleitoral do TRE-RJ, biênio 2014/2016. Mestre em Direito pela Universidade Candido Mendes – UCAM-RJ. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Candido Mendes. Professor dos cursos de pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas, da Escola Superior de Advocacia Pública do Estado do Rio de Janeiro - ESAP. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro – IDAERJ. Autor dos livros: “Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras” e “Tópicos de Direito Administrativo”.

INTRODUÇÃO

O poder de polícia (ou polícia administrativa¹) está conceituado, segundo conhecimento doutrinário convencional, no artigo 78 do Código

¹ A expressão “poder de polícia” recebe críticas por parte da doutrina brasileira, merecendo destacar, por todos, os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Trata-se de designativo manifestamente infeliz. (...) Além disso, a expressão ‘poder de polícia’ traz consigo a evolução de uma época pretérita, a do ‘Estado de Polícia’, que precedeu ao Estado de Direito. Traz consigo a suposição de prerrogativas dantes existentes em prol do ‘príncipe’ e que se faz comunicar inadvertidamente ao Poder Executivo. Em suma: raciocina-se como se existisse uma ‘natural’ titularidade de poderes em prol da Administração e como se dela emanasse intrinsecamente, fruto de um abstrato ‘poder de polícia’”. In: Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 687. Sobre a necessidade de se construir um novo conceito para o poder de polícia, colha-se a lição de Juarez Freitas: “Destarte, imperioso é repensar o poder de polícia administrativa ou a limitação administrativa como o exercício de um poder-dever subordinado aos princípios superiores regentes da Administração Pública, que consiste em restringir ou limitar, de modo gratuito e sobretudo preventivo, a liberdade e a propriedade, de maneira a obter, mais positiva do que negativamente, uma ordem pública capaz de viabilizar e de universalizar a existência das liberdades.” In: Estudos de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 58.

Tributário Nacional (CTN), nos seguintes termos: “*considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos*”.

Apesar da amplitude dos termos utilizados pelo artigo 78 do CTN, a polícia administrativa apresenta-se como um poder estatal não jurisdicional de restringir, condicionar ou limitar bens, direitos e atividades em prol do interesse coletivo.

É bastante comum encontrar em doutrina o fundamento da polícia administrativa no *princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular*². Todavia, em razão da reformulação que este princípio vem sofrendo na atualidade, autores há que sustentam que a base constitucional do poder de polícia mudou: passou a ser a defesa dos *direitos fundamentais* e da *democracia*.³

Nada obstante o conceito acima delineado, não se pode olvidar que, para bem compreendê-lo, melhor estudá-lo sob dois enfoques ou sentidos: um **amplo**, em que a polícia administrativa é exercida não só pelo Poder Executivo (com a edição de atos administrativos normativos), mas, também pelo Poder Legislativo, quando impõe, por lei, restrições aos administrados (por exemplo, zoneamento urbano); e um sentido mais **restrito**, em que os condicionamentos de polícia seriam praticados apenas pelas pessoas administrativas com personalidade jurídica de direito público, por intermédio de seus agentes.

Importante salientar que não é incomum atribuir-se à polícia administrativa a característica de uma **atuação negativa** do Estado, na

² Por todos, mencione-se a doutrina de Hely Lopes Meirelles: “A razão do poder de polícia é o interesse social e o seu fundamento está na supremacia geral que o Estado exerce em seu território sobre todas as pessoas, bens e atividades, supremacia que se revela nos mandamentos constitucionais e nas normas de ordem pública, que a cada passo opõem condicionamentos e restrições aos direitos individuais em favor da coletividade, incumbindo ao Poder Público o seu policiamento administrativo.” In: *Direito Administrativo Brasileiro*. 40ª. ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros. p. 147

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, pag. 385

medida em que não traduz para a sociedade uma prestação positiva, tal como acontece, por exemplo, com o serviço público.

A polícia administrativa se expressa por fases, a saber: ordem de polícia (que expressa uma obrigação de fazer ou de não fazer), consentimento de polícia (expressa por meio de licenças, autorizações e permissões), fiscalização de polícia e sanção de polícia. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto tais fases representam o “ciclo de polícia”⁴.

No campo do **direito eleitoral** não é diferente o tratamento conferido ao poder de polícia. Segundo o artigo 41 da Lei Federal n. 9.504/97 (Lei das Eleições), com a redação que lhe conferiu a Lei Federal n. 12.034/2009, compete aos juízes eleitorais o exercício da polícia administrativa para controlar a atividade de propaganda eleitoral, o que significa dizer que esta atribuição não é tipicamente jurisdicional; consiste na atuação administrativa de condicionar o exercício deste direito constitucionalmente garantido aos candidatos nos limites estabelecidos pela legislação, tendo como consequência a legal atuação de fiscalização e de punição. Confira-se o que dispõe o citado artigo 41 e seu parágrafo primeiro:

“Art. 41. A propaganda exercida nos termos da legislação eleitoral não poderá ser objeto de multa nem cerceada sob alegação do exercício do poder de polícia ou de violação de postura municipal, casos em que se deve proceder na forma prevista no art. 40. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)”

§ 1º. O poder de polícia sobre a propaganda eleitoral será exercido pelos juízes eleitorais e pelos juízes designados pelos Tribunais Regionais Eleitorais.”

Feita a introdução, é hora de afirmar que o tema objeto deste estudo surge com a dúvida sobre a eficácia de uma ordem de polícia, fruto de uma *sanção de polícia* ou de uma *medida de polícia*, que imponha ao cidadão ou a uma pessoa jurídica obrigação de fazer ou de não fazer, isto é, se possível, para tanto, ser acompanhada da cominação de *astreintes*, assim entendidas, segundo doutrina tradicional do direito processual civil, como “a multa periódica pelo atraso no cumprimento de obrigação de fazer ou

⁴ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.444.

⁵ A diferença entre *sanção de polícia* e *medida de polícia* será esclarecida adiante.

de não fazer, incidente em processo executivo (ou na fase executiva de um processo misto), fundado em título executivo judicial ou extrajudicial, e que cumpre a função de pressionar psicologicamente o executado, para que cumpra sua prestação".⁶

Este despretenhoso estudo buscará identificar se há base no ordenamento jurídico para fixação das *astreintes* na via administrativa ou se este instituto é de utilização privativa do Poder Judiciário.

AS ASTREINTES SÃO INSTITUTO PRIVATIVO DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL?

Autores há que sustentam ser o instituto das *astreintes* de utilização privativa do Poder Judiciário, o que, por decorrência lógica, torna proibida a sua utilização por Poderes outros, sobretudo pela Administração Pública, aqui compreendida como atividade administrativa exercida no Poder Executivo ou nos demais Poderes. Em resumo, para esta corrente de entendimento, todo ato administrativo que fixar *astreintes* para garantir a execução de uma ordem de polícia é nulo, quicá inconstitucional, por violação do postulado da separação de poderes, já que o instituto seria de utilização privativa dos juízes no exercício da função jurisdicional típica. Por todos, cite-se a doutrina de **CANDIDO RANGEL DINAMARCO**⁷:

"É jurisdicional a tutela oferecida mediante a execução forçada e também jurisdicionais as próprias atividades do juiz que a comanda. O resultado institucional desse processo (satisfação do credor) constitui um modo de pacificar as pessoas envolvidas em crises de adimplemento, eliminando os conflitos pendentes entre elas - o que é inerente à função jurisdicional (...)"

No âmbito da Justiça Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro, o Tribunal Regional Eleitoral (TRE-RJ) possui precedentes que respaldam a posição doutrinária anteriormente transcrita. Destaque-se, a propósito, a ementa do acórdão proferido em 2012, quando do julgamento do Mandado de Segurança n. 267-18, que teve como Relator o Juiz Antônio Augusto Gaspar:

⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 22a ed. São Paulo: Atlas S.A. 2013, p. 278

⁷ DINAMARCO, Candido Rangel. Instituições do Direito Processual Civil. Vol. IV. São Paulo: Malheiros, p. 50 e 51.

“MANDADO DE SEGURANÇA. ARBITRAMENTO DE ASTREINTES E APLICAÇÃO DE MULTA POR ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JURISDIÇÃO EM SEDE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DE FISCALIZAÇÃO DA PROPAGANDA. IMPOSSIBILIDADE. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

1. O poder de polícia atribuído ao juiz eleitoral responsável pela fiscalização da propaganda não permite a aplicação de sanção pecuniária. O arbitramento de multa e fixação de astreintes exigem a observância ao princípio da demanda, devendo haver provocação do exercício da função jurisdicional, mediante ajuizamento de representação por propaganda eleitoral irregular, assegurando-se o exercício do contraditório e da ampla defesa.

2. A aplicação da penalidade de multa pela prática de ato atentatório à dignidade da jurisdição, prevista no artigo 14, inciso V e parágrafo único, do CPC, igualmente não cabível em sede de procedimento administrativo de fiscalização da propaganda eleitoral, ante a sua evidente natureza judicial.

3. A determinação de retirada do vídeo postado no You Tube não enseja violação a direito líquido e certo da impetrante, eis que se trata de material de autoria anônima, o que é vedado pelo artigo 5º, inciso IV, da Constituição da República. Pela concessão parcial da segurança, determinando-se a exclusão, nos autos da Petição 150-37, das astreintes e da multa aplicada com fundamento no artigo 14, inciso V e parágrafo único, do Código de Processo CIVIL.”

Entendo, porém, que a matéria merece reflexões e conclusão outras.

Para o deslinde da questão jurídica em análise é necessário fazer, de início, a distinção entre **sanção de polícia administrativa** e **medida de polícia administrativa**, para, ao depois, perquirir se o instituto das *astreintes* é de utilização **privativa** do Poder Judiciário no exercício de sua função típica ou se poderá ser utilizado no exercício da atividade administrativa de polícia, mormente à luz do **poder geral de cautela administrativo** expressamente previsto no artigo 45 da Lei de Processo Administrativo Federal e, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, no artigo 43 da Lei Estadual n. 5427/2009⁸.

Segundo **DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO**, citando **Otto Mayer**, o instituto da *sanção de polícia* pode ser compreendido da seguinte forma:

⁸ Art. 43. Em caso de perigo ou risco iminente de lesão ao interesse público ou à segurança de bens, pessoas e serviços, a Administração Pública poderá, motivadamente, adotar providências acauteladoras.

“Finalmente, falhando a fiscalização preventiva, e verificada a ocorrência de infrações às ordens de polícia, desdobra-se a fase final do ciclo aplicativo, com a sanção de polícia, que vem a ser a submissão coercitiva do infrator a medidas inibidoras (compulsivas) ou dissuasórias (suasivas) impostas pela Administração. Distingue-se, nesta fase, com Otto Mayer, a pena de polícia, que é a sanção coercitiva que se aplica uma vez consumada a infração, do constrangimento de polícia, que é sanção coercitiva aplicada contemporaneamente à infração ou na iminência de ser consumada. (...). Na atividade polícia, dá-se a atuação aplicativa de sanção externa, ou extroversa, que a Administração pode impor a todos os administrados, em geral, em oposição à sanção interna, ou introversa, que recai apenas sobre os servidores públicos. São ambas espécies do gênero sanção unilateral, imposta imperativamente pelo Poder Público, que, por sua vez, se opõe ao gênero sanção convencional, que só é aplicável quando consensualmente pactuada.”⁹

A **medida administrativa de polícia**, por sua vez, se diferencia da **sanção de polícia**. Sanção de polícia, como visto anteriormente, é penalidade aplicável **após** o devido processo legal e que tem por pressuposto a violação de uma regra (*ordem de polícia*) prevista em lei; **medidas de polícia são atos preparatórios à atuação fiscalizatória e sancionatória de polícia, com o objetivo de preservar a intangibilidade do interesse público ou de garantir a eficácia da ordem de polícia prevista em lei e materializada na decisão administrativa.**

Nas palavras de **FABIO MEDINA OSÓRIO**, as **medidas coercitivas de polícia administrativa** “*podem ser adotadas pela Administração Pública ou por outros Poderes Públicos na aplicação das leis, que não constituem sanções administrativas, embora causem sofrimento e efeitos aflitivos na esfera pessoal do agente atingido.*” Segundo o autor citado, “*as medidas coercitivas ostentam um elemento teleológico distinto, diferente daquele que caracteriza as sanções administrativas, e, portanto, não estão sujeitas aos mesmos princípios.*” E em lapidar arremate, que julgo importante para o deslinde da questão jurídica vertida neste estudo, prossegue o doutrinador dizendo que “*as chamadas medidas preventivas podem ser compreendidas nesse âmbito. Tais medidas são adotadas antes de se produzir determinados*

⁹ Curso de Direito Administrativo. Ob. cit., p. 391.

perigos. O objetivo é, justamente, evitar a ocorrência de determinados fatos, impedir que se consume uma violação da ordem jurídica.”¹⁰ Grifei.

Pois bem. Fixadas estas premissas, não tenho dúvidas, respeitadas as opiniões em sentido contrário, de que **as astreintes podem ser fixadas em decisões administrativas no exercício do poder de polícia**, desde que motivadas e que tenham previsão legal, ainda que genérica, isto porque se inserem no instituto das medidas coercitivas de polícia administrativa. Visam a prestigiar a *eficácia* de um comando normativo editado para preservar o interesse público, sem o qual se esvairia com a produção de efeitos do ato, tornando a futura sanção de polícia inócua, já que não atingida a finalidade da norma.

A propósito, as *astreintes* não são medida de utilização exclusiva e privativa do Poder Judiciário. Elas surgiram para aplicação de juízes como forma de garantia da efetividade de provimentos jurisdicionais, mas não há no ordenamento jurídico vedação a que sejam utilizadas por todos os demais Poderes no exercício da atividade administrativa de polícia, inclusive pelo Poder Judiciário quando do exercício atípico desta função constitucional.

Evidente que as *astreintes* não terão o *atributo da autoexecutoriedade*¹¹, inerente a maioria das manifestações do poder de polícia da Administração Pública, como também não a detém a sanção pecuniária de polícia (multa). Mas a mitigação deste atributo não lhes torna ilegal; apenas impede que a autoridade administrativa a execute sem a interveniência do Poder Judiciário, vez que exige que a exação se faça mediante executivo fiscal.

Por outro lado, a fixação das *astreintes* como medida coercitiva de polícia administrativa deve ser admitida como exercício do *atributo da coercitividade*¹² (também atinente ao poder de polícia), bem assim como

¹⁰ Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, pag. 96/101

¹¹ Para José dos Santos Carvalho Filho: “A prerrogativa de praticar atos e colocá-los em imediata execução, sem dependência à manifestação judicial, é que representa a autoexecutoriedade. Tanto é autoexecutória a restrição imposta em caráter geral, como a que se restringe diretamente ao indivíduo, quando, por exemplo, comete transgressões administrativas. É o caso da apreensão de bens, interdição de estabelecimentos e destruição de alimentos nocivos ao consumo público. Verificada a presença dos pressupostos legais do ato, a Administração pratica-o imediatamente e o executa de forma integral. Esse o sentido da autoexecutoriedade”. In : Manual de Direito Administrativo. 27a. Ed: São Paulo: Atlas S.A., 2014, p. 89.

¹² Conforme lição de José dos Santos Carvalho Filho: “Essa característica [coercibilidade] estampa o grau de imperatividade de que se revestem os atos de polícia. A Polícia Administrativa, como é natural, não pode curvar-se ao interesse dos administrados de prestar ou não obediência às imposições. Se a atividade corresponder a um poder, decorrente do ius imperii estatal, há de ser desempenhada de forma a obrigar todos a observarem os seus comandos”. Ob. cit., p.91.

instrumento indispensável à **efetividade**¹³ da ordem de polícia estabelecida não só na lei, mas também na decisão administrativa que imponha um fazer ou um não fazer ao cidadão. Em juízo de proporcionalidade/razoabilidade, é o meio adequado e eficaz ao atingimento do fim estabelecido pela norma legal.

*As astreintes podem e devem ser inseridas como “medidas de polícia com grau de eficácia máximo”, definidas por MARÇAL JUSTEN FILHO como a capacidade de a Administração Pública “promover medidas concretas e materiais necessárias à satisfação das determinações impostas”, sustentando ser possível e legal que “o ato administrativo já nasça com esse grau de eficácia máximo, em vista da urgência ou gravidade da situação a ser atendida”.*¹⁴

Com efeito, é indispensável informar que possibilidade de aplicação de multas coercitivas no processo administrativo, denominadas *astreintes*, encontra amparo em diversos diplomas legais brasileiros. Cumpre destacar, neste sentido, que a redação do artigo 11 da Lei 12.529/2011 (Lei do CADE), seguindo o que anteriormente previa o revogado artigo 9º, inciso IV da Lei nº 8.884/94, quando estabelece ser da competência do Presidente do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica a adoção de medidas preventivas, fixando o valor da multa diária pelo seu descumprimento. Confira-se:

“Art. 11. Compete aos Conselheiros do Tribunal:

IV - adotar medidas preventivas, fixando o valor da multa diária pelo seu descumprimento;”

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) também tem competência para impor a aplicação de multa em caso de descumprimento de suas decisões, conforme previsão dos artigos 9º, II e 11, §11, da Lei 6.385/76. Confira-se:

“Art 9º A Comissão de Valores Mobiliários, observado o disposto no

¹³ Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “a efetividade é atributo do ato administrativo, tanto quanto o é de todo ato jurídico, no sentido amplo, pois é evidente que qualquer ação, ainda que não referenciada ao Direito, pressupõe o alcance de resultados práticos. Sua referência, portanto, é metajurídica, pois se considera efetivo o ato que logra produzir todas as conseqüências dele esperados por seu autor (...) Além de se exigir o atingimento de resultados, tão-somente referidos a cada ato praticado, se pretende uma satisfação estatisticamente referida a todo o grupo, campo ou setor administrativo a que se dirige, capaz de indicar, afinal, uma aptidão coletiva do ato para a produção dos efeitos sociais, almejados pelo direito”. Ob. cit., p. 162

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, pag. 395.

§ 2º do art. 15, poderá:

II – intimar as pessoas referidas no inciso I a prestar informações, ou esclarecimentos, sob cominação de multa, sem prejuízo da aplicação das penalidades previstas no art. 11; (Redação dada pela Lei n. 10.303, de 31/10/2001)”

“Art. 11

(...)

§ 11. A multa cominada pela inexecução de ordem da Comissão de Valores Mobiliários, nos termos do inciso II do caput do art. 9º e do inciso IV de seu § 1º não excederá a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia de atraso no seu cumprimento e sua aplicação independe do processo administrativo previsto no inciso V do caput do mesmo artigo. (Redação pelo Decreto n. 3.995, de 31/10/2001).”

Vislumbra-se, deste modo, que havendo previsão legal (ainda que genérica), não há falar-se em ilegalidade ou em inconstitucionalidade da adoção de medida coercitiva de polícia (*astreintes*, por exemplo) para forçar a efetividade de uma ordem de polícia que contenha uma obrigação de fazer ou de não fazer, desde que seja praticada por autoridade competente e que esteja devidamente fundamentada.

ASTREINTES E O DIREITO ELEITORAL

Tendo por base o raciocínio jurídico que legitima a utilização das *astreintes* nas relações regidas pelo Direito Administrativo, não há óbice à sua aplicação às situações reguladas pelo Direito Eleitoral. Isto porque a Justiça Eleitoral necessita, face às suas vicissitudes, ser mais célere e eficiente, sobretudo no período eleitoral (que precede ao pleito eleitoral), para que seja garantida a igualdade do pleito, vertente maior da democracia representativa pelo sufrágio.

Não se pode crer que será atingido o fim da lei eleitoral com a simples proibição, por parte de Juízes eleitorais, mormente aqueles incumbidos do árduo dever de fiscalização no período eleitoral, de realização de propaganda eleitoral irregular; será necessário que estas proibições (medidas de polícia ou mesmo sanções de polícia), em muita das vezes,

sejam acompanhadas de medidas coercitivas concretas, fruto de decisão objetivamente motivada, para que a sejam efetivamente respeitadas e cumpridas. Do contrário, eventual futura sanção pecuniária pelo ilícito eleitoral perpetrado não será suficiente para atingir o objetivo da vedação legal e da garantia de igualdade de condições para disputa da eleição.

Com efeito, em juízo de avaliação dos interesses, poderá ser mais vantajoso ao candidato violar a lei eleitoral, porquanto pagar multas pode significar mais vantagem considerando que atividade ilícita poderá render ao candidato maior número de votos. A justiça eleitoral não pode permitir prevaleça esta lógica que, em análise simples, representa burla ao sistema eleitoral, que visa, acima de tudo, repita-se, a **igualdade** na disputa entre os candidatos.

Resta saber, nesse contexto, se há suporte legal para a fixação das *astreintes*, como medida coercitiva de polícia administrativa por parte dos juízes eleitorais Coordenadores da Fiscalização da Propaganda Eleitoral. A resposta, a meu sentir é, desenganadamente, afirmativa. O **parágrafo segundo do artigo 41 da Lei Federal n. 9.504/97** autoriza-a explicita e expressamente ao dispor que, na Justiça Eleitoral, “*O poder de polícia se restringe às providências necessárias para inibir práticas ilegais, vedada a censura prévia sobre o teor dos programas a serem exibidos na televisão, no rádio ou na internet.*”

Não fosse a Lei das Eleições suficiente para dar embasamento legal à permissão de fixação de *astreintes* por juízes eleitorais encarregados do exercício da fiscalização eleitoral, o suporte normativo advém, também, do artigo 45 da Lei Federal n. 9.784/99¹⁵, quando estabelece o **poder geral de cautela nos processos administrativos federais**, bem assim, da aplicação **analogica** ao processo administrativo de fiscalização da propaganda eleitoral do artigo 461 e parágrafos do Código de Processo Civil. Sobre a adoção de medidas cautelares com fundamento no poder geral de cautela administrativo, confira-se o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal – STF quando do julgamento do **ROMS nº 25.104-6**, em que se reconheceu à Administração Pública o poder de, cautelarmente, afastar juiz classista de suas funções.

“EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA.

¹⁵ Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.

DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO DO TRABALHO. JUIZ CLASSISTA. AFASTAMENTO LIMINAR DO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES PELO RELATOR DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. ART. 61, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 9.784/99. INTERPRETAÇÃO EM CONJUNTO COM O PRECEITO DO ART. 663, § 2º, DA CLT. DIREITO DO TRABALHO. EQUIPARAÇÃO DOS JUÍZES CLASSISTAS AOS MAGISTRADOS TOGADOS. IMPOSSIBILIDADE. MÁ-FÉ. CONFIGURAÇÃO. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS ENQUANTO INVESTIDO DAS FUNÇÕES DE MAGISTRADO CLASSISTA. IMPOSSIBILIDADE. VALOR SOCIAL DO TRABALHO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO.

ART. 1º, IV, E ART. 170, DA CB/88. DECISÃO EXTRA PETITA. NULIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. **O poder geral de cautela alcança as decisões administrativas.** Embora o preceito do art. 662, § 3º, da CLT determine que as impugnações à investidura dos juízes classistas sejam recebidas no efeito meramente devolutivo, o preceito do art. 61, parágrafo único, da Lei n. 9.784/99 — aplicável ao processo administrativo no âmbito do Poder Judiciário [art. 1º, § 1º] — permite que, em determinadas hipóteses, havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação, a autoridade recorrida ou imediatamente superior, de ofício ou a pedido, dê efeito suspensivo ao recurso. 2. Os representantes classistas da Justiça do Trabalho, ainda que ostentem títulos privativos da magistratura e exerçam função jurisdicional nos órgãos cuja composição integram, não se equiparam e nem se submetem ao regime jurídico-constitucional e legal aplicável aos magistrados togados. Precedente [MS n. 21.466, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, DJ 06.05.94]. 3. A má-fé do candidato à vaga de juiz classista resta configurada quando viola preceito constante dos atos constitutivos do sindicato e declara falsamente, em nome da entidade sindical, o cumprimento de todas as disposições legais e estatutárias para a formação de lista enviada ao Tribunal Regional do Trabalho - TRT. 4. O trabalho consubstancia valor social constitucionalmente protegido [art. 1º, IV e 170, da CB/88], que sobreleva o direito do recorrente a perceber remuneração pelos serviços prestados até o seu afastamento liminar. Entendimento contrário implica sufragar o enriquecimento ilícito da Administração. 5. A decisão judicial extra petita gera nulidade da ordem no ponto em que excede o pedido deduzido pela parte. 6. Recurso ordinário parcialmente provido, para tornar inexigível a ordem do Tribunal Superior do Trabalho - TST no ponto em que determina a devolução dos valores recebidos pelo recorrente a título de remuneração pelo exercício da função de magistrado

classista entre 04.05.98 e 08.08.2000.” (RMS 25104 / DF - DISTRITO FEDERAL- RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA, Relator(a): Min. EROS GRAU - Julgamento: 21/02/2006 - Órgão Julgador: Primeira Turma)

Parece não fazer sentido, à luz de uma interpretação razoável e proporcional do instituto da intervenção cautelar, admitir que a autoridade administrativa, no exercício do poder geral de cautela administrativo, possa editar medida de polícia para interditar um estabelecimento comercial, proibir uma propaganda manifestamente ilegal ou mesmo afastar um servidor de suas funções e não possa estabelecer *astreintes* como meio coercitivo de cumprimento de uma ordem de não fazer que vise a proteger o interesse público, sobretudo a igualdade em um pleito eleitoral. Mais contraditório ainda se afigura um juiz poder aplicar *astreintes* no exercício de sua função jurisdicional típica e não poder, com previsão legal neste sentido, aplicá-las no exercício atípico de administrar. Representa uma contradição que depõe contra a efetividade do comando “cautelar” (medida de polícia) emitido pela autoridade administrativa. Mencione-se, a propósito, a doutrina de **MIGUEL SEABRA FAGUNDES**¹⁶:

“Quando se dá o choque entre a Administração e o indivíduo, na aferição prática dos pontos em que confinam o poder estatal de exigir e o dever individual de prestação, recusando-se o administrado a cumprir as suas obrigações públicas, torna-se preciso coagi-lo à obediência. Não seria possível admitir que a ação realizadora do direito, confiada à Administração Pública, ficasse sumariamente entevada pela simples oposição do indivíduo. Tem assim lugar a execução coativa da vontade do Estado.

*À autoridade administrativa dá o legislador meios coercitivos, destinados a assegurar o cumprimento das suas determinações. Algumas vezes são leis gerais que estipulam os preceitos e as medidas utilizáveis nos casos de oposição ou desobediência. Outras vezes, mesmo no texto das leis especiais, se determinam as sanções a que dá lugar a sua inobservância. **Tais medidas, imprescindíveis a tornar eficazes a norma legal e os atos administrativos, que, sem elas, acabariam desautorados e inoperantes, podem classificar-se em meios diretos e indiretos de coerção administrativa. Os primeiros coíbem à realização imediata da prestação em espécie,***

¹⁶ FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1984, página 180.

tal como foi exigida, compelindo o administrado com o uso de força física sobre as pessoas ou sobre coisa, se se tratar de prestação infungível, ou, nos casos de prestações fungíveis, convertendo-as em outras de diferente natureza, a cuja execução do mesmo modo se obriga imediatamente o devedor

Os meios indiretos (ex. multas impostas pela autoridade administrativa, em qualquer caso de recusa de prestação) sobrecarregam o infrator, majorando a prestação inicialmente exigida, ou criando o dever de outras prestações pela instituição de novas obrigações, além da primitiva. Tendem a forçar o cumprimento da obrigação originária com sobrecargas. Revestem, assim, um caráter apenas intimidativo”. (grifei)

Deste modo, não há dúvidas de que poderá e deverá o Juiz eleitoral responsável pela fiscalização da propaganda eleitoral decidir de modo a impedir que ilícitos eleitorais sejam perpetrados, o que pode resultar na fixação de *astreintes* para “**inibir práticas ilegais**” por parte dos candidatos.

Por fim, é de se considerar que não sendo as *astreintes* sanção de polícia (multa), mas sim medida coercitiva de polícia, inaplicável ao caso o entendimento firmado no verbete 18 da Súmula da jurisprudência prevalente no Tribunal Superior Eleitoral (TSE)¹⁷. Este é, inclusive, o entendimento doutrinário de **LUCIANA COSTA AGLANTZAKIS** a respeito do tema:

“Como deve ser a atuação do Magistrado Eleitoral para controlar o abuso da propaganda eleitoral?

Em razão da específica atuação do magistrado eleitoral no Poder de Polícia, verifica-se a possibilidade de abertura de procedimento administrativo de ofício, para cessar a propaganda irregular, mesmo que seja manifesta ou velada, subliminar, estilo promoção pessoal e justifica-se uma atuação célere e efetiva do juiz em notificar o candidato ou a empresa responsável pela divulgação da propaganda para inibir a sua publicação, sob pena de multa com fulcro no artigo 461 e seguintes do CPC.

Nessa seara o magistrado deve notificar o aludido infrator e a empresa de comunicação responsável para que cesse a propaganda em certo prazo, sob pena de desobediência e multa de astreintes.

¹⁷ Súmula - TSE no 18: Conquanto investido de poder de polícia, não tem legitimidade o juiz eleitoral para, de ofício, instaurar procedimento com a finalidade de impor multa pela veiculação de propaganda eleitoral em desacordo com a Lei nº 9.504/97.

com base no artigo 461 e seguintes do CPC, pois a sua inação resulta no descumprimento de uma obrigação de não fazer, ou de não entrega, que tem o condão de ferir o princípio da igualdade dos candidatos.

(...)

Depreende-se, então, que o ordenamento jurídico pátrio é possível uma leitura diferenciada da súmula 18 do Tribunal Superior Eleitoral, enquanto o magistrado esteja investido do Poder de Polícia, pois a multa impeditiva do enunciado deve ser somente aquela aplicada após o julgamento de uma representação eleitoral". Grifei. (In: Revista Jurídica TRE-TO, Vol. 4, n. 1, jan/jul 2010)

Não há, por isso, fundamento jurídico para impedir que juízes eleitorais responsáveis pela fiscalização eleitoral ou pela Coordenação da Propaganda Eleitoral no período eleitoral de fixarem *astreintes* para a hipótese de descumprimento do seu comando decisório, desde que tal seja devidamente fundamentado à luz da circunstância concreta que se apresentar, tendo por fundamento, sempre, a intangibilidade do princípio da igualdade entre os candidatos que lancem ao pleito eleitoral.

CONCLUSÃO

Em conclusão das ideias lançadas neste artigo, entende-se que as *astreintes* não são instituto de utilização privativa do Poder Judiciário. Ao contrário, podem e devem ser utilizadas por todos os Poderes da República no exercício da função administrativa, como medida coercitiva de polícia administrativa.

As *astreintes* serão utilizadas, inclusive, no Direito Eleitoral, com o objetivo de garantir a efetividade de uma ordem de polícia que, na maioria das vezes, tem o condão de impedir a prática de condutas ilícitas. A adoção das *astreintes* não prescinde de previsão legal (ainda que genérica) e deve ser, sempre, objeto de decisão devidamente motivada, como soem ser as demais medidas que representam o poder geral de cautela administrativo.

O SISTEMA DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL FRANCÊS: DO PRIMADO DA LEI À QUESTÃO PRIORITÁRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

João Pedro Accioly Teixeira¹

Resumo: O escopo deste trabalho é bem delimitado pelo seu título. Pretende-se, com ele, identificar os principais traços característicos do modelo de Controle de Constitucionalidade francês, em diferentes momentos históricos.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade; França; Jurisdição Constitucional Francesa; questão prioritária de constitucionalidade; QPC; Conselho Constitucional

1. INTRODUÇÃO

Para melhor analisar a evolução da jurisdição constitucional francesa, dividiu-se o presente artigo em três capítulos fundamentais: o primeiro trata da Revolução Francesa à IV República, período legicentrista em que inexistiam mecanismos de controle de constitucionalidade; o segundo estende-se da V República à Reforma Constitucional de 2008, interregno em que, com a promulgação da Constituição de 1958 e a criação do Conselho Constitucional, a França passou a admitir o controle de constitucionalidade político (não-jurisdicional), abstrato e preventivo das leis; Por fim, aborda-se as características do sistema contemporâneo, marcado pelo advento da Questão Prioritária de Constitucionalidade – primeiro mecanismo de controle repressivo e de legitimação ativa universal existente na França.

¹ Acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Monitor de Direito Constitucional. Endereço eletrônico: joao.accioly@adalbertoribeiro.com.br

2. A FRANÇA PÓS-REVOLUCIONÁRIA E A ABSOLUTA PRIMAZIA DO PARLAMENTO E DA LEI.

Como se sabe, a França é um dos berços do Constitucionalismo². O movimento revolucionário de 1789, que culminou na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e na Carta Magna de 1791, representa incontestemente marco para a evolução do Direito Constitucional, como técnica de limitação do poder Estatal com fins tutelares ao indivíduo³.

Entretanto, o pioneirismo não é característica atribuível à França em termos de Controle de Constitucionalidade⁴. Durante séculos, tal qual a generalidade dos países da Europa Continental, a França subjugou-se ao primado do parlamento, à primazia da lei⁵. Por influência da obra de Rousseau, a produção legislativa era concebida como expressão pura da *volonté general* da nação⁶, manifestação incontrastável, portanto, da soberania popular⁷.

² “O termo constitucionalismo é de uso relativamente recente no vocabulário político e jurídico do mundo ocidental. Data de pouco mais de duzentos anos, sendo associado aos processos revolucionários francês e americano”. (BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, 26-7); “A ideia de Constituição, tal qual a conhecemos hoje, é produto da Modernidade, sendo tributária do Iluminismo e das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, ocorridas na Inglaterra, nos Estados Unidos e na França”. (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 67). “A ideia de Constituição, como a vemos hoje, tem origem mais próxima no tempo e é tributária de postulados liberais que inspiraram as Revoluções Francesas e Americana do século XVIII”. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 39).

³ Segundo Canotilho, o constitucionalismo representa, justamente, “uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 45-6).

⁴ “No constitucionalismo francês, por exemplo, a ideia de controle de constitucionalidade foi por muito tempo rechaçada, pelo temor de que sua adoção pudesse permitir a criação e um ‘governo de juízes’. Os franceses preferiam confiar no Parlamento do que no Judiciário para velar pela guarda das suas constituições”. (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 33).

⁵ Neste período, a mais conhecida, porém frustrada, tentativa de oferecer uma garantia externa à rigidez constitucional foi feita por Sieyès, que, em 1793, participando dos trabalhos de elaboração da Constituição do Ano III, propôs a criação de um órgão especializado, o “Júri constitucional” (por ele denominado de *Jurie constitutionnaire*), que teria competências de controle de constitucionalidade das leis. Prevaleceu, desde a Constituição de 1791, o primado da lei – neste sentido, confira-se o que dispunha o art. 3º de tal Carta Constitucional: “Il n’y a point en France d’autorité supérieure à celle de la loi”.

⁶ Tal dogma restou consagrado inclusive na própria Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Observe-se o art. 6º do referido diploma: “A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”. Entendia-se, neste prisma, que o legislador não poderia “lesar os direitos individuais porque é necessariamente justo; e é assim porque encarna em si a vontade geral do povo ou da nação”. (FIORANVANTI, Maurizio. Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las Constituciones, p. 73).

⁷ “Essa concepção de supremacia incontrastável do Parlamento devilitava o valor efetivo da Constituição,

Por outro lado, o Poder Judiciário, por razões históricas peculiares, era visto com extrema desconfiança e restrições⁸. Os juízes eram, em sua grande maioria, representantes de uma nobreza decadente, porém perigosa, de interesses antagônicos àqueles defendidos pela burguesia revolucionária⁹. Daí, pensar-se em juízes como a mera boca da lei¹⁰, isto é, como autômatos escravos de um método hermenêutico estritamente subsuntivo-axiomático. Método este, segundo o qual a atividade dos magistrados deveria se limitar ao cotejamento de situações concretas, submetidas à apreciação jurisdicional, com as hipóteses de incidência¹¹ das leis, emanadas do parlamento, e, sempre que um caso concreto se amoldasse à hipótese normativa, deveria o juiz, então, simplesmente aplicar-lhe o comando legal correspondente¹².

Neste prisma, os juízes, bem como a Administração Pública, eram concebidos como meros executores de normas que deveriam ser produzidas privativamente pelos legisladores¹³, já que àqueles, pelo menos em tese¹⁴, vedava-se qualquer espaço de criação do Direito. A única

que não se encontra, nesse contexto, protegida contra o Legislativo”. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 46).

⁸ Concepção diversa verificou-se nos Estados Unidos, em que o alvo de tal desconfiança política era muito mais o Legislativo, do que o Judiciário. A propósito, consulte-se o artigo 78, da obra *The Federalist*, escrito por Alexander Hamilton.

⁹ BON, Pierre. La létimité du Conseil Constitutionnel français. In: AA. VV. Legitimidade e legitimação da justiça constitucional: Colóquio do 10º aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993, p. 141-2

¹⁰ Esta concepção foi amplamente divulgada por Montesquieu, segundo o qual “os Juizes da Nação, como dissemos, são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor”. (MONTESQUIEU, O espírito das leis. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 176).

¹¹ Que nada mais são, segundo esta ótica de exegese, do que situações de fato abstratas e genericamente descritas.

¹² Na lição de Luís Roberto Barroso, esta dinâmica hermenêutica constitui “processo silogístico de subsunção dos fatos à norma. O juiz – la bouche que prononce les paroles de la loi – é um revelador de verdades abrangidas no comando geral e abstrato da lei. Refêm da separação de Poderes, não lhe cabe qualquer papel criativo”. (BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 314-315).

¹³ “Nesse momento, a Administração Pública era vista como uma função meramente executiva, ou seja, a quem competia apenas executar o que já deveria estar preestabelecido na lei, sem vontade própria. Isso se depreende do papel de relevo que foi dado ao Parlamento. O Parlamento, composto pelos representantes da burguesia vitorioso em razão de o voto ser censitário, era o instrumento que essa mesma burguesia possuía para manter o controle sobre o Executivo e o Judiciário, dirigidos por agentes não eleitos. O Executivo, especificamente, continuou a ser dirigido, na maior parte do período pós-revolucionário francês, por uma Monarquia limitada. A mesma pecha recaía sobre o Judiciário, que deveria ser apenas a ‘boca que pronuncia as palavras da lei’: interpretar ou aplicar a lei não podia ser considerado uma atividade criativa, mas apenas cognição, de declaração, do que nela já estava preestabelecido”.

¹⁴ Sobre o ponto, vale registrar lapidar excerto da obra de Charles-Albert Morand que denuncia que este projeto ideal de estanque separação funcional dos poderes jamais se concretizou inteiramente na prática:

diferença entre o juiz e o administrador, nessa ótica, é que enquanto ao primeiro cabia a aplicação da lei somente mediante provocação, na composição de conflitos jurídico-sociais, o segundo deveria aplicá-la de ofício, na busca pelo interesse público.

Nesse contexto, a Lei de 16-24 de agosto de 1790 dispôs, em seu art. 10, que os tribunais não poderiam, direta ou indiretamente, interferir no exercício das funções do Poder Legislativo, nem impedir ou suspender a execução dos decretos parlamentares. Previu-se também, no mesmo diploma legal, que o poder de interpretação não deveria ser exercido, em última instância, pelo Judiciário, mas pelo próprio corpo legislativo, a pedido dos juízes (art. 12)¹⁵.

Mais do que isso, a Lei 27 de Novembro – 1º de Dezembro de 1790, para intensificar o controle sobre o Judiciário, criou o *Tribunal de Cassation*, que, em sua origem, não era órgão jurisdicional, mas órgão auxiliar do Poder Legislativo, destinado exatamente a assegurar a supremacia da lei e do legislador.

Cabia ao referido órgão, mediante provocação (recurso de cassação), conferir supostas transgressões aos rigores e à autoridade da lei pelos juízes¹⁶. Em sendo verificada alguma violação, o Tribunal anulava (cassava) a decisão judicial e remetia o feito ao juízo de origem para a prolação de nova sentença¹⁷.

“A visão dos juízes e do governo como meros aplicadores da lei é uma concepção mística e mistificadora. Nenhum governo se limitou à execução das leis. A função judiciária, por sua vez, implica necessariamente a interpretação e aplicação das leis, criando direito novo, seja estabelecendo diante de casos concretos princípios gerais de direito, seja colmatando os [inevitáveis] vazios contidos nas leis, que têm ineludivelmente uma textura mais ou menos aberta. (MORAND, Charles-Albert. *Le droit néo-moderne des politiques publiques*. Paris: LGDJ, 1999, p. 45).

¹⁵ “Por meio do référé législatif, remetia-se ao Legislativo a interpretação de um texto obscuro de alguma lei. A Constituição de 1791, acolhendo o instituto, dispunha que se uma interpretação da lei fosse atacada por três vezes em um tribunal de cassação, este deveria submetê-la ao corpo legislativo, que emitiria um decreto declaratório da lei, vinculante para o tribunal de cassação. Havia, portanto, uma interferência direta do Parlamento até no mais alto Tribunal, sob o pretexto de preservar a vontade do povo, como expressa por seus legítimos representantes, os deputados”. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 39).

¹⁶ As transgressões então coibidas poderiam consistir, por exemplo, na adoção de possibilidades interpretativas diversas da mens legislatoris, na recusa, de qualquer sorte, em aplicar a lei a um caso concreto que se amoldasse à sua hipótese de incidência ou mesmo na aplicação da lei fora do seu escopo normativo – tudo isto, evidentemente, de acordo com a concepção hermenêutica adotada pelo Parlamento.

¹⁷ Em 1804, já no período napoleônico, o Tribunal de Cassação cede espaço para a Corte de Cassação, concebida já aí como órgão de cúpula do Poder Judiciário, responsável precipuamente pela uniformização da jurisprudência.

Este modelo relaciona-se com a concepção de Constituição à época em voga. Como se sabe, em tal contexto histórico, as Constituições não eram concebidas como efetivas normas jurídicas, mas como meras cartas políticas, de princípios e intenções¹⁸.

Interessante observar que esta cosmovisão influenciou fortemente a Constituição Imperial do Brasil, outorgada em 1824, que, igualmente, não previa quaisquer mecanismos de controle de constitucionalidade. Marquês de São Vicente bem ilustra o pensamento então hegemônico ao asseverar que a Constituição seria mero frontispício de um edifício cujas bases eram as leis.

3. A QUINTA REPÚBLICA E A CRIAÇÃO DO *CONSEIL CONSTITUTIONNEL*

Somente 170 anos após a Revolução Francesa, inaugurou-se o primeiro mecanismo extrínseco ao parlamento de controle de constitucionalidade das leis na França, que ficou a cargo do recém-criado Conselho Constitucional, que detinha uma série de outras atribuições¹⁹.

O art. 56 da Constituição de 1958 dispõe sobre a organização e composição do órgão:

“O Conselho constitucional compreende nove membros, cujo mandato dura nove anos e não é renovável. O Conselho constitucional se renova por terços a cada três anos. Três dos membros são nomeados pelo Presidente da República, três pelo presidente da Assembleia Nacional, três pelo Presidente do Senado. O procedimento previsto no último parágrafo do artigo 13 é aplicável a essas nomeações. As nomeações efetuadas pelo presidente de cada assembleia ficam sujeitas unicamente ao parecer da comissão permanente competente da assembleia em questão. Além dos nove membros previstos acima, fazem legalmente parte do Conselho Constitucional os ex-presidentes da República em caráter vitalício. O presidente é nomeado pelo Presidente da República e tem voto preponderante no caso de empate”.

Até 2008, havia apenas uma modalidade de controle de

¹⁸ SARMENTO, Daniel; SOUZANETO, Cláudio Pereira de. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 22-24.

¹⁹ Tais como o contencioso eleitoral, o contencioso das relações entre os poderes públicos nacionais, a manutenção do equilíbrio entre o Estado e as coletividades locais e regionais, intervindo também em casos de estado de exceção para garantir o bom funcionamento dos poderes públicos.

constitucionalidade exercida pelo Conselho. Obrigatoriamente, em alguns casos, e mediante provocação facultativa de certas autoridades constitucionalmente legitimadas, em outros, o Conselho, deve se pronunciar sobre a compatibilidade, formal e material, entre dados diplomas legais e a Constituição.

Esta verificação se dá no curso do processo legislativo de formação das normas, antes da promulgação da lei apreciada. Observe-se o teor do art. 61 da Carta Magna francesa vigente:

As leis orgânicas, antes da sua promulgação, as propostas de lei mencionadas no artigo 11 antes de serem submetidas ao referendo e os regulamentos das assembleias parlamentares, antes da sua aplicação, devem ser submetidos ao Conselho Constitucional, que se pronuncia sobre a sua conformidade com a Constituição. Com os mesmos fins, as leis podem ser submetidas ao Conselho Constitucional, antes da sua promulgação, pelo Presidente da República, Primeiro-Ministro, presidente da Assembleia Nacional, Presidente do Senado ou por sessenta deputados ou sessenta senadores. Nos casos previstos nos dois parágrafos precedentes, o Conselho constitucional deve deliberar no prazo de um mês. No entanto, a pedido do Governo, se há urgência, este prazo é reduzido para oito dias. Nesses casos, o encaminhamento para o Conselho Constitucional suspende o prazo para a promulgação.

Por esta ordem de razões, dizia-se correntemente que o modelo de controle de constitucionalidade francês era puramente **preventivo, abstrato e político**²⁰ – porquanto exercido por um órgão não-jurisdicional, em tese e antes da entrada em vigor da norma analisada.

As limitações de tal modelo são autoevidentes. Em primeiro lugar, há

²⁰ Luís Roberto Barroso, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 6ª edição, 2012, p. 64-65: “A Constituição francesa em vigor, instituidora da V República, em 1958, criou o Conselho Constitucional, composto de nove conselheiros escolhidos pelo Presidente da República e pelo Parlamento, tendo ainda como membros natos os ex-Presidentes da República. Como regra, o Conselho se manifesta previamente à promulgação de determinadas leis. A reforma constitucional de 2008, no entanto, produziu relevante alteração, passando a prever hipótese de controle de constitucionalidade de lei já vigente. Embora o modelo francês seja referido como o arquétipo do controle político de constitucionalidade das leis, afigura-se mais apropriada a designação de controle não judicial. É que, no fundo, é o fato de não integrar o Poder Judiciário e de não exercer função jurisdicional o que mais notadamente singulariza o Conseil Constitutionnel – junto com o caráter preventivo de sua atuação. Quanto ao mais, tanto o critério de nomeação de seus integrantes como a fundamentação jurídica de suas decisões aproximam-no do padrão das cortes constitucionais europeias”. No mesmo sentido, confira-se também: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 49.

uma grande limitação temporal. De plano, restam afastados do controle todo e qualquer diploma legal editado antes da criação do Conselho.

Como se sabe, outrossim, a inconstitucionalidade pode emergir com o decurso do tempo, através da alteração formal ou material do parâmetro de controle – por intermédio, respectivamente, do Poder Constituinte Derivado e do fenômeno da mutação constitucional. Mesmo que não sejam estas a hipótese, não raro as inconstitucionalidades só se revelam com a práxis.

Ademais, no que toca às leis ordinárias, há apenas cinco legitimados ativos que possuem o condão de provocar o exame de sua constitucionalidade pelo Conselho. Antes da reforma constitucional de 1974, aliás, apenas o Presidente da República, o Primeiro-Ministro, o Presidente da Assembleia Nacional e o Presidente do Senado eram legitimados para tanto.

Neste sentido, em geral, a Jurisdição Constitucional Francesa desenvolveu-se com muito menos vigor e pujança do que em outros países, como os Estados Unidos, por exemplo.

Contudo, há grandes julgamentos feitos pelo Conselho, ainda sob esta sistemática, que ajudaram, em grande medida, a reverter este quadro atrofia institucional da Jurisdição Constitucional francesa. O mais emblemático deles, e que representou grande empoderamento do órgão em alusão, foi a decisão 71-44, de 16.07.1971, sobre o direito à liberdade de associação²¹.

Através de tal julgado, o Conselho cunhou o conceito de “Bloco de Constitucionalidade”, dilatando consideravelmente o parâmetro de controle de constitucionalidade então vigente, ainda mais tendo em vista a relativa sinteticidade da Lei Maior francesa e, especialmente, quando se atenta para o fato de que tal Constituição não dispõe de um catálogo de Direitos Fundamentais.

Com isto, além do texto formal da Carta de 1958, o bloco de constitucionalidade passou a ser integrado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, pelo Preâmbulo da Constituição de 1946

²¹ Nela, o Conselho julgou inconstitucional projeto de lei, de autoria do Ministro Raymon Marcellin, que pretendia instituir um controle prévio do Estado sobre os requerimentos de registro de entidades associativas, para coibir a fundação de associações vinculadas a correntes ideológicas e filosóficas de esquerda. A íntegra da decisão encontra-se disponível através do seguinte endereço eletrônico: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1971/71-44-dc/decision-n-71-44-dc-du-16-juillet-1971.7217.html>>. Acesso em: 29.08.2015.

(IV República), pelos Princípios Fundamentais reconhecidos pelas Leis da República e, mais tarde, também pela Carta Ambiental de 2004.

O advento deste instituto – aliado à Reforma Constitucional de 1974, que conferiu legitimidade a consórcios formados por 60 deputados ou senadores para instar o Conselho a se manifestar sobre a constitucionalidade das leis aprovados pelo parlamento – representou uma verdadeira revolução. Prova disso é que o número de leis ordinárias encaminhadas ao Conselho entre 1959 e 1974 foi de apenas 0,76% do total de proposições legislativas aprovadas; entre 1975 e 1999, entretanto, este índice subiu para 11% do total de leis aprovadas²².

4. A REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008 E A QPC.

Em 23 de julho de 2008, houve uma *revision constitutionnelle* que introduziu o artigo 61-1 à Constituição de 1958. Confira-se o teor do aludido dispositivo:

Quando, no âmbito de um processo pendente perante um órgão jurisdicional, é argumentado que uma disposição legislativa ameaça direitos e liberdades garantidos pela Constituição, o Conselho Constitucional pode ser convocado para analisar o caso por meio de provocação do Conselho de Estado [Conseil d'Etat] ou da Corte de Cassação [Cour de Cassation]. Uma lei orgânica determina as condições de aplicação do presente artigo.

Tal preceito, posteriormente regulamentado pela Lei Orgânica 2009-1523, ampliou a competência do Conselho Constitucional para permitir *o controle repressivo de constitucionalidade das leis* (promulgadas e em vigor), sempre que for suscitada, em qualquer processo judicial ou administrativo, a questão prioritária de constitucionalidade (QPC)²³.

²² DOKHAN, David. Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001, p. 148-149

²³ Sobre o tema, conferir a recente doutrina francesa: ROUSSEAU Dominique, La question prioritaire de constitutionnalité. Lextenso éditions, Gazette du Palais, 2010, 208 p. FRANCOIS Bastien. Article 61-1. La Constitution Sarkozy, Ed. Odile Jacob, février 2009, p. 144-146. BERNAUD Valérie, Article 61-1. G. Cornac, F. Luchoire et X. Prétot, La Constitution de la République française - Analyses et commentaires, Ed. Economica, janvier 2009, p. 1438-1467. BADINTER Robert. L'exception d'inconstitutionnalité. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois, Ed. Dalloz, décembre 2008, p. 39-49. STAHL Jacques-Henri. La longue marche de l'exception d'inconstitutionnalité. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois, Ed. Dalloz, janvier 2008, p. 993-1003.

A QPC é um incidente processual que pode ser deflagrado a qualquer tempo, em qualquer grau de jurisdição, à luz de um caso concreto. Neste sentido, qualquer tribunal, ao apreciar uma lide, pode, a requerimento de uma das partes, solicitar ao Conselho de Estado ou ao Tribunal de Cassação, conforme for a natureza do órgão julgador²⁴, que encaminhe a QPC ao Conselho Constitucional.

A QPC visa a extirpar do ordenamento jurídico francês leis que violem “os direitos e liberdades garantidos pela Constituição”.

As Questões Prioritárias de Constitucionalidade sujeitam-se, em regra, a duplo controle de admissibilidade antes da apreciação pelo Conselho Constitucional, devendo estar satisfeitos os seguintes requisitos:

« 1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites;

« 2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances;

« 3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

Em livre tradução, a disposição legislativa impugnada deve ser aplicável ao litígio ou constituir o fundamento da pretensão de qualquer das partes; a disposição legislativa arguida como inconstitucional não pode ter sido anteriormente declarada em conformidade com a Constituição pelo Conselho Constitucional, a não ser que as circunstâncias fáticas ou normativas tenham sido profundamente alteradas; e, por fim, a questão suscitada deve ser constitucionalmente relevante, com repercussões potencialmente transcendentais aos contornos individuais da lide.

Se o processo estiver em tramitação nas instâncias ordinárias, o respectivo tribunal fará perfunctória análise de admissibilidade e, na hipótese de conhecimento do incidente, o remeterá para a Corte de Cassação ou para o Conselho de Estado, para análise mais acurada dos pressupostos de admissibilidade.

A decisão do juízo de primeira instância ou do tribunal local que rejeita a admissibilidade e a remessa da questão prioritária ao Conselho de Estado ou ao Tribunal de Cassação é recorrível, desde que o recurso seja

²⁴ Registre-se que na França o sistema jurisdicional não é uno, porém bipartido.

interposto contra a decisão de mérito proferida pelo tribunal perante o qual se levantou a questão (recurso de apelação ou de cassação). Contudo, a decisão do Conselho de Estado ou do Tribunal de Cassação que julga inadmissível e, conseqüentemente, nega a remessa da questão prioritária ao Conselho Constitucional não é suscetível de recurso.

Sobre o processamento da QPC, mostram-se oportunas as seguintes lições de Soraya Gasparetto Lunardi:

Se o Conselho de Estado ou a Corte de Cassação não se pronunciarem no prazo de três meses, o processo é obrigatoriamente encaminhado ao Conselho Constitucional. Após o recebimento do processo, o Conselho Constitucional notifica o Presidente da República, o Primeiro Ministro e os Presidentes da Assembleia Nacional e do Senado que, querendo, podem se manifestar. O mesmo vale para as partes litigantes do processo originário. A audiência é, via de regra, pública.

O Conselho Constitucional deve decidir a QPC no prazo de 30 dias, conforme determina o art. 23-10 da Lei Orgânica n. 1.523 de 2009. A decisão será motivada, devendo ser notificada às partes, ao tribunal a quo e também ao Tribunal Superior que encaminhou a QPC. O Conselho não se considera vinculado pelo pedido dos legitimados. Pode decidir ultra petita, realizando uma avaliação completa da constitucionalidade do texto normativo submetido ao seu controle, ainda que os interessados contestem só parcialmente a constitucionalidade. Também não se admite a desistência da representação.

Em 2010, o *Conseil Constitutionnel* declarou a inconstitucionalidade de diversos dispositivos do Código de Processo Penal que não eram compatíveis com os direitos ao contraditório e à ampla defesa (*Décision 2010-30/34/35/47/48/49/50 QPC*) e também examinou, de acordo com o direito à liberdade de locomoção, a lei sobre internação compulsória de pacientes psiquiátricos (*Décision 2010-71 QPC*). Em ambos os casos, o Conselho declarou a invalidade de importantes leis que estavam em vigor há muitos anos.

Em maio de 2013, o Conselho declarou a constitucionalidade da lei que dispõe sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo (*Décision 2013-669 DC*), o que evidencia que as questões mais sensíveis da sociedade vêm sendo submetidas ao exame daquele órgão.

No que diz respeito às técnicas de decisão, a jurisdição constitucional francesa não conhece apenas o binômio clássico da inconstitucionalidade-nulidade da lei. Em alguns casos, por exemplo, o Conselho já adotou a *décision de conformité sous réserve d'interprétation*, técnica de decisão semelhante à interpretação conforme a Constituição do direito brasileiro.

Até o final do mês de Julho de 2015, conforme indica o sítio oficial do Conselho Constitucional²⁵, foram apreciadas 418 Questões Prioritárias de Constitucionalidade.

Todos estes fatores mostram que a QPC já se incorporou, com ânimo definitivo, à tradição e ao sentimento constitucional francês.

5. EFICÁCIA TEMPORAL DAS DECISÕES

O art. 62 da Constituição da República da França, transcrito em seguida, cuida da eficácia temporal das duas modalidades de controle de constitucionalidade atualmente existentes:

Uma disposição declarada inconstitucional com base no artigo 61 não pode ser promulgada ou executada. Uma disposição declarada inconstitucional com base no artigo 61-1 é revogada a contar da publicação da decisão do Conselho Constitucional ou de uma data posterior fixada por esta decisão. O Conselho Constitucional determina as condições e limites nos quais os efeitos que a disposição produziu são susceptíveis de serem questionados. As decisões do Conselho Constitucional não são sujeitas a recurso. Impõem-se aos poderes públicos e todas as autoridades administrativas e jurisdicionais.

Conforme se pode depreender do dispositivo acima reproduzido, o controle de constitucionalidade preventivo, evidentemente, obsta a promulgação e a execução da norma declarada incompatível com a Constituição.

O controle repressivo, através da QPC, por seu turno, é dotado de efeitos meramente prospectivos. Diversamente da tradição estadunidense, que concebe a inconstitucionalidade como uma nulidade de pleno direito e,

²⁵ O seguinte endereço eletrônico elenca todas as decisões proferidas no âmbito das Questões Prioritárias de Constitucionalidade: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-type/les-decisions-qpc.48300.html>> Acesso em: 29.08.2015.

portanto, via de regra atribui efeitos retroativos à sua declaração, o sistema francês contemporâneo perfilha a tradição kelseniana de emprestar a declaração de inconstitucionalidade efeitos *ex nunc*.

É interessante notar também, e talvez esta seja a primeira vez que uma Constituição o faça expressamente, que o dispositivo supratranscrito autoriza o Conselho a fixar um marco temporal futuro para a eficácia de sua própria decisão. Em outros termos, autoriza-se a modulação de efeitos, exclusivamente *pro futuro*, da decisão que expelle a norma inconstitucional da ordem jurídica.

6. OUTROS TRAÇOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL FRANCESA CONTEMPORÂNEA

Mesmo antes da reforma constitucional de 2008, o *Conseil*, através do instituto da *déclassement*, há muito já rebaixava o status normativo de leis emanadas do parlamento que invadiam o domínio das competências normativas próprias à Administração Pública²⁶. Nesse caso, embora a lei não fosse considerada inconstitucional, passava a vigorar tal qual um regulamento qualquer, passível, pois, de ser modificado, revogado ou mesmo anulado pelo Executivo.

A jurisdição constitucional francesa, embora gravite ao redor do Conselho Constitucional, também pode ser exercida por órgãos jurisdicionais diversos, em modalidades e casos específicos.

A inconstitucionalidade formal das normas, por exemplo, pode ser suscitada perante qualquer juiz²⁷. Destarte, questões relacionadas a vícios atinentes ao processo legislativo (*inconstitucionalidade formal propriamente dita*)²⁸ ou à competência do órgão legiferante para editar a

²⁶ Na sistemática francesa, a Constituição elenca taxativamente as matérias que competem ao parlamento legislar (*domaine de la loi*; art. 34 da Constituição francesa), cabendo ao Poder Executivo editar regulamentos sobre as demais questões. Nesse sentido, dispõe o art. 37 da Carta Magna de 1958: “Assuntos diferentes dos que estão no âmbito da lei têm um caráter regulamentar. Os textos de forma legislativa incorridos nestes assuntos podem ser alterados por decretos emitidos após edital do Conselho de Estado. Os textos que interviriam após a entrada em vigor da presente Constituição poderão ser alterados por decreto apenas se o Conselho constitucional declarar que têm um caráter regulamentar em virtude do parágrafo precedente”.

²⁷ “A justiça comum também se considera competente para realizar controle de constitucionalidade formal, verificando as condições de aprovação e promulgação da lei”. Soraya Gaspareto

²⁸ Luís Roberto Barroso, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 6ª edição, 2012, p. 48-49: “A primeira possibilidade a se considerar, quanto ao vício de forma, é denominada inconstitucionalidade

norma (*inconstitucionalidade orgânica*)²⁹ podem ser apreciadas pelo Poder Judiciário como um todo.

Nada obstante, no âmbito da justiça administrativa, sobretudo na seara do Conselho de Estado, frequentemente se empreende o controle de constitucionalidade dos atos administrativos, mormente os de caráter normativo, desde que sejam estes emitidos de forma autônoma pela Administração Pública, sem calço legal. Como ao Poder Judiciário não é dado examinar a constitucionalidade (material) das leis, um ato administrativo inconstitucional lastreado em lei de mesmo teor, igualmente incompatível com a Constituição, não pode ser anulado. A teoria do écran *législatif* é bem explicada pelo professor Raymond Odent:

“Quand la légalité d’un acte administratif est contestée pour des motifs tirés de la violation de la Constitution, la position du juge administratif est totalement différente selon qu’une loi s’interpose entre la Constitution et cet acte, auquel cas la loi constitue pour le juge un écran infranchissable, et c’est en fonction de la loi seule qu’il apprécie la légalité de l’acte litigieux. Si, au contraire, aucune loi n’est intervenue en la matière, le juge administratif apprécie directement par rapport à la loi constitutionnelle la légalité discutée devant lui de l’acte administratif”. (ODENT, Raymond. Contentieux administratif, Paris: Les cours de droit, 1977, Tomo1, p. 232).

7. CONCLUSÕES E APONTAMENTOS

A experiência francesa não é ponto fora da curva. O controle de constitucionalidade, gradativamente, vem tornando-se fenômeno de aplicação universal, mesmo naqueles países que outrora rechaçavam, com veemência, a adoção do instituto³⁰.

orgânica, que se traduz na inobservância da regra de competência para a edição do ato. Se, por exemplo, a Assembleia Legislativa de um Estado da Federação editar uma lei em matéria penal ou em matéria de direito civil, incorrerá em inconstitucionalidade por violação da competência da União na matéria”.

²⁹ Luís Roberto Barroso, O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, 6ª edição, 2012, p. 49: “De outra parte, haverá inconstitucionalidade formal propriamente dita se determinada espécie normativa for produzida sem a observância do processo legislativo próprio. O processo ou procedimento legislativo completo compreende iniciativa, deliberação, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação”.

³⁰ “Em diferentes conformações, os sistemas de controle de constitucionalidade ganharam o mundo, estando presentes hoje em número elevado de países. Até países que recusavam terminantemente a adoção da jurisdição constitucional parecem dar sinais, por vias diversas, de plena aceitação do instituto”. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1010).

Desde o advento da V República, a jurisdição constitucional, seguramente, foi a função estatal que mais evoluiu na França. Hoje, as questões políticas de maior relevância acabam, em alguma medida e em algum momento, sendo debatidas e decididas no âmbito do Conselho Constitucional, órgão de grande prestígio institucional e legitimidade social.

Cabe mencionar, por fim, que a trajetória francesa evidencia a intrínseca relação existente entre a noção de supremacia da Constituição³¹ e os mecanismos de controle de constitucionalidade. O movimento de reconhecimento da força normativa da Constituição e de sua posição de cúspide do sistema jurídico francês impôs a progressiva instituição de mecanismos de aferição da compatibilidade das leis em relação à Constituição.

Mais do que incorporado à ordem constitucional, é possível afirmar que o *Conseil Constitutionnel* e o controle de constitucionalidade já se incorporaram definitivamente à cultura jurídica e ao sentimento constitucional francês³².

Abstract: The scope of this article is clearly defined by its title. Its purpose is to identify the main characteristics of the French model of judicial review, at different historical moments.

Key-Words: Judicial Review; France; Priority Preliminary Ruling on the Issue of Constitutionality; Constitutional Council of the French Republic

8. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA:

Constituição Francesa de 1958. Tradução oficial para o português disponível através do seguinte endereço: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf>. Data de acesso: 04.08.2015.

BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

³¹ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 19-22.

³² A respeito do ponto, confira-se: LUCAS VERDÚ, Pablo. O sentimento constitucional. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006; LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Traducción de Alfredo Gillego Anabidarte. Barcelona: Ariel, 1986, p. 200; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 37-39.

- Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.
- Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 314-315).
- BERNAUD Valérie, Article 61-1. G. Cornac, F. Luchaire et X. Prétot, La Constitution de la République française - Analyses et commentaires, Ed. Economica, janvier 2009, p. 1438-1467.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 1997
- CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. 2ª ed., trad. Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. A evolução da jurisdição constitucional na França, In: Revista Consultor Jurídico, 15.06.2013, Disponível eletronicamente através do seguinte endereço: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-15/observatorio-constitucional-historico-perspectivas-jurisdicao-constitucional-franca>>. Data de acesso: 04.08.2015.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. O Controle de Constitucionalidade na França e as alterações advindas da reforma constitucional de 23 de julho de 2008. In: Revista Bonijuris, v. 23, p. 23-27, 2011.
- DOKHAN, David. Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001.
- LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Traducción de Alfredo Gillego Anabidarte. Barcelona: Ariel, 1986.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma Introdução à história social e política do processo. In: Antônio Carlos Wolkmer. (Org.). Fundamentos de História do Direito. 2a.ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001, v. 1, p. 397-431.
- LUCAS VERDÚ, Pablo. O sentimento constitucional. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- LUNARDI, Soraya Gasparetto. Controle de constitucionalidade na França: vantagens e inovações, In: Revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte | n. 103 | pp. 285-306 | jul./dez. 2011
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ODENT, Raymond. Contentieux administratif, Paris: Les cours de droit, 1977, Tomo1.
- ROUSSEAU Dominique, La question prioritaire de constitutionnalité. Lextenso éditions, Gazette du Palais, 2010, 208 p..

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

STAHL Jacques-Henri. La longue marche de l'exception d'inconstitutionnalité. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois, Ed. Dalloz, janvier 2008, p. 993-1003

LIBERDADE DE REUNIÃO: TOLERÂNCIA PARA INTOLERÂNCIA.

Anotação ao Acórdão: 1 BvQ 43/08 do Tribunal Constitucional Alemão.

*José Alfredo dos Santos Júnior - Doutorado pela Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra, Portugal*

1. EXPOSIÇÃO DA MATÉRIA FÁTICA

A presente anotação terá como ponto de partida o caso 1 BvQ 43/08 julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão em 7 novembro de 2008 em que se discute a liberdade de reunião. Por rigor metodológico convém, inicialmente, inventariar os fatos para uma ulterior apreciação crítica. Em 16 de outubro de 2008, o interessado formula um requerimento às autoridades administrativas, onde pede a autorização para a realização de uma reunião ao ar livre no dia 8 de novembro de 2009, a partir das 12:00 horas, em que se pretendia discutir a questão das unilateralidades históricas. Ocorre que em 29 de outubro de 2008, o Chefe de Polícia em Aachen proibiu a realização da reunião com base nas seguintes razões, a saber: α) o § 15 n° 1 da Lei de Reuniões e Passeatas (Gesetz über Versammlungen und Aufzüge – VersG), prevê que a autoridade competente poderá cancelar a reunião, ou levantar a proibição ou sujeitar a certas condições se a segurança pública estiver diretamente ameaçada¹; β) ameaça direta à segurança pública; γ) o § 86a StGB (Strafgesetzbuch), preceitua que quem usar em organizações

¹ Cf. § 15 (1) Die zuständige Behörde kann die Versammlung oder den Aufzug verbieten oder von bestimmten Auflagen abhängig machen, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzuges unmittelbar gefährdet ist. Tradução livre: (1) A autoridade competente pode proibir a reunião ou passeata ou fazer com que elas dependam de certas condições, se, conforme circunstâncias reconhecíveis ao tempo da edição da medida (administrativa), a segurança pública ou a ordem estiverem diretamente ameaçadas com a realização da reunião ou passeata.

indicador considerado inconstitucional será punido com pena de prisão de até três anos ou multa²; δ) o § 130 n° 3 StGB prevê o crime de ódio com pena de prisão de até cinco anos ou multa para quem realize em público ato sob o ideário dos nazis que seja suscetível de perturbar a paz pública ou em uma reunião que aprove, negue ou banalize o nazismo e o n°4 prevê que será punido com pena de prisão de até três anos ou multa quem em uma reunião pública aprove, glorifique ou justifique a violência e o despotismo nazista e viole a dignidade das vítimas do Nacional Socialismo³; ε) o § 189 do Código Penal – StGB preceitua que aquele que denegrir a memória de um falecido será punido com prisão de até dois anos ou multa⁴; ζ) proteger à ordem liberal democrática da República Federal da Alemanha e às suas instituições; η) ele considerou também uma ameaça imediata para ordem pública por afrontar o senso moral dos cidadãos; θ) a proibição teria por escopo evitar a violação da dignidade das vítimas do regime nazista. Parece que o Chefe de Polícia baseou a sua previsão, em grande medida, na percepção do risco sobre a pessoa do requerente, os prováveis participantes, bem como o tema e a data da reunião. Pois o requerente fora uma figura proeminente da extrema-direita e com vários antecedentes criminais, inclusive crimes cometidos em reuniões. Sem excluir evidentemente que ele ponderou que um meio menos restritivo do que a proibição da reunião não poderia ser considerado, pois uma reunião de extrema direita na véspera da comemoração do dia para as vítimas do massacre de 1938, sob a proteção da Lei Fundamental de Bonn e da Polícia geraria a perda de confiança da população no estado. Para

²Cf. § 86a Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer 1. im Inland Kennzeichen einer der in § 86 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 4 bezeichneten Parteien oder Vereinigungen verbreitet oder öffentlich, in einer Versammlung oder in von ihm verbreiteten Schriften (§ 11 Abs. 3) verwendet oder 2. Gegenstände, die derartige Kennzeichen darstellen oder enthalten, zur Verbreitung oder Verwendung im Inland oder Ausland in der in Nummer 1 bezeichneten Art und Weise herstellt, vorrätig hält, einführt oder ausführt. (2) Kennzeichen im Sinne des Absatzes 1 sind namentlich Fahnen, Abzeichen, Uniformstücke, Parolen und Grußformen. Den in Satz 1 genannten Kennzeichen stehen solche gleich, die ihnen zum Verwechseln ähnlich sind. (3) § 86 Abs. 3 und 4 gilt entsprechend.

³Cf. § 130 Volksverhetzung: 3) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder verharmlost. (4) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer öffentlich oder in einer Versammlung den öffentlichen Frieden in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise dadurch stört, dass er die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft billigt, verherrlicht oder rechtfertigt.

⁴Cf. § 189 Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener. Wer das Andenken eines Verstorbenen verunglimpft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

além disso, ele considerou ainda que o exercício do direito de lutar contra a ordem democrática constitui um abuso que não vale a pena proteger.

Diante da proibição do Chefe de Polícia, o interessado formulou um requerimento ao Tribunal Administrativo de Aachen pedindo a suspensão da ordem, onde comprometia-se a não ser o orador da reunião. Ele ainda enfatizou que durante cinco aparições como orador não agiu de forma penalmente relevante. Em 4 de novembro de 2008, o Tribunal Administrativo de Aachen deferiu parcialmente o pedido e autorizou a reunião desde que o requerente não fosse o orador, sob pena de violar o § 130 n° 4 StGB (Código Penal). O referido Tribunal considerou que a proibição total da reunião revelava-se ilegal e a simples probabilidade de atos criminosos seria desproporcional para fundamentar a proibição total da realização de uma reunião. Sem excluir que não seria evidente que o requerente fosse de fato uma ameaça iminente para a segurança pública, de forma a eliminar a ordem liberal democrática. Imediatamente, o Chefe de Polícia de Aachen insurgiu-se contra a decisão sob o fundamento que o *slogan* da reunião já seria em si mesmo uma ofensa ao § 130 n° 3 StGB (Código Penal). Em 7 de novembro de 2008, o Superior Tribunal Administrativo revogou a decisão do Tribunal Administrativo de Aachen, com base nas seguintes razões: α) o § 80 n° 5 Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO (Leis Administrativas), que segundo o Tribunal não poderia impor condições, mas tão somente a proibição da realização da reunião; β) aceitar a realização da reunião significaria a banalização do genocídio; γ) a realização da reunião constituiria ofensa à dignidade das vítimas do nazismo; δ) a autorização da reunião seria capaz de perturbar a ordem pública.

O interessado na realização da reunião insurgiu-se contra a decisão do Superior Tribunal Administrativo e requereu, com base no § 32 n° 1⁵(Gesetz über das Bundesverfassungsgericht - BverfGG), ao Tribunal Constitucional uma injunção urgente com o propósito de impedir a produção de efeitos da decisão do STA⁶. O Tribunal Constitucional em

⁵ Cf. § 32. 1 (1) Das Bundesverfassungsgericht kann im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. Tradução livre: O Tribunal Constitucional pode, em caso de um litígio por um Estado conceder medidas provisórias, quando urgentes e necessárias, para evitar graves inconvenientes, para prevenir a violência ou ameaça de uma outra razão importante para o bem-estar geral.

⁶ Cf. decisões da 1ª Câmara do Primeiro Senado de 18 de Agosto de 2000 -- 1 BvQ 23/00 - NJW 2000, p. 3053; a partir de 1 de Setembro de 2000 - 1 BvQ 24/00 - NVwZ 2000, p. 1406; a partir de 6 de junho de 2007 - 1 BvR 1423 / 07 -, NJW 2007, p. 2167.

um exame preliminar constatou que não havia fundamento jurídico para a proibição da reunião e revogou a proibição, invocando as seguintes razões, a saber: α) o § 15 n°1 VersG exige uma ameaça iminente para a segurança pública, ou seja, um perigo real com base em provas. Portanto, meras suspeitas ou conjecturas não são suficientes⁷; β) a liberdade de reunião está consagrada no § 8° Grundgesetz - GG (*Lei Fundamental de Bonn*)⁸; γ) as reuniões públicas podem ser ofensivas à moral dos cidadãos⁹, no entanto a mera proximidade temporal de uma lembrança do regime nazista e às suas vítimas não possuem significado claro de ataque¹⁰; δ) ausência de base fática suficientemente concreta capaz de demonstrar a expectativa do cometimento de condutas penalmente relevantes; ϵ) o STA considerou que o *slogan* da reunião constituía, por si só, crime de ódio § 130 n° 3 StGB, todavia, a jurisprudência do Tribunal Constitucional exige como pré-requisito para qualquer apreciação jurídica das emissões, que o seu significado tenha sido devidamente registrado, sob pena de violação da liberdade de expressão¹¹; ζ) o objetivo de uma nova ponderação histórica a respeito da memória dos “outros” (alemães) pode ser justificada, pois esta não está fora do âmbito de proteção do art. 5° n° 1¹² GG, que consagra a liberdade de expressão, independentemente do seu conteúdo “justo” ou de “valores éticos”¹³; η) o art. 5° n° 2¹⁴ GG protege até mesmo

⁷ Cf. BVerfGE 69, 315 (353 f.), 87, 399 (409).

⁸ Cf. Artikel 8 (1) Alle Deutschen haben das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln. (2) Für Versammlungen unter freiem Himmel kann dieses Recht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes beschränkt werden. Tradução livre: “Art. 8 (1) Todos os alemães têm o direito de reunir-se pacificamente e sem armas, sem a necessidade de anúncio prévio ou autorização. (2) Para as reuniões ao ar livre, esse direito pode ser limitado por lei (por lei em sentido formal) ou com base na lei (por lei em sentido material).”

⁹ Cf. Tribunal Constitucional, as decisões da 1ª Câmara do Primeiro Senado de 26 de Janeiro de 2001 - 1 BvQ 9 / 01 -, NJW 2001, p. 1409; a partir de 26 de janeiro de 2006 - 1 BvQ 3 / 06 - NVwZ 2006, p. 585.

¹⁰ Cf. ver Tribunal Constitucional, as decisões da 1ª Câmara do Primeiro Senado de 26 de Janeiro de 2006 - 1 BvQ 3 / 06 - NVwZ 2006, p. 585 f.; de 27 Janeiro 2006 - 1 BvQ 4 / 06 - NVwZ 2006, p. 586-588.

¹¹ Cf. BVerfGE 93, 266 (295 ff), 94, 1 (9), 114, 339 (349), as decisões da 1ª Câmara do Primeiro Senado de 6. de Setembro de 2000 - 1 BvR 1056-95 -, NJW 2001, p. 61 (62), a partir de 7 de abril de 2001 - 1 BvQ 17/01, etc -, NJW 2001, p. 2072 (2074); a partir de 1 de dezembro de 2007 - 1 BvR 3041/07.

¹² Cf. Artikel 5 (1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt. Tradução livre: Todos têm o direito de livremente expressar e divulgar seu pensamento por palavra, escrito e imagem e, sem impedimentos, informar-se a partir de fontes a todos acessíveis. A liberdade de imprensa e a liberdade de noticiar por radiodifusão e cinematografia são garantidas. Não haverá censura.

¹³ Cf. BVerfGE 33, 1 (14 f.), 111, 147 (156).

¹⁴ Cf. Artikel 5 (2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre. Tradução livre: Estes direitos têm seus limites (fixados) nas normas das leis gerais, nos dispositivos legais para a proteção da (infância e) juventude e no direito à honra pessoal.

as declarações extremistas de direita¹⁵; θ) não é possível restringir pensamentos, o espírito, mas apenas atos específicos exteriorizados¹⁶; ι) está no reino das conjecturas a afirmação de que a reunião é capaz de eliminar a ordem liberal e democrática da República Federal da Alemanha.

2. LIBERDADE DE REUNIÃO NA ORDEM JURÍDICA ALEMÃ

Neste momento realizaremos uma breve suspensão reflexiva para a compreensão do substrato legal, doutrinário e jurisprudencial da liberdade de reunião no universo jurídico alemão. Posteriormente, por rigor metodológico vamos olvidar os nossos esforços no enquadramento dogmático da liberdade de reunião, com a convocação da metódica comparatística, a partir de algumas experiências jurídicas. Na Alemanha a liberdade de reunião está prevista no art. 8º¹⁷ da *Lei Fundamental de Bonn*, que preceitua que todos os alemães têm o direito de reunir-se pacificamente e sem armas, sem a necessidade de anúncio prévio ou autorização. E tratando-se de reuniões ao ar livre, esse direito pode ser limitado por lei (por lei em sentido formal) ou com base na lei (por lei em sentido material). Inicialmente merece nossa atenção, a circunstância de reconhecer esta liberdade unicamente aos alemães, vez que a dogmática dos direitos fundamentais, de base essencialmente antropológica, proíbe a supressão dos direitos de outros homens, sobretudo quando esta aniquilação representa a violação do núcleo essencial dos direitos fundamentais de estrangeiros e apátridas. Decerto, os imperativos da *comunidade constitucional inclusiva* impõe a extensão dos direitos de nacional às comunidades migrantes presentes em território estrangeiro, sobretudo no que se refere à *cittadinanza-partecipazione*. Entretanto, a maioria das Constituições dos estados continuam, inadequadamente, a reservar a liberdade de reunião para os respectivos cidadãos, mas existem exceções. Assim, a Constituição de Chipre, no artigo 21, nº 1: “*Every person has the right to freedom of peaceful assembly*”. Também a Constituição de Malta, de 1964 no artigo 32: “*Whereas every person in Malta*

¹⁵ Cf. BVerfGK 8, 159 (163); Tribunal de Justiça, decisão da 1ª Câmara do Primeiro Senado de 26 de Janeiro de 2006 - 1 BvQ 3 / 06 - NVwZ 2006, p. 585 (586).

¹⁶ Cf. BVerfGE 25, 44 (58), 111, 147 (159).

¹⁷ Cf. (1) Alle Deutschen haben das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln. (2) Für Versammlungen unter freiem Himmel kann dieses Recht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes beschränkt werden. Tradução livre: (1) Todos os alemães têm o direito de reunir-se pacificamente e sem armas, sem a necessidade de anúncio prévio ou autorização. (2) Para as reuniões ao ar livre, esse direito pode ser limitado por lei (por lei em sentido formal) ou com base na lei (por lei em sentido material).

is entitled to the fundamental rights (...) of peaceful assembly". Do mesmo modo, a Constituição da Estónia de 1992, no artigo 47: "*Everyone has the right, without prior permission, to assembly peacefully and to conduct meetings*". Iguamente, a Constituição da Polónia, no artigo 57: "*The freedom of peaceful assembly and participation in such assemblies shall be ensured to everyone*".

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão enxerga a liberdade de reunião como manifestação imediata da personalidade humana e como um dos mais distintos direitos humanos, constituinte para uma ordem estatal democrática de liberdade, porquanto possibilita o constante debate intelectual e o conflito das opiniões como elemento vital dessa forma de estado¹⁸. A doutrina alemã identifica uma estreita relação entre a liberdade de reunião e a ordem constitucional democrática liberal. Segundo esta tese, o direito de reunião abre um importante canal para a participação no complexo processo de formação da vontade popular, evitando a sensação de que essa vontade está nas mãos de "poderes anônimos"¹⁹. Sem excluir evidentemente que a liberdade de reunião protege uma forma de comunicação com as outras pessoas, isto é, o reunir-se. Tal como os artigos 5º (liberdade de expressão) e 9º (liberdade de associação) GG este direito fundamental é, por isso, designado como *direito fundamental de comunicação* e é também chamado direito fundamental de manifestação²⁰. Esta dimensão comunicativa justifica a sua inserção no amplo catálogo de direitos fundamentais, pois a comunicação com os outros e reunir-se com os outros é um direito fundamental de liberdade comunicativa indispensável ao desenvolvimento da própria personalidade²¹. O direito de reunião e o direito de manifestação estão ligados, funcional e teleologicamente, à formação da opinião pública, portanto constitui um pressuposto necessário da ordem constitucional democrática. É por esta razão, esses direitos podem ser catalogados entre os direitos fundamentais democráticos. A liberdade de reunião e de manifestação é instrumento de garantia de outras liberdades, sobretudo a liberdade política, a liberdade

¹⁸ Cf. BVerfGE 7; 198 (208); 12, 113 (125); 20, 56 (97); 42, 163 (169)

¹⁹ DIETEL, Alfred; GINTZEL, Kurt e KNIIESES, Michael: Demonstrations und Versammlungsfreiheit Kommentar zum Gesetz über Versammlungen und Aufzüge vom 24 juli 1953, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1994, p. 1.

²⁰ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard, *Grundrechte*, Staatsrecht II 22., neu bearbeitete Auflage C. F. Müller Verlag, p. 225.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa* Anotada, v. I, 4º ed., Coimbra Editora, p. 636.

sindical, a liberdade religiosa, a liberdade de associação e de organização coletiva em geral²².

A liberdade de reunião tem como finalidade primordial o favorecimento da comunicação entre a sociedade civil e o estado. Desta forma, ela configura um importante canal para a transmissão das mensagens políticas, cuja origem está a liberdade de expressão²³. O direito do cidadão de participação na formação política da vontade pública exterioriza-se não só pelo voto, quando da eleição, mas também na tomada de influência no processo permanente da formação política da opinião pública, a qual se deveria realizar, em um estado democrático, de maneira aberta, livre, desregulamentada e, em princípio, “livre do Estado”²⁴. Outrossim, a liberdade de reunião é elemento essencial da abertura democrática, pois oferece a possibilidade da tomada de influência pública no processo político, de desenvolvimento de iniciativas pluralísticas e de alternativas, ou também de crítica e protesto. É possível afirmar que elas contêm um quinhão de democracia direta que serve para proteger a vida política contra a estagnação da rotina, sobretudo em democracias com sistema representativo parlamentar e com poucos direitos plebiscitários de participação. Destarte, o direito de reunião é um elemento funcional fundamental e indispensável da democracia. Por outro lado a liberdade de reunião não é garantida de forma absoluta. O Art. 8º GG garante apenas o direito de “reunir-se pacificamente e sem armas” e, além disso, coloca esse direito para participantes de reunião a céu aberto sob reserva legal. Com isto, a *Lei Fundamental de Bonn* atenta para a circunstância de que, em virtude do contato com o mundo exterior, para o exercício da liberdade de reunião, há uma especial necessidade de regulamentação, a fim de, de um lado, sejam criadas as reais condições para o exercício e, de outro, sejam protegidos suficientemente os interesses colidentes de terceiros. Isto não significa, contudo, que o exercício da liberdade fundamental fique limitado ao âmbito de incidência delimitado pelo legislador, em respeito somente ao seu conteúdo essencial. É assente na jurisprudência do Tribunal Constitucional que o teor da Constituição, até encontra suas limitações

22 CANOTILHO, Canotilho, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, v. I, 4º ed., Coimbra Editora, p. 636.

23 DIETEL, Alfred; GINTZEL, Kurt e KNEIESES, Michael: Demonstrations und Versammlungsfreiheit Kommentar zum Gesetz über Versammlungen und Aufzüge vom 24 juli 1953, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1994, p. 1-2.

24 Cf. BVerfGE 20, 56 (98f)

nos limites das leis gerais, mas o alcance não pode ser relativizado arbitrariamente por leis materiais comuns²⁵. Portanto, o legislador deve respeitar as decisões fundamentais constitucionais firmadas no Art. 8º GG, ele pode limitar o exercício da liberdade de reunião somente para a proteção de outros bens jurídicos de mesma importância, sob estrita proteção do princípio da proporcionalidade. Quanto à Administração Pública e o Judiciário quando interpretam e aplicam as leis restritivas da liberdade de reunião devem interpretá-las sempre à luz do significado basilar desse direito fundamental no estado democrático de liberdade e limitar-se, em suas medidas, ao que é necessário para a proteção de bens jurídicos de igual valor²⁶.

O legislador em atendimento à reserva legal estabelecida no art. 8º GG formulou a Lei de Reuniões e Passeatas, em 24 de julho de 1953, alterada em 15 de novembro de 1978, que contém uma disciplina legal específica. No § 1º, ela reforça o direito de todos, de organizar reuniões e passeatas, bem como de participar dessas reuniões. No seu Título III, o referido diploma legal contém as seguintes prescrições a respeito de “reuniões públicas ao ar livre e passeatas”: “§ 14 (1) *Quem tiver a intenção de organizar uma reunião pública ao ar livre ou uma passeata, deve, no máximo com 48 horas de antecedência em relação a sua publicação, anunciá-lo à autoridade competente, sob a indicação do objeto da reunião ou da passeata. (2) No anúncio, deve ser indicada que pessoa é responsável pela reunião ou passeata*”. Igualmente importante o § 15 autoriza: “ (1) *A autoridade competente pode proibir a reunião ou passeata ou fazer com que elas dependam de certas condições, se, conforme circunstâncias reconhecíveis ao tempo da edição da medida (administrativa), a segurança pública ou a ordem estiverem diretamente ameaçadas com a realização da reunião ou passeata. (2) Ela pode dissolver uma reunião ou passeata quando não tiverem sido anunciadas, quando elas se afastarem das indicações do anúncio ou contrariarem as condições impostas, ou quando estiverem presentes os pressupostos de uma proibição, conforme o parágrafo primeiro. (3) Deve-se dissolver uma reunião proibida.*” Segundo a Lei de Reuniões e Passeatas o dever de anúncio prévio vale apenas para as reuniões a céu aberto, porque elas, em virtude de seus efeitos externos, frequentemente

²⁵ Cf. BVerfGE 7, 198 (207 s.); BVerfGE 7, 377 (404).

²⁶ Cf. BVerwGE 26, 135 (137) liberdade de reunião; BVerfGE 7, 198 (208); 60, 234, liberdade de expressão

exigem precauções especiais. A jurisprudência predominante entende que o dever de anunciar a manifestação dentro do prazo legal desaparece nas manifestações espontâneas²⁷. As reuniões espontâneas gozam da garantia do Art. 8º GG, pois as prescrições sobre o direito de reunião não são aplicáveis a elas, contanto que o fim perseguido com o evento espontâneo não possa ser atingido com o cumprimento dessas prescrições. O referido artigo, em seu parágrafo primeiro, garante fundamentalmente a liberdade de reunir-se sem anúncio prévio ou autorização, consoante o parágrafo segundo, para as reuniões a céu aberto, essa liberdade é, em verdade, restringível com fundamento legal. Neste sentido, as limitações não podem tornar totalmente ineficaz a garantia do parágrafo primeiro para determinados tipos de eventos. Pelo contrário, essa garantia, sob as condições mencionadas, isenta do dever de anúncio prévio. Esta construção funda-se no reconhecimento de que as prescrições regulamentadoras do direito de reunião são aplicadas à luz do direito fundamental da liberdade de reunião e, se for o caso, deixarão de ser aplicadas em face dele. O direito fundamental, e não a Lei de Reunião, garante a permissibilidade de reuniões e passeatas espontâneas. A lei prevê apenas limitações, desde que as mesmas sejam absolutamente necessárias.

Portanto, deduz-se que uma infração ao dever de anúncio prévio não leva automaticamente à proibição ou dissolução da reunião. De fato, comete um ilícito penal quem realiza uma reunião não anunciada como organizador ou diretor, consoante o § 26 VersG. A Lei de Reuniões e Passeatas, no § 15 II, determina tão somente que a repartição pública competente “pode” dissolver reuniões a céu aberto e passeatas quando elas não forem anunciadas previamente. Sem dúvida, a proibição e a dissolução pressupõem, de um lado, como *ultima ratio*, que o meio mais ameno do estabelecimento de obrigações a serem cumpridas pelos organizadores ou pelos próprios participantes esteja esgotado²⁸, consoante ao princípio da proporcionalidade. Tal princípio não limita apenas a discricionariedade na escolha do meio, mas também a discricionariedade da decisão das autoridades públicas competentes. Portanto, a liberdade de reunião protegida como direito fundamental somente deve ser preterida quando, a partir de um sopesamento de bens jurídicos e sob estrita observância do significado do direito de liberdade, se chegar à conclusão de sua

²⁷ Cf. BVerwGE 26, 135 (138); BayObLG, NJW 1970, p. 479

²⁸ Cfr. BVerwGE 64, 55.

necessidade para a proteção de outros bens jurídicos de igual dignidade. Por outro lado, a competência de intervenção pela autoridade pública é limitada, pois as proibições e dissoluções só serão admissíveis no caso de ameaça imediata à segurança ou à ordem pública. Por meio da exigência de *imediatidade*, os pressupostos da intervenção aqui são mais específicos do que no direito administrativo de polícia em geral. Um prognóstico do perigo é sempre necessário no caso concreto. Na verdade, ele contém frequentemente um juízo de probabilidade, cujos fundamentos devem ser demonstrados. Levando em consideração a dignidade da liberdade de reunião, a autoridade pública não pode, especialmente no caso da edição de uma proibição preventiva, satisfazer-se com poucas exigências no que concerne à qualidade do prognóstico do risco, sobretudo porque resta ainda a ela, no caso de avaliação errônea, a possibilidade de uma dissolução posterior da reunião²⁹. Em tom de síntese parcial, o § 15 da Lei de Reuniões e Passeatas é compatível com o Art. 8º GG se de sua interpretação e aplicação restar seguro que as proibições e dissoluções ocorrerão somente para a proteção de bens importantes da coletividade, sem prejuízo do princípio da proporcionalidade e apenas no caso de risco imediato a esses bens jurídicos, o qual pode ser inferido de circunstâncias reconhecíveis. Portanto, a interpretação da Lei de Reuniões e Passeatas deve ser *pro libertate*, sobretudo dos dispositivos relativos aos limites do exercício da liberdade de reunião³⁰.

A liberdade de reunião exige uma configuração organizacional e processual para tornar efetiva a proteção do direito fundamental. Neste sentido a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão entende que os direitos fundamentais influenciam não apenas a conformação do direito material, mas determinam também, simultaneamente, os critérios para a configuração organizacional e processual que torne efetiva a proteção dos direitos fundamentais, bem como a aplicação das existentes prescrições processuais que seja compatível com direitos fundamentais³¹. A Lei de Reuniões e Passeatas traz uma disciplina exaustiva sobre as reuniões realizadas ao ar livre. O § 16 proíbe a celebração de reuniões nas zonas de segurança que se estabelecem em torno dos órgãos legislativos tanto

²⁹ Cfr. BVerwGE 45, 51 (61).

³⁰ STERN, K. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1 Allgemeine. Lehren der Grundrechte, C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung, Múnich, 1988, p. 923 a 925.

³¹ Cf. BVerfGE 53, 30 (65 s. e 72 s.); BVerfGE 56, 216 (236) e 65, 76 (94); 63, 131 (143); 65, 1 (44, 49).

os federais quanto os estaduais, e também no Tribunal Constitucional. Contudo o § 17 traz uma série de exceções, entre elas destacam as atividades religiosas, os cortejos e as festas populares de caráter tradicional. Estas exceções parecem decorrer de sua reduzida periculosidade³². A Lei de Reuniões e Passeatas Alemã institui um regime de exercício da liberdade de reunião com limites precisos ao direito, ordenados de forma sistemática, com o que prescinde de cláusulas excessivamente genéricas que podem afetar a segurança jurídica, tão importante nesta matéria. Sem excluir evidentemente que estabelece uma relação de colaboração entre o organizador e as autoridades administrativas para a salvaguarda da ordem pública³³. O Tribunal Constitucional num exame preliminar do caso em estudo constatou que não havia fundamento jurídico para a proibição da reunião. Por se tratar de uma medida judicial provisória, o referido tribunal não preocupou-se em precisar os contornos dogmáticos do direito fundamental. Portanto, neste momento, faz-se necessário a delimitação do âmbito de proteção da liberdade de reunião para uma melhor compreensão do caso objeto desta investigação.

3. ENQUADRAMENTO DOGMÁTICO DA LIBERDADE DE REUNIÃO

Os direitos de reunião e de manifestação são direitos distintos. O primeiro é necessariamente um direito de ação coletiva, mas os seus titulares são os cidadãos em si mesmos. Pode ser de exercício privado ou público, não tem de supor a expressão de uma mensagem contra ou dirigida a terceiros e pode servir aos mais diversos objetivos e motivações, como culturais, profissionais, políticos, religiosos etc. Ao passo que a liberdade de manifestação não é necessariamente um direito coletivo, é perfeitamente possível a realização de uma manifestação individual, necessita, todavia, revestir-se de uma forma de exercício público, pois supõe a expressão de uma mensagem dirigida contra ou em direção a terceiros, nem que seja endereçada à opinião pública e serve, normalmente, à propósitos ou motivações políticas³⁴. Entretanto, parte da doutrina entende que no

32 GONZALEZ, José Luís López, Consideraciones de Derecho comparado em torno a la libertad de reunión y manifestación, in Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol n° 11/12, p. 225.

33 *Ibid.*, p. 227.

34 CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, v. I, 4 ° ed., Coimbra Editora, p. 636.

conceito de reunião entraria o de manifestação. Portanto, a manifestação seria uma “reunião qualificada”, tanto pela forma (concentração, comício, desfile, passeata) quanto pela sua função de exteriorização de ideias, crenças, opiniões, posições políticas e sociais. Qualificada também pela consciência e pela vontade comuns a todos os participantes de exprimirem ou explicitarem uma mensagem contra ou dirigida a terceiros, quase sempre à opinião pública. Sem excluir o fato de ser sempre desfrutada em local público³⁵. Parece-nos que assiste razão àqueles que autonomizaram o direito de manifestação e o de reunião, sobretudo na experiência jurídica portuguesa. A Constituição de 1976³⁶ teve o cuidado de autonomizar o direito de reunião do direito de manifestação no art. 45^{o37}, assim a limitação do direito a um mero fim de formação da opinião pública não possui amparo constitucional na realidade jurídica portuguesa, pois se a reunião tivesse como único fim a realização de manifestação, o direito de reunião não teria qualquer conteúdo útil³⁸. Portanto, o direito de manifestação é um direito de titularidade individual, e não há razões para considerá-lo de gozo coletivo. Já o direito de reunião, embora de titularidade individual, é de aproveitamento coletivo. É perfeitamente possível a existência de uma reunião sem que exista uma manifestação, como uma reunião realizada em local privado, sem qualquer intenção de veicular ou exteriorizar mensagem aos não participantes. É igualmente possível existir o gozo do direito de manifestação sem que exista uma reunião, como o manifestante individual. Nesta hipótese, haverá o exercício do direito de manifestação e não somente o gozo da liberdade de expressão³⁹.

35 Neste sentido, Miranda, Jorge e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 464.

36 A Constituição Portuguesa constitui um exemplo assaz raro. A Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 20), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 21), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 11, n.º 1 e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 12, n.º 1 apenas referem a liberdade de reunião pacífica.

37 Cf. Art. 45 1. Os cidadãos têm o direito de se reunir, pacificamente e sem armas, mesmo em lugares abertos ao público, sem necessidade de qualquer autorização. 2. A todos os cidadãos é reconhecido o direito de manifestação.

38 BAPTISTA, Eduardo Correia, *Os Direitos de Reunião e de Manifestação no Direito Português*, Almedina ed., 2006, p. 22.

39 Neste sentido, Canotilho, José Joaquim Gomes e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, v. I, 4.º ed., Coimbra Editora; Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, 20.º ed., São Paulo, 1999, p. II, T. II, Cap. II, parágrafo 11. Em sentido divergente: Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. IV, 3.º ed., Coimbra, 2000, p. 486, nota 1; J. Miranda de Sousa, *O Direito de Manifestação*, *Boletim do Ministério da Justiça*, 375, 1998, p. 5-26, p.7-8; Michael Kniesel, *Die Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit – Verfassungsrechtliche Grundlagen und versammlungsgesetzliche Konkretisierung*, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, *Hef 14*, p. 857-867, p. 858 (entende como forma de liberdade de

O direito de manifestação é importante para as minorias e, de forma geral, para as partes mais desprotegidas da sociedade. O Tribunal Constitucional Alemão afirmou que grandes associações, pessoas abastadas e meios de comunicação gozam de uma enorme influência, que os cidadãos comuns por intermédio deste direito podem em parte igualmente adquirir, contornando o limitado acesso à comunicação social⁴⁰. O referido Tribunal afirma que este direito produz um efeito “descompressão”, permitindo a grupos prejudicados exteriorizar a sua frustração, evitando que recorram a outros meios. É importante que fique claro que a reunião exige, desde logo, consciência e vontade de reunião, o que a distingue de um encontro fortuito, ela supõe uma ligação intrínseca entre os participantes. O simples ajuntamento ou concentrações ocasionais não se enquadra no conceito de reunião⁴¹. Todavia, também os meros ajuntamentos podem transformar-se em reuniões, se surgir a ligação interna que a princípio não existia. Desta forma, o conceito de reunião demanda o agrupamento de pessoas, a reunião deve ser pessoal pela concentração de pessoas num dado espaço que provoque proximidade física⁴². Ao contrário, as concentrações de pessoas utilizando automóveis, máquinas agrícolas, motocicletas não se enquadram no conceito de reunião. Portanto, as constituições tutelam a reunião de pessoas e não de pessoas utilizando meios de transportes. A delimitação do âmbito normativo de reunião não deve ter como ponto de partida ou esquemas apriorísticos redutores, quer no que tange ao número de participantes, quer no que concerne ao objetivo ou a finalidade perseguida. Quanto à exigência de fim comum, parece-nos que basta a intencionalidade subjacente ao agrupamento, o desejo de reunir-se tão-somente. Não há que se perscrutar os objetivos psicológicos de cada participante, por ausência de pertinência. A análise do fim comum deve ser feita objetivamente, independentemente das motivações psicológicas de cada participante⁴³. Muito embora o direito de reunião e de manifestação sejam direitos fundamentais democráticos não significa que o fim seja

expressão); Luís Díez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, 2003, p. 333.

⁴⁰ Cf. BverfGE, 69, 315.

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, v. I, 4.º ed., Coimbra Editora, p. 637.

⁴² No mesmo sentido: Roberto Borrello, *Riunione (diritto di)*, *Enciclopedia del Diritto*, v. XL, Milano, 1989, p. 1401-1439, 1401, 1406, 1408 e 1409; Adriana Carli, *Riunione (libertà di)*, *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, v. XIII, Torino, 1997, p. 479-493; Ulrich Battis/Klaus Grigoleit, *Neue Herausforderungen für das Versammlungsrecht*, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2001, *Hef 2*, p. 121-129 e 125-126.

⁴³ BORRELLO, Roberto, *Riunione (diritto di)*, *Enciclopedia del Diritto*, v. XL, Milano, 1989, p. 1407.

estritamente político⁴⁴. Não é sustentável restringir o conceito de reunião à discussão de assuntos públicos. Na experiência jurídica alemã esta restrição não decorre nem da letra do texto, nem da posição sistemática do art. 8º GG. Talvez a explicação esteja no contexto histórico de consagração da liberdade de reunião: a luta pelo direito fundamental foi desencadeada predominantemente em razão de concentrações políticas, o que não exclui outras reuniões igualmente dignas de proteção⁴⁵. Parte da doutrina alemã associa a reunião à manifestação (formação da opinião pública) para gozarem de tutela constitucional⁴⁶. Neste sentido, os eventos desportivos e comerciais não subsumem-se ao conceito de reunião. O Tribunal Constitucional alemão entendeu que todos estes eventos estão fora do âmbito do conceito de reunião⁴⁷. Inicialmente o Tribunal Constitucional parecia inclinar-se para uma noção alargada de reunião, que compreendia manifestações, nas diversas formas de comportamento comunitário⁴⁸, todavia em sua decisão de 12 de julho de 2001, orientou-se claramente para uma associação restritiva do direito de reunião a fins de formação da opinião pública: *“Dementsprechend sind Versammlungen im Sinne des art. 8º GG örtliche Zunsammenkünfte mehrerer Personen zwecks gemeinschaftlicher Erörterung und Kundgebung mit dem Ziel der Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung”* e que um mero ajuntamento de pessoas com vista a outros fins não seria protegido pelo art. 8º GG: *“Für die Eröffnung des Schutzbereichs des art. 8º GG reicht es nicht aus, dass die Teilnehmer bei ihrem gemeinschaftlichen Verhalten durch irgendeinen Zweck miteinander verbunden sind”*⁴⁹. Em sentido diametralmente oposto, a Constituição Portuguesa de 1976⁵⁰ teve o cuidado de autonomizar o

44 CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, v. I, 4º ed., Coimbra Editora, p. 637.

45 PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard, *Grundrechte*, Staatsrecht II 22., neu bearbeitete Auflage C. F. Müller Verlag, p. 226.

46 Neste sentido: Johannes Deger, *Sind Chaos-Tage und Techno-Paraden Versammlungen?*, Neue Juristische Wochenschrift, 1997, Heft 14, p. 923-925; Wolfgang Hoffmann-Riem, *Neuere Rechtsprechung des BVerfG zur Versammlungsfreiheit*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2002, Heft 3, p. 257-265; Droegge Arndt, *Versammlungsfreiheit versus Sonn- und Feiertagsschutz*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2003, heft 3, p. 906-913.

47 Cf. BVerfG, NJW 2001, 2459, Love Parade.

48 Cf. BVerfGE 69, 315.

49 Cf. BVerfG, 1 BvQ 28/01 vom 12.7.2001.

50 A Constituição Portuguesa constitui um exemplo assaz raro. A Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 20), o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (art. 21), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 11, nº 1 e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 12, nº 1 apenas referem a liberdade de reunião pacífica).

direito de reunião do direito de manifestação no art. 45º, como já vimos, a limitação do direito a um mero fim de formação da opinião pública não possui amparo constitucional na realidade jurídica portuguesa, pois se a reunião tivesse como único fim a realização de manifestação, o direito de reunião não teria qualquer conteúdo útil⁵¹.

Uma ordem constitucional que defende a liberdade não deve ser interpretada de forma a limitar o âmbito normativo da liberdade de reunião. Entender que as reuniões com fins privados não beneficiam-se da proteção constitucional não traz qualquer mais-valia quanto à salvaguarda de outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Os eventos desportivos e comerciais podem não ser reuniões para os respectivos setores, mas podem ser reuniões ou manifestações para os que acedem a tais realizações⁵². Deve-se buscar o sentido mais abrangente do direito fundamental quando não houver colisão com outros bens constitucionais por meio de uma metódica interpretativa dinâmica *favor libertatis*⁵³. Compreender em sentido contrário, equivaleria aceitar a liberdade de reunião como mero *direito subjetivo legal*, onde as autoridades administrativas gozariam de um poder bastante amplo para interromper reuniões com fins privados em locais públicos do que reuniões com fins políticos ou de relevância pública, parece-nos que tal construção não se sustenta diante da percepção da liberdade de reunião como direito fundamental. O regime jurídico da liberdade de reunião apenas como um *direito subjetivo legal* vigorou no Reino Unido até à sua vinculação à Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁵⁴. Mesmo após, em razão da não incorporação da Convenção, a liberdade de reunião continuou sujeito à restrita e vaga *Common Law*, somente com *Humam Rights Act* de 1998, que entrou em vigor em 2 de outubro de 2000, ficou assegurado o direito. Anteriormente, apenas por força de uma decisão da Câmara dos Lordes em 1999 no caso *DPP v. Jones*, o direito de reunião e de manifestação nos passeios das estradas foi reconhecido, depois de ter sido rejeitado por tribunais de instância com

51 BAPTISTA, Eduardo Correia, Os Direitos de Reunião e de Manifestação no Direito Português, Almedina ed., 2006, p. 22.

52 CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, v. I, 4º ed., Coimbra Editora, p. 637.

53 Neste sentido: A Perez Luño, Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, 8º ed., Madrid, 2003, p. 315-316.

54 KLUG, Francesca; STARMER, Keir; WEIR, Stuart, The Three Pillars of Liberty: Political Rights and Freedoms in the United Kingdom, Routledge, 1996; VORSPAN, Rachel, Freedom of Assembly and the Right to Passage in Modern English Legal History, San Diego Law Review, v. 34, 1997 (may/june), p. 921 e ss.

base no *Public Order Act* de 1986, que foi modificado em 1994 em termos restritivos⁵⁵. O tema “*peaceful protest*” na Inglaterra poderia constituir-se objeto de uma vasta investigação. Apenas para sublinhar, antes do Human Rights Act (1998) a “*common law constitution*” no Reino Unido estava baseada na ideia de liberdades residuais, quer dizer, “*people were free to do whatever they liked provided they did not at the same time break the law*”⁵⁶. Subjacente a esta concepção está o conflito entre o “*rule of law*” e soberania do parlamento inglês. Desde a Revolução de 1689 a palavra final pertence ao Parlamento democraticamente eleito, assim em 2005 o referido órgão pela primeira vez impôs a necessidade de prévia autorização para aqueles que desejassem exercer o direito de reunião além dos limites físicos da “*House of Commons*”.⁵⁷ Não é verdadeira a afirmação de que a *common law* não conhece direitos humanos, alguns juizes “descobriram” certos direitos inerentes à *common law*⁵⁸. Parece que o problema reside na limitada “influência” dos “*European rights*” no direito inglês. Todavia a Convenção Europeia de Direitos Humanos teve uma grande importância prática mesmo antes de 1998, pois foi decisiva em alguns casos diante das incertezas e da incompletude da *common law*, da ambigüidade das normas escritas e muito especialmente no exercício da discricionariedade judicial⁵⁹. Sem dúvida o *Human Rights Act* (1998) constitui um marco na história recente dos direitos no Reino Unido, decerto o seu principal objetivo é promover e garantir efetiva proteção dos direitos humanos *domesticamente* – “*to give further effect to the ECHR*”. A seção 3 cuida da interpretação da legislação que “quando possível” deverá ser interpretada e executada em conformidade com Convenção – “*So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights*”. Nas hipóteses em que isto não seja possível resta aos juizes a “*declaração de incompatibilidade*” – “*If the court is satisfied*

55 CLAYTON, Gina, Reclaiming Public Ground: The Right to Peaceful Assembly, *Modern Law Review*, v. 63, 2000, p. 252-260.

56 MEAD, David, *The New Law of Peaceful Protest Rights and Regulation*, Hart Publishing, Oxford, 2010, p. 26. Para uma compreensão histórica desta visão ver muito especialmente, AV Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed., London, MacMillan, 1959.

57 Cf. Sections 132-138 of the *Serious Organised Crime and Police Act 2005*.

58 Cf. *Case Hubbard v Pitt* [1976] QB 142 (CA) 174 e *Dr. Bonham's case* (1610) 8 Co Rep 113b 118a.

59 Cf. *Derbyshire County Council v Times Newspapers* [1992] 3 WLR 28 (CA), julgada também pela House of Lords: [1993] AC 534; *Waddington v Miah* [1974] 2 All ER 377; *R v Secretary of State for the Home Department ex parte Norney* [1995] 7 Admin LR 861; *Middlebrook Mushrooms v Transport and General Workers' Union* [1993] ICR 612.

that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility". Significativo contributo podemos encontrar na seção 6 que impõem as autoridade públicas agirem em conformidade com a Convenção – *"It is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right"*. Sem excluir evidentemente a possibilidade de a *vítima* de violação de direitos humanos por atos de autoridade pública recorrer aos tribunais - *"A person who claims that a public authority has acted (or proposes to act) in a way which is made unlawful by section 6 (1) may – (a) bring proceedings against the authority under this Act in the appropriate court or tribunal, or (b) rely on the Convention right or rights concerned in any legal proceedings, but only if he is (or would be) a victim of the unlawful act"*. O caso Laporte expressa em claros contornos a interpretação da *liberdade de reunião* no universo jurídico inglês e europeu:

"Article 10 confers a right to freedom of expression and article 11 to freedom of peaceful assembly. Neither right is absolute. The exercise of these rights may be restricted if the restriction is prescribe by law, necessary in a democratic society and directed to any one of a number of specified ends. The Strasbourg court has recognised that exercise of the right to freedom of assembly and exercise of the right to free expression are often, in practice, closely associated. The fundamental importance of these rights has been stressed (Refere-se a Steel v UK [1998] 28 EHRR 03; Ezelin v France [1991] 14 EHRR 362 e Zilliberberg v Moldova App. 61821/00 EctHR decisão de inadmissibilidade a 4 de maio 2004). It is the duty of member states to take reasonable and appropriate measures to enable lawful demonstrations to proceed peacefully [...] Thus the protection of the articles may be denied if the demonstrations is unauthorised and unlawful [...] or if conduct is such as actually to disturb public order [...] But (Zilliberberg) 'an individual does not cease to enjoy the right to peaceful assembly as a result of sporadic violence or other punishable acts committed by others in the course of the demonstrations, if the individual in question remains peaceful in his or her own intentions or behaviour' [...] The Strasbourg court will wish to be satisfied not merely that a state exercised its discretion reasonably, carefully and in good faith, but also that it applied standards in conformity with Convention standards and based its decisions on a acceptable assessment of the relevant facts"⁶⁰. Na ordem jurídica inglesa, circunscrevendo-se

60 Cf. R. (Laporte) v Chief Constable of Gloucestershire [2006] UKHL 55 at [52].

exclusivamente a perspectiva legal, as principais ameaças à liberdade de reunião advêm, a saber: α) Criminal Justice and Police Act 2001 – section 42 e 42A introduzido pelo Serious Organised Crime and Police Act 2005; β) Criminal Justice and Public Order Act 1994 – section 68. Infelizmente não enfrentaremos estas ameaças à liberdade de reunião na ordem jurídica inglesa por considerarmos que exorbitaria os estreitos limites desta anotação.

Na França, a liberdade de reunião também não tem assento constitucional expreso, embora alguns autores o retirem da remissão do Preâmbulo da Constituição de 1958 para o Preâmbulo da Constituição de 1946 que mantém em vigor a Declaração de 1789 e os princípios então proclamados⁶¹. Mesmo no domínio legal, este direito tem um limitado reconhecimento, pois o art. 6º da Lei de 30 de Junho de 1881, ainda em vigor, considera que este não pode ser exercido nos espaços públicos, embora se aceite que uma autorização nesse sentido o legitimará. O regime é essencialmente o mesmo no que concerne à organização de manifestações, pois o aviso prévio previsto no Decreto-Lei de 23 de outubro de 1935 converteu-se praticamente numa autorização discricionária. Na prática há uma certa tolerância em relação à mera participação em manifestações irregulares que não é punida⁶². Decerto este regime legal distancia-se do art. 11, n° 1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, visto que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considerou que uma reunião anual da comunidade cigana no Reino Unido constituía uma reunião para efeitos deste direito: “*The Courts finds, first of all, that the prohibition order interfered with the right of freedom of assembly of the applicants within the meaning of Article 11 § 1 of the Convention*”⁶³. A decisão não exigiu, pois, qualquer fim de manifestação ou sequer um fim público, relevante para toda a sociedade. O que estava em causa era uma reunião de uma minoria para prosseguir fins essencialmente privados. Em qualquer caso, o TEDH acabou por indeferir liminarmente a ação, por entender que a proibição de a realizar no local tradicional fora justificada. Posteriormente, o TEDH foi mais cauteloso, mas seguiu

61 ROBERT, Jacques, *Droits de L’homme et libertés fondamentales*, Paris, 5º ed., 1993, p. 699.

62 TERCINET, Marcel-René, *La Liberté de Manifestation em France*, em *Revue du Droit Public*, 1979, n° 4, p. 1009-1023, 1043-1044 e 1058; ROBERT, Jacques, *Droits de L’homme et libertés fondamentales*, Paris, 5º ed., 1993, p. 697.

63 Cf. *The Gypsy Council and Others against the United Kingdom*, Fourth Section, Decision As To The Admissibility to Application n° 66336/01, 14 may 2002, parág. II. A.1.

a mesma jurisprudência. Sendo confrontado por alegações da Turquia, que fora o estado demandado, assim manifestou-se: *"(...) it was not possible to characterise the gatherings mentioned by the applicant, such as exhibitions, festivals, concerts, fairs and receptions, as 'assembly' under Article 11 of the Convention. This provision, the Government submitted, did not include gatherings for purpose of entertainment, or such occasions where people come together to share, or enjoy, the company of others"* e perante a réplica do autor de que *"(...) although the case-law to date on the interpretation of the term 'assembly' was not extensive and had focused on demonstrations, Article 11 of the Convention covered the right of persons to gather together in order to further their common interest in a peaceful manner, whether in public or private meetings"*, acabou por considerar que se encontravam protegidos porque: *"despite the varied nature of the meetings the applicant wished to attend, they all shared a core characteristic: they were bi-communal. Thus, irrespective of the form they took and by whom they were organised, their aim was the same, namely, to bring into contact Turkish Cypriots living in the north and Greek Cypriots living in the south with a view to engaging in dialogue and exchanging ideas and opinions with the hope of securing peace on the island"*⁶⁴. Portanto, o TEDH não exigiu que uma reunião para ser tutelada tivesse fins de manifestação, no presente caso, bastou-lhe que tivesse um fim coletivo, e no caso garantir a paz.

A Corte de Strasburgo ainda afirmou que

"il diritto alla libertà di riunione è un diritto fondamentale per una società democratica e, non diversamente dal diritto alla libertà di espressione, costituisce uno dei fondamenti di un tale tipo di società. Di conseguenza non può essere soggetto ad un'interpretazione restrittiva... Come tale questo diritto riguarda sia riunioni private sia riunioni in luogo pubblico, sia manifestazioni statiche in un luogo, sia manifestazioni itineranti; si tratta di diritto facente capo sia al singolo sia a chi organizza la riunione. Inoltre la Corte osserva come sullo Stato non ricade solamente il dovere di garantire il diritto di riunione pacifica ma anche quello di astenersi dall'applicare ad esso restrizioni di tipo indiretto. Da ultimo la Corte è dell'opinione che, benché precetto essenziale dell'art. 11 sia la protezione del diritto del singolo da interferenze arbitrarie dei pubblici poteri, si possa

64 Cf. Case Of Djavit An v. Turkey, First Section, Judgment, 20 February 2003, parágrafos 44, 48, 60 e 62.

individuare in aggiunta un obbligo positivo di garantire l'effettivo godimento di tale diritto."⁶⁵

A Corte ainda reconheceu que

*"l'effettività del diritto di riunione pacifica non può ridursi al mero dovere dello Stato di non interferire; è invece dovere degli Stati Contraenti di adottare misure ragionevoli ed appropriate a consentire lo svolgimento pacifico di dimostrazioni conformi alla legge. Deve inoltre essere ricordato che in una società democratica, basata sul principio dello stato di diritto, alle posizioni politiche diverse da quelle che detengono il potere e che vengono esercitate attraverso strumenti pacifici deve essere garantita una concreta possibilità di espressione sia mediante l'esercizio del diritto di riunione sia mediante gli altri strumenti riconosciuti dall'ordinamento. Le pubbliche Autorità sarebbero state pertanto tenute ad adottare misure idonee a prevenire atti di violenza diretti contro i partecipanti alla dimostrazione dei ricorrenti, o almeno a limitarne la portata"*⁶⁶.

Portanto, segundo o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, os estados-partes da Convenção Europeia de Direitos Humanos, não apenas possuem o dever de não impedir uma reunião ou manifestação pacífica, mas também recaem sobre eles a *obrigação positiva* de promovê-las e de impedir atos de violência de terceiros que possam prejudicar este direito.

Na Itália, o Tribunal Constitucional entendeu que a reunião compreendia ajuntamentos com uma generalidade de fins, incluindo os religiosos: "*(...) stabilito il carattere generale della norma dell'art. 17 e la sua riferibilità ad ogni specie di riunione, comprese quelle a carattere religioso*"⁶⁷. Mas também sustentou que se encontram compreendidas as reuniões para fins puramente privados, de puro divertimento, como bailes: "*puri fatti di riunione, per escopo di comune divertimento o passatempo. Tale è l'ipotesi della festa da ballo, la quale pertanto ricade intereamente sotto il precetto dell'art. 17 della costituzione*"⁶⁸. Neste sentido, afirmou ainda: "*Il diritto di riunione è quindi tutelato nei confronti della generalità dei cittadini, che, riunendosi, possono dedicarsi a quelle attività lecite, anche*

⁶⁵ Cf. Corte Europea dei Diritti Umani, sentenza 12 ottobre 2005.

⁶⁶ Cf. Corte Europea dei Diritti Umani, sentenza 15 febbraio 2006.

⁶⁷ Cf. Sentenza n° 45, 8 marzo 1957.

⁶⁸ Cf. Sentenza n° 142, 12 dicembre 1967.

*se per scopo di comune divertimento o passatempo*⁶⁹. Recentemente, o tema liberdade de reunião novamente reclamou uma apreciação crítica, trata-se muito especialmente da “Direttiva Maroni” de 26 de janeiro de 2009 do Ministro da Interna Administração, que permite aos administradores locais disciplinar as manifestações nos centros urbanos e nas áreas sensíveis. O art. 17 da constituição italiana não define o que seja reunião, considerável parte da doutrina italiana entende por reunião ocorre a partir da presença simultânea e voluntária de várias pessoas no mesmo lugar (entenda-se como “*proximidade física*” que pode também exteriorizar-se em movimento por meio de cortejos ou procissões⁷⁰), com o fim de atender um interesse comum de qualquer espécie, sob o convite de um ou de os vários organizadores ou prévio acordo entre os participantes ou mesmo sem um prévio acordo entre os participantes (como pode ocorrer, por exemplo, um encontro pelas ruas para festejar conjuntamente uma vitória esportiva). As reuniões não previamente acordadas e casuais constituem uma espécie do gênero *reunião* (denominadas, “*assembramenti*”, em que não incide a obrigação de pré-aviso)⁷¹. O “*assembramento*” é um casual e não acordado agrupamento de pessoas, que não nasce da consciência e da vontade de realizar uma interação social⁷².

O art. 17 não indica um número mínimo de pessoas necessário, a doutrina entenda ilógico submeter qualquer agregação voluntária de

⁶⁹ Cf. Sentenza n° 56, 9 april 1970.

⁷⁰ Cf., Entre outros, A. BARBERA, Principi costituzionali e libertà di corteo, in Studi in memoria di Carlo Esposito, vol. IV, Padova, Cedam, 1974, p. 2723 s.; R. BORRELLO, Riunione (diritto di), in Enc. dir., vol. XL, 1989, p.1412 s.; F. CUOCOLO, Istituzioni di diritto pubblico, Milano, Giuffrè, 2003, p. 712-13; G. TARLI BARBIERI, Art.17, in Comm. Cost., a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, Utet, 2006, p. 388; mas também Cass., sez. I pen., 8 giugno 1995, n. 7883, in Giust. pen., 1996, II, p. 367 s.

⁷¹ Cf., Entre outros, A. BARBERA, op. cit., p. 2746 s.; G.U. RESCIGNO, Corso di diritto pubblico, Bologna, Zanichelli, 2000, p. 604; B. PEZZINI, La tutela e la garanzia dei diritti fondamentali: la libertà di riunione, in Atti del convegno di studi. Brighton, 6, 7 e 8 settembre 2001, in Quad. Dipartim. Scienze giur. di Bergamo, n. 15, 2004, p. 64; P. CARETTI, U. DE SIERVO, Istituzioni di diritto pubblico, Torino, Giappichelli, 2008, p. 481.

⁷² Cf. A. PACE, La libertà di riunione nella Costituzione italiana, Milano, Giuffrè, 1967, p. 24; P. GIOCOLI NACCI, Libertà di riunione, in Trattato dir. amm., diretto da L. Santaniello, vol. XII, Padova, Cedam, 1990, p. 159 s.; M. RUOTOLO, La libertà di riunione e di associazione, in I diritti costituzionali, a cura di R. Nania, P. Ridola, vol. II, Torino, Giappichelli, 2006, p. 682. Em sentido contrário, alguns autores entendem que presença simultânea de vários indivíduos, que não realizam alguma forma de interação social não pode ser considerada nem mesmo os “assembramenti”, como por exemplo G. TARLI BARBIERI, op. cit., p. 397; R. BORRELLO, op. cit., p. 1414-15). Neste sentido também Cass., sez. I pen., 7 marzo 1977, in Giust. pen., 1977, II, p. 558 s. – enquanto – Cass., sez. I pen., 30 novembre 1977, in Cass. pen., 1979, p. 1343 s., afirma que «nel concetto di riunione rientra tanto l’adunata quanto l’assembramento di più persone, siano esse ferme oppure in movimento».

pessoas em lugar público a uma tal obrigação⁷³. Um problema que se coloca é saber se o âmbito de incidência da liberdade de reunião alcança também a participação de meios de transporte. Para Vignudelli o silêncio da norma deve conduzir a conclusão de que tais meios integram o âmbito de incidência do art. 17⁷⁴. A liberdade de reunião alcança também o direito de *reunir-se em assembleia*, expressamente reconhecido aos trabalhadores na unidade produtiva na qual desenvolvem suas atividades (*Statuto dei lavoratori* – art. 20 legge 20 maggio 1970, n. 300) e aos estudantes nos espaços da escola (art. 42 D.P.R. 31 maggio 1974, n. 416)⁷⁵. No que concerne aos titulares da liberdade de reunião, não obstante o art. 17 refira-se expressamente aos “*cittadini*”, hoje uma inclusiva interpretação alcança igualmente estrangeiros e apátridas⁷⁶. O próprio art. 2 do “*Testo unico sull’immigrazione*” (decreto legislativo n. 286/1998), garante ao estrangeiro regularmente residente no território italiano o gozo dos mesmos direitos em matéria civil atribuídos aos nacionais italianos⁷⁷. Convém assinalar que a exclusão do “*non cittadini*” pode ser explicada à luz da origem histórica do instituto, como já vimos a liberdade de reunião é o principal instrumento pela qual a *opinione pública* pode exercitar uma forma de pressão sobre os

73 A. GARDINO CARLI, Riunione (libertà di), in Digesto disc. pubbl., vol. XIII, 1997, p. 488, parla di «palese assurdità di tale conclusione», enquanto M.P.C. TRIPALDI, L’ordine pubblico come limite immanente alla libertà di riunione, in AA.VV., Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile, Padova, Cedam, 2003, p. 834, sublinha que «scontato il fatto che le riunioni rilevanti per l’ordinamento giuridico siano quelle indette allo scopo di manifestare un pensiero, un credo, un’ideologia». Assim o dever de pré-aviso deve ser considerado não incidente qualquer quer seja o número de participantes que não seja assim elevado capaz de prejudicar os direitos de terceiros e de representar um motivo de alarme para a segurança pública (A. PACE, Problematica delle libertà costituzionali, Pt. spec., Padova, Cedam, 1992, p. 322).

74 VIGNUDELLI, Aljs, Diritto Costituzionale, Giappichelli Editore, Torino, Quinta edizione, 2010, p. 506. Em sentido contrário, Pace.

75 MARTINES, Temistocle, Diritto Costituzionale, Dodicesima edizione interamente riveduta da Gaetano Silvestri, Giuffrè Editore, 2012, p. 558.

76 CARETTI, P. I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali, Torino, Giappichelli, 2005, p. 370; TARLI BARBIERI, G., op. cit., p. 386.

77 Cf. Art. 2 Cost. “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.” ; Art. 3 “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.”; Art. 10 Cost. “L’ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute. La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali.”. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU e Convenção Europeia de Direitos Humanos também garantem a liberdade de reunião. Para além disso a própria Corte Constitucional Italiana considera que o art. 3 garante igualdade de tratamento também aos estrangeiros, não obstante o referido dispositivo refira-se somente aos cidadãos (Sentenza n. 62 del 1994, n. 219 del 1995, n. 509 del 2000).

órgãos de governo. Exatamente por tal motivo a constituição interpretou *restritivamente* o conceito de opinião pública, e neste sentido limitou o reconhecimento da liberdade de reunião tão-somente aos cidadãos⁷⁸. A constituição exige que a reunião desenvolva-se pacificamente e sem armas, e prever também o dever de pré-aviso aos autoridades no caso de lugar público. Este limite objetivo à liberdade de reunião igualmente pode ser encontrado em diversas constituições europeias⁷⁹ e no art. 12 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Decerto uma reunião de pessoas armadas colocaria em risco os direitos fundamentais de todos os outros cidadãos não participantes da reunião.

Tornou-se um lugar comum afirmar que reunião não pacífica coloca em risco a *ordem pública material*, convém entretanto assinalar que não é a *ordem pública* em si mesma que constitui um limite à liberdade de reunião, se assim fosse, uma interpretação *extensiva* deste conceito *diluiria* a própria liberdade de reunião (Barbera, Coccozza e Corso)⁸⁰. Mas quantas pessoas devem estar armadas para que uma inteira reunião possa dizer-se *armada*? Um indivíduo, a maioria, uma parte significativa ou todos? A interpretação que melhor se coaduna com um estado democrático livre é aquela, numa situação concreta na qual seja possível, deve ser respeitada a liberdade de reunião daqueles que intervieram sem armas, antes de dissolver a reunião, deve-se proceder ao afastamento dos indivíduos armados. Evidentemente a avaliação sobre a possibilidade de se fazer prosseguir a reunião ou simplesmente afastar tais indivíduos é um *juízo discricionário* das autoridades públicas. Problema maior se coloca a respeito dos pressupostos de um *reunião não pacífica*, quer dizer, aquela que pelo quadro fático (evolução) é possível hipotizar um desenvolvimento violento contra pessoas ou bens (Barbera, Coccozza e Corso). Evidentemente, o juízo de discricionariedade é ainda mais amplo que na *fattispecie* reunião armada, pois não baseia-se sobre um elemento material (arma) - e sim sobre um *juízo prognóstico* cuja origem são sensações subjetivas⁸¹.

O art. 17. 3 prevê a possibilidade de vedar *preventivamente* a reunião

78 VIGNUDELLI, Aljs, *Diritto Costituzionale*, Giappichelli Editore, Torino, Quinta edizione, 2010, p. 505-506.

79 Cf. Constituição da Bélgica (art. 26), Lei Fundamental de Bonn (art. 8), Lei Fundamental Dinamarquesa (art. 79), Constituição espanhola (21), Constituição portuguesa (art. 45), Constituição grega (art. 11).

80 VIGNUDELLI, Aljs, *Diritto Costituzionale*, Giappichelli Editore, Torino, Quinta edizione, 2010, p. 507.

81 *Ibid.*, p. 507.

por motivo de segurança ou de incolumidade pública, que naturalmente devem ser comprovadas. Trata-se de uma *excepcional* medida que exige uma *exauriente motivação* à luz da situação concreta, a fim de permitir uma irrisignação/apreciação do ato quer seja pelo interessado, quer seja pelo judiciário. O art. 17 foi regulamentado pelo "*Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza*", o T.U.L.P.S. de 18 de junho de 1931, n. 773, de manifesto cariz fascista, em que há dubiedade a respeito de vários dos seus dispositivos concernente à constitucionalidade. A Corte Constitucional para além de haver censurado o art. 18 T.U.L.P.S. na parte em que impunha o pré-aviso também para as reuniões em lugares abertos ao público⁸², posteriormente afirmou na sentença n. 11 de 1979 que a ausência de tal dever não justifica a "dispersão" da reunião em lugar público, haja vista que "[...] riunioni, pur precedute da preavviso, ben possono attentare alla sicurezza e alla pubblica incolumità, così [come] riunioni, non precedute da preavviso, possono svolgersi senza che ne siano in alcun modo pregiudicate la sicurezza e l'incolumità pubblica." Convém frisar que o pré-aviso não constitui uma condição de legitimidade nem de existência da reunião em si. O art. 18, 4º da T.U.L.P.S. autoriza o "*Questore*" a impedir uma reunião em lugar público tão-somente pela ausência de pré-aviso. Parece-nos que com base na sentença n. 11 de 1979 da Corte Constitucional somente no caso específico de tal omissão seja possível deduzir a periculosidade da reunião - obviamente lastreada em comprovados motivos. Para além desta excepcional hipótese, não se pode extrair da constituição qualquer fundamento para o reconhecimento de um poder de proibição preventivo ou de dispersão de reunião não previamente comunicada a autoridade local⁸³. A doutrina amplamente predominante considera ilegítima qualquer *proibição preventiva geral* à liberdade de reunião, como já vimos a referida liberdade pode se considerar sujeita à regime autorizatório e mesma a apreciação sobre a periculosidade da reunião - que legitimará

⁸² Cf. Sentenza n. 27 del 1958.

⁸³ Cf. MORTATI, Istituzioni di diritto pubblico, Padova, Cedam, 1976, p. 1096-97; A. PACE, Problemativa delle libertà costituzionali, Pt. spec., cit., p. 329 s.; M. RUOTOLO, La libertà di riunione e di associazione, in I diritti costituzionale, a cura di R. Nania, P. Ridola. Vol. II, Torino, Giappichelli, 2006, p. 692; P. CARETTI, Istituzioni di diritto pubblico, Torino, Giappichelli, 2008, p. 373-74; G. TARLI BARBIERI, op. cit., p. 395-96. Em sentido contrário entende M. MAZZIOTTI DI CELSO, Lezioni di diritto costituzionale, Milano, Giuffrè, 1993, p. 289-290. Enquanto P. GIOCOLI NACCI, Libertà di riunione, in Trattato dir amm. diretto da L. Santaniello, vol. XII, Padova, Cedam, 1990, p. 173 s e A. PIZZORUSSO, Manuale di istituzioni di diritto pubblico, Napoli, Jovene, 1997, p. 257 consideram legítimo não o poder de proibição preventivo, mas aquele de dispersão das reuniões não previamente comunicadas.

a proibição (como *medida excepcional!*). Tal atitude deverá está sempre lastreada numa situação concreta e traduzir uma decisão pontual⁸⁴. Por considerarmos que exorbitaria os estritos limites desta anotação não analisaremos a legalidade da “Direttiva Maroni” de 26 de janeiro de 2009, que naturalmente poderá ser objeto de uma outra investigação. Recentemente o Tribunal Administrativo Regional (Lazio) prolatou sentença na qual apreciou a legalidade da Ordinanza n. 401 de 17.10.2011 do Sindaco de Roma, que dispõe que o território da cidade de Roma é tão somente compatível com o desenvolvimento de manifestações públicas sem formação de cortejos (manifestações estáticas). O Tribunal aceitou o pedido de anulação da Ordinanza, com base dentre outros argumentos, a saber: *α) “Pertanto, occorre innanzitutto ribadire che l’esercizio della libertà di riunione, nel cui perimetro rientra la libertà di corteo, non richiede alcuna preventiva autorizzazione dell’autorità di pubblica sicurezza, ma il solo preavviso, per cui un provvedimento amministrativo che intenda disciplinare ex ante le modalità di svolgimento delle riunioni in luogo pubblico, comprimendo incisivamente la libertà di formazione dei cortei, si presenta già di per sé illegittimo in quanto violativo della citata norma costituzionale.” ; β) “In altri termini, una regola dettata in via generale ed astratta che incide drasticamente sulla libertà di riunione garantita dall’art. 17 Cost. è evidentemente violativa di tale norma costituzionale in quanto tende a sostituire al regime costituzionale di tendenziale libertà un regime amministrativo in cui alla valutazione da compiere “a valle”, circa la eventuale sussistenza di comprovati motivi che giustificano il divieto, subentra una valutazione compiuta “a monte” di incompatibilità tout court di determinante modalità di svolgimento delle riunioni in luogo pubblico.”; γ) “Va da sé, allora, che un provvedimento amministrativo, adottato peraltro al di fuori dei poteri straordinari attribuiti al Commissario, non può mai legittimamente imporre una volta e per tutte, vale a dire con valutazione ex ante che prescinde totalmente dalle indicazioni delle eventuali ragioni*

84 Cf. R. D’ALESSIO., Art. 17, in Comm. breve alla Cost., a cura di V. Crisafulli, L. Paladin, Padova, Cedam, 1990, p. 110; S. PRISCO, Riunione (Libertà di), Enc. Giur., XXVII, Roma, 1991 p. 9; P. GIOCOLI NACCI, op. cit., p. 185-86; A. BARBERA, F. COCOZZA, G. CORSO, Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali, in Manuale di diritto pubblico, a cura di G. Amato, A. Barbera, vol. I, Bologna, Il Mulino, 1997, p. 292; B. PEZZINI, La tutela e la garanzia dei diritti fondamentali: la libertà di riunione, in Atti del convegno di studi. Brighton, 6, 7 e 8 settembre 2001, in Quad. Dipartim. Scienze giur. Di Bergamo, n. 15, 2004, p. 71; G. TARLI BARBIERI, op. cit., p. 397; M. ESPOSITO, Riunione (Libertà di) in Dizionario dir. pubbl., diretto da S. Cassese, Giuffrè, 2006, p. 5373. Em sentido contrário, G. GUARINO, Lezioni di diritto pubblico, Milano, 1969, p. 250 que admite a duração da proibição em «termini brevissimi».

*ostative relative alla singola manifestazione una volta ricevuto il preavviso della stessa, limitazioni o sacrifici al diritto di riunione in luogo pubblico ed alla libertà di corteo.*⁸⁵.

Na Espanha, o respectivo Tribunal Constitucional definiu o direito de reunião em termos que o aproximam diretamente da liberdade de expressão e a fins de manifestação: *“El derecho de reunión, es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, da la defensa de intereses o de la publicidad de pretensiones o reivindicaciones”*⁸⁶. Explica ainda:

*“Históricamente, el derecho de reunión surge como un derecho autónomo intermedio entre los derechos de libre expresión y de asociación, que mantiene en la actualidad una tan íntima conexión doctrinal con ellos, que bien puede decirse, en una primera aproximación al tema, que el derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria, siendo concebido por la doctrina científica como un derecho individual em cuanto a sus titulares y colectivo em su ejercicio, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, un cauce del principio democrático participativo, cuyos elementos configuradores son, según la opinión dominante, el subjetivo – una agrupación de personas -, el temporal – su duración transitoria, el finalístico – licitude de la finalidad – y el real u objetivo – lugar de celebración.”*⁸⁷.

A liberdade de reunião pressupõe a sua duração temporária, ou seja, sem permanência institucional, o que a distingue de uma associação. Hoje, o conceito de reunião já não exige, porém, nem um tempo mínimo de reunião (*“reuniões relâmpagos”*), nem a permanência no mesmo local (*“reuniões itinerantes”*)⁸⁸. Quanto ao âmbito espacial parece-nos que as constituições devem assumir uma postura ampliativa, o que englobaria os lugares públicos, os abertos ao público e os lugares privados⁸⁹. Decerto, a

⁸⁵ Consultar a inteira decisão em <http://www.leggioggi.it/allegati/tar-lazio-sentenza-14322012/>

⁸⁶ Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional nº 42/2000, de 4 de febrero.

⁸⁷ Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional nº 85/1988, de 28 de abril.

⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, v. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, p. 637.

⁸⁹ Neste sentido: Pietro Virga, Diritto Costituzionale, 9.ª ed., Milano, 1979, p. 446; Alessandro Pace, La

questão mais polêmica está em inserir as reuniões realizadas em lugares privados no âmbito normativo da liberdade de reunião. A Constituição Portuguesa consagra o direito de reunião *“mesmo em lugares abertos ao público”*. Este *“mesmo”* indica que além da reunião em lugares privados, também a realizada em lugares abertos ao público é tutelada⁹⁰. A expressão foi provavelmente inspirada no art. 17 da Constituição Italiana, que claramente consagra o direito compreendendo as reuniões em lugares privados: *“1 – I cittadini hanno diritto di riunirsi pacificamente e senz’armi. 2 – Per le riunioni, anche in luogo aperto al pubblico, non è richiesto preavviso. 3 – Delle riunioni in luogo pubblico deve essere dato preavviso alle autorità, che possono vietarle soltanto per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica.”*. Na doutrina italiana é pacífico que a reunião em local privado encontra-se compreendida no direito de reunião. A expressão *“anche”* parece advir de motivações históricas. A primeira consagração do direito de reunião na experiência constitucional italiana remonta ao *“Statuto Albertino”*, a Carta Constitucional de 1848 *“Regno di Sardegna”*, que se tornou aplicável a toda Itália, após a unificação. O art. 32 consagrava o direito apenas em espaços privados: *“È riconosciuto il diritto di adunarsi pacificamente e senz’armi, uniformandosi alle leggi che possono regolarne l’esercizio nell’interesse della cosa pubblica. Questa disposizione non è applicabile alle adunanze in luoghi pubblici, od aperti al pubblico, i quali rimangono intieramente soggetti alle leggi di polizia.”*

Por outro lado, há quem sustente que a reunião em local privado estaria completamente abrangida pela inviolabilidade do domicílio, o que demanda uma interpretação bastante ampla da referida garantia, capaz de alcançar

Libertà di Riunione nella Costituzione Italiana, Milano, 1967. Libertà Personale (Diritto Costituzionale), em Enciclopedia del Diritto, v. XXIV, Milano, 1974, p. 48; Constantino Mortati, Istituzioni di Diritto Pubblico, tomo II, 7^o ed., Padova, 1967, p. 875; Roberto Borrello, Riunione (diritto di), Enciclopedia del Diritto, v. XL, Milano, 1989, p. 1405 e 1407; Michael Kniesel – Die Versammlungs – und Demonstrationsfreiheit – Verfassungsrechtliche Grundlagen und versammlungsgesetzliche Konkretisierung, Neue Juristische Wochenschrift, 1992, Heft 14, p. 858; Francesca Klug, Keir Starmer, Stuart Weir, The Three Pillars of Liberty: Political Rights and Freedoms in the United Kingdom, Routledge, 1996, p. 185; Dieter Wiefelspütz, Ist die Love-Parade eine Versammlung?, Neue Juristische Wochenschrift, 2002, Heft 4, p. 275; Luís Díez-Picazo, Sistema de Derechos Fundamentales, Madrid, 2003, p. 333. Uma visão intermediária é sustentada por Michael Kloepfer, Versammlungsfreiheit, em Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (J. Isensee/P. Kirchhof), 2. Auflage, Band VI, Heidelberg, 2001, p. 748-749, exclui apenas as reuniões com fins puramente privados do seu âmbito, por considerar que sua inclusão tornaria muito difícil delimitar as fronteiras do direito.

90 BAPTISTA, Eduardo Correia, Os Direitos de Reunião e de Manifestação no Direito Português, Almedina ed., 2006, p. 38.

qualquer local privado⁹¹. Nada impede que um mesmo ato integre o âmbito de proteção de dois ou mais direitos, como os atos de expressão realizados no domicílio, além de se encontrarem protegido pela inviolabilidade do domicílio e pelo direito à reserva da vida privada, pressupõe ainda uma reunião igualmente protegida pela liberdade de reunião. Portanto, se o regime for diferente, será necessário encontrar um critério para identificar qual ou quais destes direitos serão diretamente aplicáveis, tendo em conta a convivência harmônica entre eles. A concorrência de direitos fundamentais existe quando um comportamento do mesmo titular preenche os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais⁹². Quando uma mesma conduta inserir-se no âmbito de proteção de dois direitos fundamentais entre os quais há uma relação de especialidade, a sua proteção determina-se exclusivamente de acordo com o *direito fundamental especial*. Isto resulta da primazia de que goza, a norma especial face à norma geral. Isto tanto se aplica quando uma norma satisfaz todos os elementos de previsão de outra norma e suplementarmente pelo menos um outro elemento de previsão (*especialidade lógica*), como também quando se verifica apenas uma sobreposição incompleta mas em que uma das normas revela uma mais forte relação material com o caso em apreço (*especialidade normativa*)⁹³. Quando uma conduta inserir-se nos âmbitos de proteção de dois direitos fundamentais, entre os quais não se verifica qualquer relação de especialidade, o chamado *concurso ideal*, a proteção da conduta determina-se pela prevalência dos direitos fundamentais menos limitados e o da existência de mais elementos distintivos de um em relação ao outro. É preciso verificar: α) se um direito dos direitos fundamentais está sujeito a reserva de lei restritiva e o outro é um direito sem reserva expressa de lei restritiva; β) através da comparação dos pressupostos de fato dos dois direitos, verificar qual a “pretensão” que o indivíduo pretende realizar de forma mais direta e imediata⁹⁴. Nesta hipótese, onde o âmbito de proteção de ambos os direitos fundamentais possuem forças diferentes, a dupla proteção significa que uma ingerência

91 Neste sentido: Alessandro Pace, *La Libertà di Riunione nella Costituzione Italiana*, Milano, 1967. *Libertà Personale* (Diritto Costituzionale), em *Enciclopedia del Diritto*, v. XXIV, Milano, 1974, p. 83-84; Constantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, tomo II, 7^o ed., Padova, 1967, p. 877.

92 CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7^o ed., Almedina, p. 1268.

93 PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard, *Grundrechte, Staatsrecht II* 22., neu bearbeitete Auflage C. F. Mülher Verlag, p. 97-98.

94 CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7^o ed., Almedina, p.

só será justificada se puder ser justificada também pelo direito fundamental que possui a proteção mais forte⁹⁵.

Quanto às reuniões realizadas nas faixas de rodagem de veículos não devemos excluir do âmbito de proteção do direito, sob pena de limitar drasticamente à viabilidade de muitas reuniões. O TEDH afirmou que este direito: “*covers (...) meetings in public thoroughfares*”⁹⁶. Do mesmo modo, a anterior Comissão Europeia dos Direitos Humanos considerou como integrando o direito de reunião mesmo manifestações realizadas por meio de interrupções deliberadas da circulação em faixas de rodagem: “*The applicant and the other demonstrators had not been actively violent in the course of the sit-in concerned. The Commission accepts that the applicant’s conviction under S. 240 of the Criminal Code interfered with his right under Article 11 para 1.*”⁹⁷. Embora tenha considerado a sua punição como uma restrição justificada do direito. O Tribunal Constitucional Alemão entendeu que o direito de reunião podia implicar a ocupação de vias públicas, que a mera necessidade de garantir a liberdade de circulação não justificaria uma proibição ou interrupção de uma reunião, especialmente quando fosse possível dividir as faixas de rodagem entre veículos e manifestantes⁹⁸. Igualmente o Tribunal Constitucional espanhol declarou que a liberdade de reunião poderia ser exercida nas faixas de rodagem: “*Aplicando estas premisas al caso de las concentraciones que afectan a la circulación de vehículos por las vías de tránsito público lo primero que cabe afirmar es que sólo en supuestos muy concretos podrá concluirse que la afectación del tráfico conlleva una alteración del orden público con peligro para personas o bienes*”⁹⁹.

O esquema normativo conferido ao direito de reunião e ao de manifestação na Constituição da República Portuguesa¹⁰⁰, pode servir de parâmetro para outros ordenamentos jurídicos, seja pela amplitude

95 PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard, Grundrechte, Staatsrecht II 22., neu bearbeitete Auflage C. F. Mülher Verlag, p. 98.

96 Cf. Case Of Adali v. Turkey, First Section, Judgment, 31 march 2005, p. 266.

97 Cf. M. C. Against the Federal Republic of Germany, Admissibility of Application n° 13079/87, 6 march 1989, parágrafo 2.

98 Cf. BverfGE 69, 315.

99 Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional n° 66, 13 de maio de 1995.

100 Cf. Art. 45 1. Os cidadãos têm o direito de se reunir, pacificamente e sem armas, mesmo em lugares abertos ao público, sem necessidade de qualquer autorização. 2. A todos os cidadãos é reconhecido o direito de manifestação.

atribuída, seja pela autonomização dos direitos. Os referidos direitos comportam as seguintes componentes, a saber: α) direito de reunir-se com ou de manifestar-se sem impedimento, e desde logo, sem necessidade de autorização prévia quer quanto à liberdade de convocar reuniões ou manifestações, quer quanto à liberdade de nelas participar; β) direito de não ser perturbado por outrem no exercício desse direito, o que inclui o direito à proteção do estado contra ataques ou ofensas de terceiros; γ) direito à utilização de locais e vias públicas, sem limitações que as decorrentes da proteção de outros direitos fundamentais que com aquele colidam; δ) direito à autodeterminação do local, hora, forma e conteúdo¹⁰¹. Igualmente importante é perceber que a liberdade de reunião e de manifestação possuem duas dimensões: a positiva e a negativa. A primeira exterioriza-se no direito de obter locais de reunião, a qual, embora não esteja, via de regra, constitucionalmente garantida, deve obter uma proteção legal adequada. A segunda consagra o direito de não participar. Convém realçar que as medidas preparatórias entram, em princípio, no âmbito de proteção, da liberdade de reunião. Portanto, a deslocamento para o local, a espera pelos outros participantes, os atos de comunicação com outros organizadores ou participantes realizados a partir do local devem ser respeitados¹⁰².

4. LIBERDADE DE REUNIÃO: CARÁTER PACÍFICO E SEM ARMAS

Normalmente as constituições e os tratados internacionais ao versarem sobre a liberdade de reunião exigem que tenham caráter pacífico e sem armas. Trata-se de um limite explícito da liberdade de reunião. O recurso à violência ou o fato de os participantes se encontrarem armados constituem elementos que subtraem a reunião do âmbito de proteção. Não basta que alguns dos participantes estejam armados ou adotem atos violentos, estes têm de ser em número tal e os atos de gravidade suficiente, que tornem inviável o seu desarme individual ou detenção ou dispersão. A proibição de armas abrange todos os participantes na reunião e não

101 CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, v. I, 4 ° ed., Coimbra Editora, p. 638.

102 Neste sentido: Canotilho, José Joaquim Gomes e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, v. I, 4 ° ed., Coimbra Editora, p. 637; Johannes Deger, Polizeirechtliche Maßnahmen bei Versammlungen, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1999, heft 3, p. 266; Ben Behmenburg, Polizeiliche Maßnahmen bei der Anfahrt zur Versammlung, Landes-und Kommunalverwaltung, 2003, heft 11, p. 500-504.

apenas os promotores. Armas são, não apenas no sentido penal, mas os instrumentos perigosos (tacos de *baseball*, correntes de ferro), se forem transportados com o fim de serem utilizados. É problemático saber se o âmbito normativo da liberdade de reunião abrange as chamadas “*armas defensivas*”, utilizadas por manifestantes receosos de atos agressivos de contramanifestantes. Face o escopo de assegurar a máxima efetividade aos direitos fundamentais parece adequada a sua não inclusão nas “cláusulas de proibição”, salvo quando isso tornar evidente a ausência de caráter pacífico. O caráter pacífico não resulta necessariamente da “*ausência de armas*”, pois uma reunião pode assumir caráter não pacífico mesmo quando os participantes não possuem quaisquer armas. No caso ponto de partida vimos que o Tribunal Constitucional Alemão admite a utilização de um *juízo de prognose*. Parece-nos que não basta a previsão ou prognose de violências ou de tumulto, por parte das autoridades administrativas, para legitimar a ordem de proibição de reunião. A caracterização de uma reunião como violenta deve fundamentar-se em fatos, ou seja, na verificação de atos de violência da maioria dos participantes da reunião. A conduta não pacífica de particulares deve ser apreciada à parte. Se as condutas violentas não forem apoiadas pelo grupo na sua globalidade, mas se partirem apenas de particulares no seio de uma reunião em geral pacífica, o caráter pacífico da reunião não é, por esse fato, prejudicada no seu todo¹⁰³. É importante deixar claro que o caráter pacífico não é afastado necessariamente pelo fato de haver violações do direito ou mesmo comportamentos punidos criminalmente. Neste sentido, o bloqueio de manifestantes sentados insere-se no conceito de reunião. Portanto, nem toda violação do direito ordinário conduzirá a uma reunião não pacífica¹⁰⁴. O “caráter não pacífico” não equivale a ilegalidade ou ilicitude criminal¹⁰⁵. A Lei sobre Direito de Reunião espanhola (Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio) admite a interrupção da reunião quando esta seja penalmente ilícita¹⁰⁶. Não se trata de a interromper em função de atos praticados nesta,

103 PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard, Grundrechte, Staatsrecht II 22., neu bearbeitete Auflage C. F. Müller Verlag, p. 229.

¹⁰⁴Ibid., p. 234.

105 CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, v. I, 4 ° ed., Coimbra Editora, p. 639.

106 Cf. Artículo Quinto. “La autoridad gubernativa suspenderá y, en su caso, procederá a disolver las reuniones y manifestaciones en los siguientes supuestos: a) Cuando se consideren ilícitas de conformidad con las Leyes Penales; b) Cuando se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes; c) Cuando se hiciera uso de uniformes paramilitares por los asistentes. Tales resoluciones se comunicarán previamente a los concurrentes en la forma legalmente prevista”.

mas de o fazer apenas quando estes tornem globalmente a reunião um crime. Trata-se de um regime de pura remissão para o Direito Penal, o que não se afigura a melhor solução.

Para além do caráter pacífico e sem armas, nenhum outro limite substancial deve existir para o exercício da liberdade de reunião ou de manifestação. Não é possível estabelecer qualquer controle sobre o objeto ou assunto da reunião ou sobre a mensagem ou objetivos da manifestação, além dos limites existentes na liberdade de expressão. No caso objeto desta investigação o Tribunal Constitucional Alemão considerou que o objetivo de uma nova ponderação histórica a respeito da memória dos “outros” (alemães) pode ser justificada, pois esta não está fora do âmbito de proteção do art. 5º nº 1¹⁰⁷ GG, que consagra a liberdade de expressão, independentemente do seu conteúdo “justo” ou de “valores éticos”¹⁰⁸. Portanto, a postura do estado em face das reuniões precisa ser *neutra* do ponto de vista da opinião, seja uma reunião da direita ou da extrema direita, seja de esquerda ou da extrema esquerda ou reuniões “*mainstream*”¹⁰⁹¹¹⁰. O potencial de agressão dos conteúdos exteriorizados pelo exercício da liberdade de expressão tem sido normalmente reconhecido na matéria do bom nome e da reputação individuais. Entretanto, a possibilidade de uma imputação genérica ser considerada individualizável é admitida pela doutrina. Neste aspecto parece relevante a definição de *grupo social* formulada por Owen Fiss, aquele é uma entidade distinta de cada um dos seus membros, embora contribua decisivamente para a definição da identidade de cada um deles. Assim o fato de não haver um indivíduo

107 Cf. Artikel 5 (1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt. Tradução livre: Todos têm o direito de livremente expressar e divulgar seu pensamento por palavra, escrito e imagem e, sem impedimentos, informar-se a partir de fontes a todos acessíveis. A liberdade de imprensa e a liberdade de noticiar por radiodifusão e cinematografia são garantidas. Não haverá censura.

¹⁰⁸ Cf. BVerfGE 33, I (14 f.), 111, 147 (156).

¹⁰⁹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard, Grundrechte, Staatsrecht II 22., neu bearbeitete Auflage C. F. Müller Verlag, p. 231.

¹¹⁰ O termo “mainstream” é um termo inglês, que se reporta ao pensamento geral, principal ou majoritário da população. O termo reflete o gosto cultural da maioria da população. Trata-se de um termo sobretudo utilizado relativamente às artes em geral (música, literatura etc). No texto, ele é aplicado às reuniões, certamente no sentido de reuniões que refletem a orientação sócio-política dominante da opinião pública, como manifestações contra o terrorismo ou contra a poluição.

diretamente visado, isto não impede que a imputação tenha consequências sobre cada um dos membros do grupo individualmente considerado. Parece-nos que o princípio da igual dignidade e da liberdade de todos os cidadãos impõem *neutralidade* dos poderes públicos, relativamente aos diferentes conteúdos exteriorizados, sem prejuízo de *posterior* responsabilização civil e penal, se houver.

5. ESFERA PÚBLICA ABERTA E PLURALISTA

A conservação de uma esfera de discurso público aberta e pluralista é tese defendida pela doutrina liberal, que sublinha a importância da garantia de uma estrutura comunicativa, onde as diferentes perspectivas estabeleçam entre si uma relação de confrontação pública e interação crítica. Preocupamos a doutrina em torno do “*discurso do ódio*” em razão do seu impulso censório. Neste sentido, a defesa de restrição do discurso a partir do ódio em nome de uma “*doutrina moralmente correta*” precisa ser objeto de maior reflexão, sob pena de drástico retrocesso em matéria de liberdade de expressão. O “*discurso do ódio*” não deve fomentar medidas restritivas dos direitos fundamentais, sob pena de comprometer os pilares da democracia liberal. Na Alemanha embora haja um limite historicamente justificável à liberdade de expressão, a ampliação do discurso de restrições ameaça comprometer a própria legitimidade dos limites¹¹¹. Os Professores Ulrich Battis e Klaus Joachim Grigoleit, a partir de uma compreensão tradicional de “*ordem pública*”, formulam uma tese que claramente constitui uma tentativa de se afastar do discurso moral. Eles consideram que a xenofobia não é apenas politicamente indesejável ou censurável, mas violadora dos ideais essenciais da *Lei Fundamental de Bonn* e, por conseguinte, poderia ser proibida, por se considerada uma ameaça à ordem pública¹¹². Battis e Grigoleit convocam o art. 139 GG que versa sobre o processo *desnazificação*,

111 HAUPT, Claudia E., The Scope of Democratic Public Discourse: Defending Democracy, Tolerating Intolerance, and the Problem of Neo-Nazi Demonstrations in Germany (August, 11 2008). Florida Journal of International Law, Forthcoming, p. 2.

112 BATTIS, Ulric; GRIGOLEIT, Klaus Joachim, Die Entwicklung des versammlungsrechtlichen Eilrechtsschutzes - Eine Analyse der Neuen BVerfG-Entscheidungen, 54 Neue Juristische Wochenschrift [NJW] 2051 (2001).

para explicar a razão pela qual a *Lei Fundamental de Bonn* tem limitado o processo pluralista de formação da opinião de forma mais ampla do que outras democracias de estilo ocidental.

Entretanto, não há prova histórica de que o art. 139 GG foi concebido para criar um princípio constitucional anti-fascista¹¹³. A *Lei Fundamental de Bonn* prevê uma série de dispositivos voltados para a manutenção de um ampla esfera de discurso público democrático. Neste sentido, o Tribunal Constitucional já afirmou que a discussão aberta é o verdadeiro fundamento de uma sociedade livre e democrática¹¹⁴. A confiança da Lei Fundamental no processo de formação pluralista da opinião não é ilimitada, uma vez que permite a intervenção estatal. Quando a liberdade de expressão é abusada por indivíduos e, especialmente, quando tais ações são tomadas por associações ou mesmo institucionalizado por partidos políticos, a Constituição permite ao estado intervir. O desafio da *Lei Fundamental de Bonn* reside, justamente, no fato de que também concede liberdade para os seus inimigos¹¹⁵. A liberdade de reunião também suscita discussões fractais na Suprema Corte dos Estados Unidos, o direito de reunião está protegido expressamente na Primeira Emenda da Constituição de 1787. A Suprema Corte tem-se orientado na consagração da liberdade de expressão como um “direito preferente” (*preferred rights*)¹¹⁶ e tem procurado desenvolver uma postura marcadamente neutra a respeito do conteúdo das mensagens¹¹⁷.

¹¹³ RÜHL, Ulli FH, “Öffentliche Ordnung” als sonderrechtlicher Verbotstatbestand GEGEN Neonazis im Versammlungsrecht? 22 NEUE Zeitschrift für VERWALTUNGSRECHT [NVwZ] 531, 531 (2003); Kniesel Michael e Ralf Poscher, Die Entwicklung des Versammlungsrechts 2000 bis 2003, 57 NEUE Juristische Wochenschrift [NJW] 422, 425 (2004).

¹¹⁴ Cf. BVerfGE 1, 20-21.

¹¹⁵ POSCHER, Ralf, Neue Rechtsgrundlagen GEGEN rechtsextremistische Versammlungen - Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der Entpolitisierung der Versammlungsfreiheit, 58 Neue Juristische Wochenschrift [NJW] 1316 (2005).

¹¹⁶ Certos liberdades são reputadas fundamentais, preferidas ou preferenciais, de modo que as intervenções estatais ou as discriminações realizadas no seu âmbito de incidência devem ser vistas, de plano, como suspeitas, só prevalecendo se ficar patente a sua imperiosa necessidade. Esses direitos compoariam a matriz e a condição indispensável dos outros direitos e mesmo de uma sociedade aberta e incluiriam os direitos de participação política, a liberdade de expressão e associação, a liberdade religiosa, o direito à privacidade e à personalidade e o direito de igual acesso ao Judiciário.

¹¹⁷ Em *R. A. V. v. Cidade do St. Paul, Minnesota*, a Corte apreciou supostamente o fato de queimar uma cruz sobre o gramado de uma família negra. Neste caso o objeto de apreciação foi uma portaria, que proibia a exibição de um símbolo que sabe ou que tem motivo para conhecer “desperta raiva, alarme ou ressentimento em outros com base na raça, cor, credo, religião ou sexo”. A Suprema Corte considerou a portaria inválida por violação da Primeira Emenda. No caso *Collin v. Smith* o Partido Nacional Socialista da América e o Collin pretendiam realizar uma reunião em frente da Skokie Village Hall. A aldeia de Skokie fica no subúrbio de Chicago, em 1974 tinha uma população de aproximadamente 70.000 pessoas, cuja maioria era judia e com um número substancial de sobreviventes da Segunda Guerra Mundial. Em 2 de maio de 1977 a aldeia

Entretanto, um aprofundamente neste tema exorbitaria (e muito!) os estreitos limites desta anotação

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É tempo de deixarmos a “*tragédia do holocausto*” no seu devido lugar histórico para o retorno aos padrões “normais” de uma democracia liberal¹¹⁸. A existência de tendências antidemocráticas obriga a população a manter uma atitude vigilante, mas uma vigilância democrática, o que por sua vez exige uma profunda educação democrática¹¹⁹. “[...] *come tutti i beni della vita, come tutti i valori, non basta averli conquistati una volta per sempre, ma occorre difenderli e custodirli quotidianamente rendendosi degni, avendo l’animo abbastanza forte per affrontare la lotta il giorno in cui fossero in pericolo*”¹²⁰, decerto tal exigência convoca uma constante promoção da cultura de respeito à constituição e da responsabilidade, sem dúvida precondições impreteríveis e capazes de garantir um estado democrático livre¹²¹. O juiz Hoffmann-Riem defende a “*tolerância para a intolerância*”, como pedra angular de um estado democrático livre¹²². Ele recorda que as circunstâncias mudam, e qualquer pessoa pode potencialmente encontrar-se numa posição que exige a proteção dos direitos fundamentais. Assim, a proteção dos direitos

promulga três portarias. A primeira, estabeleceu um sistema de licenças para desfiles e reuniões públicas. A segunda proibida a divulgação de material que incitavam ao ódio racial ou religioso. A terceira proibia manifestações públicas por membros dos partidos políticos enquanto vestindo uniformes de estilo militar. Collin afirmou a época que os participantes iriam usar uniformes com suásticas e placas proclamando liberdade de discurso para pessoas brancas. A licença foi negada. Após a rejeição do pedido de licença, os inquiridos apresentaram uma queixa no Tribunal Distrital do Distrito de Illinois Norte contra o presidente da vila de Skokie. O Tribunal Distrital, depois de receber as provas, considerou que as leis eram inconstitucionais, por violação da Primeira Emenda. A autorização foi emitida para uma manifestação na tarde de 25 de junho de 1978, em frente ao Village Hall. Todavia, os inquiridos transferiram a reunião para Chicago com a previsão de realizá-la nos dias 24 de junho e 9 de julho de 1978.

118 BERTRAM, Der Rechtsstaat und seine Volksverhetzung-Novelle, 58 Neue Juristische Wochenschrift [NJW] 1476, 1477 (2005).

119 WISE, Judith, Dissent and the Militant Democracy: The German Constitution and the Banning of the Free German Workers Party, 5 U CHI L SCH ROUNDTABLE 301, 308 (1998).

120 JEMOLO, C. A., Che cos'è la Costituzione, Roma, 1946, p. 63.

121 FERRAJOLI, Luigi, Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista, in Giurisprudenza Costituzionale, 2010, 03, p. 2803. Neste texto Ferrajoli evidencia a relação entre a democracia e a constante atuação da constituição, o que decerto poderá culminar num novo positivismo - o positivismo constitucional.

122 HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, Demonstrationsfreiheit auch für Rechtsextremisten? - Grundsatzüberlegungen zum Gebot rechtsstaatlicher Toleranz, 57 Neue Juristische Wochenschrift [NJW] 2777, 2781 (2004).

fundamentais dos *inimigos da liberdade*, presta-se também para proteger as liberdades fundamentais daqueles que lutam por elas. Parece-nos que uma postura tolerante para a intolerância constitui ônus de um regime que se pretende democrático. A *Lei Fundamental de Bonn* fundamenta-se na expectativa de que os cidadãos aceitem e percebam o valor essencial das determinações da constituição, mas não força a sua lealdade. Decerto a democracia pluralista confia na capacidade dos cidadãos de tolerar críticas à constituição e de defendê-la¹²³. Embora a *Lei Fundamental de Bonn* possa defender-se contra os inimigos da liberdade, também tem por fundamento a “*tolerância pluralista*” e, neste sentido, auto-limita-se, no interesse da democracia liberal e do estado de direito. Portanto, ela zela para que os direitos fundamentais sejam igualmente realizáveis a esses que combatem o *ideal normativo da constituição*.

Verba volant, scripta manent.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARNDT, Droege Arndt, Versammlungsfreiheit versus Sonn- und Feiertagsschutz, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2003, heft 3, p. 906-913.

BATTIS, Ulrich Battis/GRIGOLEIT, Klaus, Neue Herausforderungen für das Versammlungsrecht, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2001, Helf 2, p. 121-129 e 125-126.

_____ Die Entwicklung des versammlungsrechtlichen Eilrechtsschutzes - Eine Analyse der Neuen BVerfG-Entscheidungen, 54 Neue Juristische Wochenschrift [NJW] 2051 (2001).

BAPTISTA, Eduardo Correia, Os Direitos de Reunião e de Manifestação no Direito Português, Almedina ed., 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro, Curso de Direito Constitucional, 20º ed., São Paulo, 1999.

BEHMENBURG, Ben, Polizeiliche Maßnahmen bei der Anfahrt zur Versammlung, Landes- und Kommunalverwaltung, 2003, heft 11, p. 500-504.

BERTRAM, Der Rechtsstaat und seine Volksverhetzungs-Novelle, 58 Neue Juristische Wochenschrift [NJW] 1476, 1477 (2005).

123 POSCHER, Ralf, Neue Rechtsgrundlagen GEGEN rechtsextremistische Versammlungen - Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der Entpolitisierung der Versammlungsfreiheit, 58 Neue Juristische Wochenschrift [NJW] 1316 (2005); HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, Neuere Rechtsprechung des BVerfG zur Versammlungsfreiheit, 21 NEUE Zeitschrift für VERWALTUNGSRECHT [NVwZ] 260 (2002).

- BORRELLO, Roberto, Riunione (diritto di), Enciclopedia del Diritto, v. XL, Milano, 1989, p. 1401-1439, 1401, 1406, 1408 e 1409.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7º ed., Almedina.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, v. I, 4º ed., Coimbra Editora.
- CARLI, Adriana, Riunione (libertà di), Digesto delle Discipline Pubblicistiche, v. XIII, Torino, 1997, p. 479-493.
- CLAYTON, Gina, Reclaiming Public Ground: The Right to Peaceful Assembly, Modern Law Review, v. 63, 2000, p. 252-260.
- DEGER, Johannes, Sind Chaos-Tage und Techno-Paraden Versammlungen?, Neue Juristische Wochenschrift, 1997, Heft 14, p. 923-925.
- _____, Polizeirechtliche Maßnahmen bei Versammlungen, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1999, heft 3, p. 266.
- DIETEL, Alfred; GINTZEL, Kurt e KNIESEL, Michael: Demonstrations und Versammlungsfreiheit Kommentar zum Gesetz über Versammlungen und Aufzüge vom 24 juli 1953, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1994.
- DÍEZ-PICAZO, Luís, Sistema de Derechos Fundamentales, Madrid, 2003, p. 333.
- FERRAJOLI, Luigi, Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista, in Giurisprudenza Costituzionale, 2010, 03.
- GONZÁLEZ, José Luís López, Consideraciones de Derecho comparado em torno a la libertad de reunión y manifestación, in Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol nº 11/12.
- HAUPT, Claudia E., The Scope of Democratic Public Discourse: Defending Democracy, Tolerating Intolerance, and the Problem of Neo-Nazi Demonstrations in Germany (August, 11 2008). Florida Journal of International Law, Forthcoming, p. 2.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, Neuere Rechtsprechung des BverfG zur Versammlungsfreiheit, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2002, Helf 3, p. 257-265.
- _____, Demonstrationsfreiheit auch für Rechtsextremisten? - Grundsatzüberlegungen zum Gebot rechtsstaatlicher Toleranz, 57 Neue Juristische Wochenschrift [NJW] 2777, 2781 (2004).
- JEMOLO, C. A., Che cos'è la Costituzione, Roma, 1946, p. 63.
- KNIESEL, Michael, Die Versammlungs – und Demonstrationsfreiheit – Verfassungsrechtliche Grundlagen und versammlungsgesetzliche Konkretisierung, Neue Juristische Wochenschrift, 1992, Helf 14, p. 857-867, p. 858.

-
- KNIESEL, Michael Kiesel e POSCHER, Ralf, Die Entwicklung des Versammlungsrechts 2000 bis 2003, 57 NEUE Juristische Wochenschrift [NJW] 422, 425 (2004).
- KLOEPFER, Michael, Versammlungsfreiheit, em Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (J. Isensee/ P. Kirchhof), 2. Auflage, Band VI, Heidelberg, 2001, p. 748-749.
- KLUG, Francesca; STARMER, Keir; WEIR, Stuart, The Three Pillars of Liberty: Political
- LUÑO, A. Perez, Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, 8 ° ed., Madrid, 2003, p. 315-316.
- MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, Vol. IV, 3° ed., Coimbra, 2000.
- _____. O Direito de Manifestação, Boletim do Ministério da Justiça, 375, 1998.
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, Constituição Portuguesa Anotada, tomo I, Coimbra Editora, 2005.
- MORTATI, Constantino, Istituzioni di Diritto Pubblico, tomo II, 7 ° ed., Padova, 1967, p. 875.
- PACE, Alessandro , La Libertà di Riunione nella Costituzione Italiana, Milano, 1967.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard, Grundrechte, Staatsrecht II 22., neu bearbeitete Auflage C. F. Mülher Verlag.
- POSCHER, Ralf, Neue Rechtsgrundlagen GEGEN rechtsextremistische Versammlungen - Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der Entpolitisierung der Versammlungsfreiheit, 58 Neue Juristische Wochenschrift [NJW] 1316 (2005).
- ROBERT, Jacques, Droits de L'homme et libertés fondamentales, Paris, 5° ed., 1993, p. 699.
- RÜHL, Ulli FH, "Öffentliche Ordnung" als sonderrechtlicher Verbotstatbestand GEGEN Neonazis im Versammlungsrecht? 22 NEUE Zeitschrift für VERWALTUNGSRECHT [NVwZ] 531, 531 (2003).
- STERN, K. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1 Allgemeine. Lehren der Grundrechte, C. H. Becksche Verlagsbuchandlung, München, 1988.
- TERCINET, Marcel-René, La Liberté de Manifestation em France, em Revue du Droit Public, 1979, n° 4, p. 1009-1023, 1043-1044 e 1058.
- VIRGA, Pietro, Diritto Costituzionale, 9° ed., Milano, 1979, p. 446.
- VORSPAN, Rachel, Freedom of Assembly and the Right to Passage in Modern English Legal History, San Diego Law Review, v. 34, 1997 (may/june), p. 921 e ss.
- WIEFELSPÜTZ, Dieter, Ist die Love-Parade eine Versammlung? , Neue Juristische Wochenschrift, 2002, Heft 4, p. 275. Rights and Freedoms in the United Kingdom, Routledge, 1996.
- WISE, Judith, Dissent and the Militant Democracy: The German Constitution and the Banning of the Free German Workers Party, 5 U CHI L SCH ROUNDTABLE 301, 308 (1998).

DESAPOSENTAÇÃO: EXPECTATIVAS E CONTROVÉRSIAS

Marcelo Leonardo Tavares¹ e Murilo Oliveira Souza²

Resumo: A desaposentação consiste na renúncia a uma aposentadoria concedida, com objetivo de se pleitear outra prestação previdenciária da mesma espécie ou de se contar tempo de contribuição em regime de seguro social distinto. Tal prática não possui regulamentação legislativa. Este trabalho pretende analisar os aspectos jurídicos da desaposentação com o intuito de identificar se o ordenamento jurídico atual, por meio da Lei nº 8.213/91, veda ou não a possibilidade de renúncia da aposentadoria com objetivo de pleitear outra prestação previdenciária cujo valor do benefício é superior ao anterior ou de contar tempo de contribuição em regime de seguro social distinto. Para isso, propõe-se fazer uma breve análise interpretativa da legislação previdenciária e das alterações que as leis sofreram com o passar do tempo. Além disso, serão cotejados os entendimentos expostos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que ainda estão julgando a constitucionalidade do instituto e estudada a posição do Superior Tribunal de Justiça, apreciou o tema no julgamento do Recurso Especial nº 1.334.448. Por último, serão examinados os projetos de lei em curso no Congresso Nacional que visam regulamentar este referido instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Previdência Social, Retorno do aposentado ao trabalho, Renúncia ao benefício.

¹ Professor de Direito Previdenciário da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito Público pela UERJ.

² Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Mackenzie. Mestrando da UERJ. Membro do Grupo de Pesquisa Empresa e Atividades Econômicas da UERJ.

INTRODUÇÃO

A desaposentação consiste na renúncia a uma aposentadoria concedida, com objetivo de se pleitear outra prestação previdenciária da mesma espécie ou de se contar tempo de contribuição em regime de seguro social distinto. A possibilidade de exercício da renúncia ao jubramento no Regime Geral de Previdência Social (RGPS), não é prevista na Lei nº 8.213/1991, mas tem sido invocada por segurados, principalmente como forma de obtenção de melhoria no cálculo do valor de aposentadoria.

Recentemente, a matéria tornou-se controvertida nos tribunais, havendo manifestação favorável por parte do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial (REsp) nº 1.334.448 e recursos pendentes de julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF), os Recursos Extraordinários (RE) 661.256, 827.833 e 381.367.

Neste trabalho pretende-se analisar os aspectos jurídicos da desaposentação com base na evolução da legislação previdenciária e nos marcos teóricos da jurisprudência correlata. Além disso, serão apresentados os contornos dos projetos de lei em curso no Congresso Nacional sobre o assunto. A estratégia metodológica a ser utilizada é a de pesquisa qualitativa e o método é o dedutivo de análise de conteúdo, mediante emprego de pesquisa de documentação direta, a partir da análise de conteúdo.

O desenvolvimento do estudo encontra-se dividido em três seções: na primeira, será verificada a origem legislativa do instituto; em seguida, serão examinadas as posições já adotadas pelos magistrados do STF sobre o tema; na terceira, serão colocados sob exame os projetos de lei em curso que tratam da questão. Ao final, concluir-se-á sobre a adequação ou não da desaposentação ao ordenamento jurídico.

O acolhimento da tese da renúncia à aposentadoria pelo Poder Judiciário é aguardado por milhares de aposentados do RGPS, que nele depositam esperanças de melhoria no valor de seus benefícios. Por outro lado, o INSS resiste em admiti-la, sob argumentos jurídicos e de natureza financeira. Entre um extremo e outro, há a complexidade do tema, a instabilidade da posição jurisprudencial, a demora na apreciação definitiva dos recursos por parte do STF e a necessidade de o Congresso resgatar sua posição de primazia na discussão política da questão.

O SURGIMENTO DA TESE DA DESAPOSENTAÇÃO

A controvérsia acerca da desaposentação está baseada: (i) na possibilidade de um aposentado no Brasil poder continuar a exercer atividade vinculada ao Regime Geral de Previdência Social; (ii) na previsão legal de o aposentado que volte a trabalhar contribuir normalmente para o sistema, e (iii) na falta de oferecimento de prestação previdenciária substancial relativa à contribuição arrecadada sobre a remuneração da atividade exercida após a retirada do trabalhador.

O art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, prevê que o aposentado que permanecer em atividade ou a ela retornar não fará jus a prestação alguma da Previdência em decorrência do novo trabalho, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional. O art. 11, §3º da mesma Lei, impõe o pagamento de contribuição normal sobre a remuneração da atividade exercida pelo aposentado que se mantém ou retorna ao trabalho³. Desta forma, apesar de a legislação não vedar o exercício de atividade após a aposentadoria e de não impedir o acúmulo do rendimento da aposentadoria com o do trabalho, não oferece prestação de seguro substancial que decorra da contribuição incidente sobre a remuneração recebida pelo aposentado que retorna ao trabalho.

Em virtude disso, os segurados inativos pretendem renunciar à aposentadoria por idade ou por tempo de contribuição e logo em seguida ter acesso a novo benefício em condições mais favoráveis de cálculo.⁴

De um lado, os aposentados defendem que eventual negativa à desaposentação conduziria à lesão a um direito, pois o Regime não prevê individualmente contraprestação substancial de proteção de seguro que justifique a cobrança das contribuições sobre a remuneração auferida quando retornam ao trabalho. De outro, o INSS alega que o instituto não

³ BRASIL. Lei nº 8.213/1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário oficial da União. Brasília, DF: Presidência da República, publicado em 15.01.1991 e republicado em 14.08.1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm . Acesso em 21.01.2015.

⁴ Nesse sentido, Fábio Zambitte Ibrahim frisa o intuito econômico que há por trás desse instituto jurídico: “A desaposentação, portanto, como conhecida no meio previdenciário, traduz-se na possibilidade do segurado renunciar à aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no Regime Geral de Previdência Social ou em Regime Próprio de Previdência Social, mediante a utilização de seu tempo de contribuição. Ela é utilizada colimando a melhoria do status financeiro do aposentado” (IBRAHIM, Fábio Zambitte. Desaposentação. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 35).

deve ser admitido, pois o sistema baseia-se em proteção coletiva e não há direito a outra aposentadoria que considere contribuições efetuadas após a concessão do primeiro benefício.

Em situação ideal, um trabalhador não deveria exercer mais atividade remunerada após a retirada. A continuidade de um aposentado na vida laboral ativa contraria a lógica, tendo em vista que o sistema parte do pressuposto de que a aposentadoria representa a cessação da atividade laborativa. Por isso, seria possível que a lei até mesmo vedasse o retorno do aposentado ao trabalho que o vinculasse ao sistema previdenciário, previesse a suspensão da aposentadoria nesse caso ou a diminuição de seu valor.

Tratando do assunto, a Convenção nº 102, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), instrumento normativo que dispõe no plano internacional sobre o padrão mínimo de proteção previdenciária, prevê no item 3º, do art. 26:⁵

Art. 26. [...] 3. A legislação nacional poderá suspender a prestação se a pessoa que a ela teria direito exercer determinadas atividades remuneradas ou poderá diminuir as prestações contributivas quando os ganhos do beneficiário ultrapassarem uma quantia determinada e as prestações não contributivas quando os ganhos do beneficiário ou seus outros recursos, ou os dois somados, excederem uma quantia determinada (BRASIL, 2008, s.p.).

O art. 18, §2º da Lei 8.213/91 está em harmonia com o estabelecido pela Convenção 102 da OIT, mas isso não resolve a questão em definitivo, pois, de fato, no Brasil muitos segurados não conseguem se manter com o valor das aposentadorias pagas pelo sistema de seguro social. Os segurados se veem premidos a continuar a trabalhar ou a voltar ao mercado após a passagem de um período inicial de descanso. A legislação brasileira não proíbe o exercício do trabalho após a retirada e não prevê a suspensão da aposentadoria ou sua redução neste caso.

Na redação original, a Lei nº 8.213/1991 dava tratamento diferente ao tema e previa que as contribuições pagas pelo aposentado que retornasse ao trabalho seriam devolvidas em parcela única mediante o pagamento

⁵ A Convenção 102 da OIT foi aprovada na 35ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, ocorrida em Genebra, realizada em 28.06.1952 e entrou em vigor no plano internacional em 27.04.1955. No Brasil, foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 269, de 19.09.2008, sendo ratificada sem ressalvas em 15 de junho de 2009.

de pecúlio. O pecúlio foi extinto em 1994⁶ e, em 1995, houve introdução da previsão de que o aposentado que retornasse ao trabalho não faria jus a prestação alguma em decorrência do exercício dessa atividade, exceto o salário-família e a reabilitação profissional.⁷

A primeira conclusão a que se chega é a de que o surgimento do instituto da desaposentação decorre do fato de a legislação brasileira dispor sobre a obrigatoriedade de pagamento normal de contribuição sobre a remuneração paga pelo exercício de atividade desenvolvida pelo aposentado sem que se lhe seja oferecida prestação previdenciária relevante.

Até o final de década de 90 do século passado, não havia registro relevante de casos de renúncia à aposentadoria com objetivo de se obter outra prestação de mesma natureza, mais vantajosa, mediante o cômputo de tempo de contribuição trabalhado após a concessão da aposentadoria. Dois motivos principais podem ser apontados como causa da pouca importância que os pedidos de renúncia de aposentadoria tinham até a virada do século. Além de, como visto, a legislação da época prever vantagens pecuniárias individuais decorrentes das contribuições efetuadas após a retirada, o cálculo da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição não levava em consideração o Fator Previdenciário.

Entretanto, a extinção do pecúlio e a instituição da fórmula de cálculo da aposentadoria por tempo de contribuição, com a implantação do Fator Previdenciário, fez com que se tornassem numericamente relevantes os requerimentos de desaposentação a partir da virada do século.

Os aposentados adotaram duas estratégias para abordar a questão: a) sustentar que a cobrança da contribuição sobre a remuneração do aposentado que voltava a trabalhar era inconstitucional; e b) alegar

⁶ Tal concepção é extraída da Lei nº 6.243/75, a qual previa em seu artigo 1º que “o aposentado pela Previdência Social que voltar a trabalhar em atividade sujeita ao regime da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, terá direito, quando dela se afastar, a um pecúlio constituído pela soma das importâncias correspondentes às suas próprias contribuições, pagas ou descontadas durante o novo período de trabalho, corrigido monetariamente e acrescido de juros de 4% (quatro por cento) ao ano, não fazendo jus a outras prestações, salvo as decorrentes de sua condição de aposentado”. Com a promulgação da Lei nº 8.870/1994 o pecúlio foi revogado, situação que se perdura até os dias atuais.

⁷ Além das duas prestações, salário-família e reabilitação profissional, a Lei nº 9.032/1995 previa também o pagamento de auxílio-acidente, cujo acesso foi vedado pela Lei nº 9.528/1997. O Regulamento da Previdência (Decreto nº 3.048/990) ainda dispõe no art. 103 que a aposentada que retornar à atividade fará jus ao salário-maternidade.

ser possível a reapresentação após a renúncia ao benefício originário, melhorando o valor do benefício.

A tese da inconstitucionalidade da cobrança das contribuições está baseada na falta de contraprestação social que justifique a imposição tributária. Para seus defensores, a contribuição paga pelos segurados do INSS é tributo vinculado, e se não são colocadas à disposição do segurado prestações sociais relevantes (não seria o caso do salário-família e da reabilitação profissional), não há fundamento constitucional a justificar a imposição.

A alegação foi rejeitada por ambas as Turmas do STF. A 1ª Turma pronunciou-se sobre o tema no julgamento do RE 437.640, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, em acórdão com a seguinte ementa:⁸

Contribuição previdenciária. Aposentado que retorna à atividade. CF, art. 201, §4º; L. 8.212/91, art. 12: aplicação à espécie, mutatis mutandis, da decisão plenária da ADIn 3.105, red. p/acórdão Peluso, DJ 18.2.05. A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social (CF, art. 195); o art. 201, §4º, da Constituição Federal remete à lei “os casos em que a contribuição repercute nos benefícios” (BRASIL, BRASÍLIA/DF, Supremo Tribunal Federal, 2006, s.p.).

A posição adotada foi a de que os princípios da universalidade e da solidariedade dariam respaldo constitucional à cobrança. Para o Tribunal, se a solidariedade fora até mesmo suficiente para sustentar a validade da contribuição incidente sobre os proventos de inatividade do servidor público após a edição da Emenda Constitucional nº 41/2003, seria mais do que suficiente para respaldar a incidência de contribuição sobre remuneração de atividade desempenhada pelo aposentado do INSS, no Regime Geral.

A solução dada ao caso pelo Supremo Tribunal Federal apresenta-se como correta, tendo em vista que toda a sociedade é chamada a contribuir

⁸ A 1ª Turma manteve o entendimento no julgamento do RE 393.672-AgR e do RE 357.892-AgR, ambos sob a relatoria da Min. Cármen Lúcia. Em que pese o elevado número de processos concluindo pela constitucionalidade, deve ser registrado o debate entre os ministros Sepúlveda Pertence e Carlos Britto, que ressaltou a possibilidade de ser ferido o princípio da isonomia. A 2ª Turma também se pronunciou sobre a questão no julgamento do RE 537.144-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, RE 364.083-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, RE 437652-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes e RE 367.416-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

para o sistema da seguridade social, em alguns casos sem qualquer contrapartida direta, como é o exemplo da contribuição social sobre o faturamento ou receita (COFINS) e da contribuição patronal.

A discussão a respeito dos limites da solidariedade no sistema previdenciário foi deslocada então para a tese da desaposentação e gerou a propositura de milhares de ações judiciais. Após um período de instabilidade jurisprudencial, em especial nos Tribunais Regionais Federais, o tema finalmente entrou na pauta dos tribunais superiores.

A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O DEBATE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em 2013, a 1ª Seção do STJ, por unanimidade, pacificou o debate entre as duas primeiras Turmas com especialização em matéria previdenciária no julgamento do Recurso Especial (REsp) nº 1.334.488/SC. A Corte admitiu a desaposentação, conforme parte destacada da ementa:

[...] 2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação. 3. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preferir para a concessão de novo e posterior jubramento. Precedentes do STJ [...]. (BRASIL, BRASÍLIA/DF, Superior Tribunal de Justiça, 2013, s.p.).

O principal argumento utilizado foi o de que os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares. O Tribunal, ressalvado o entendimento pessoal do relator, decidiu ainda ser prescindível a devolução dos valores recebidos de aposentadoria.

O STJ não debateu pontos importantes da questão, como a eventual inconstitucionalidade da atual redação do art. 18, §2º, da Lei nº 8.213/1991; a compatibilidade entre a renúncia à aposentadoria e o fator previdenciário;

e o impacto que os requisitos de idade e de expectativa de sobrevida poderiam ter no recálculo da prestação.

Talvez por isso, parte dos Tribunais Regionais Federais manteve o julgamento pela improcedência do pedido. Por exemplo, a 1ª Seção do Tribunal Regional Federal (TRF) da 2ª Região, que reúne as duas Turmas Especializadas em matéria previdenciária, concluiu que há vedação legal ao exercício da desaposentação e que o instituto seria incompatível com a solidariedade imanente do sistema. Ainda, que a renúncia à aposentadoria contrariaria o ato jurídico perfeito da concessão. Complementou ao afirmar que a aceitação da tese afronta a segurança jurídica e o caráter irrenunciável do benefício, cujo desfazimento gera ônus para o sistema.⁹

Em 2014, a questão começou a ser apreciada pelo STF. Os votos proferidos até o final do referido ano podem ser classificados em três tipos: favorável à desaposentação, desfavorável e favorável em parte.

A porta de entrada da discussão no STF foi o início do julgamento do RE 381.367, da relatoria do Min. Marco Aurélio, distribuído quando ainda não havia o mecanismo da repercussão geral. No referido feito, pleiteou-se a condenação do INSS em conceder à autora nova aposentadoria, considerando a remuneração auferida na atividade exercida após a aposentadoria. O fundamento do pedido foi a alegação de inconstitucionalidade do art. 18, §2º, da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9.528/97. Em 16.09.2010, o relator proferiu voto, que teve a seguinte passagem:¹⁰

Em síntese, ao trabalhador que, aposentado, retorna à atividade cabe o ônus alusivo à contribuição, devendo-se a ele a contrapartida, os benefícios próprios, mais precisamente a consideração das novas contribuições para, voltando ao ócio com dignidade, calcular-se,

⁹ Tal entendimento é extraído da análise do Julgamento dos Embargos Infringentes nº 591.907, proferido nos autos do Processo nº 201251010490097, pela 1ª Seção do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, cuja ementa e inteiro teor estão disponíveis em: http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=cache:eAtx5_rXrgQJ:www.trf2.com.br/idx/trf2/ementas/%3Fprocesso%3D201251010490097%26CodDoc%3D297252+desaposenta%C3%A7%C3%A3o+&client=jurisprudencia&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang_pt&ie=UTF-8&site=ementas&access=p&oe=UTF-8, acessado em: 22.01.2015.

¹⁰ As informações sobre os votos proferidos nos Recursos Extraordinários foram retiradas dos informativos 762 e 765, publicados no site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=desaposentacao&numero=765&pagina=1&base=INFO>. Acesso em 29.01.2015.

ante o retorno e as novas contribuições e presentes os requisitos legais, o valor a que tem jus sob o ângulo da aposentadoria. Essa conclusão não resulta na necessidade de declarar-se inconstitucional o §2º do artigo 18 da Lei nº 8.213/91, mas em emprestar-lhe alcance consentâneo com a Carta Federal, ou seja, no sentido de afastar a duplicidade de benefício mas não o novo cálculo de parcela previdenciária que deva ser satisfeita. É como voto na espécie. (BRASIL, BRASÍLIA/DF, Supremo Tribunal Federal, 2010, s.p.).

A concisão da manifestação do relator decorreu com certeza da pouca importância que a questão apresentava à época, quando o STF ainda não dimensionava a repercussão que a questão teria na sociedade. O Ministro Dias Toffoli pediu vista e não devolveu o feito até que o Ministro Luís Roberto Barroso pediu inclusão em pauta do RE 661.256 e do RE 827.833 na qualidade de relator, o que ocorreu em 08.10.2014.

O Ministro Luís Roberto Barroso proferiu voto parcialmente favorável à desaposentação nos três processos. Consignou que a legislação é omissa em relação ao tema e que não há proibição expressa ao pleito de um novo benefício por aposentado do RGPS que tenha continuado a trabalhar. Como o sistema previdenciário constitui sistema fundamentado na contribuição e na solidariedade, não seria justo que um aposentado, ao voltar a trabalhar, não pudesse usufruir dos efeitos das novas contribuições. Na sua visão, se essa lógica fosse mantida, deixaria de haver isonomia entre o aposentado que retornou ao mercado de trabalho e o trabalhador na ativa, embora a contribuição previdenciária incida sobre os proventos de ambos da mesma forma. Assim:¹¹

[...] Aduziu que, dentro dessas balizas – solidariedade e caráter contributivo -, o legislador ordinário teria amplo poder de conformação normativa do sistema previdenciário. Entretanto, haveria dois limites ao mencionado poder: a) a correspondência mínima entre a contribuição e benefício – embora não houvesse comutatividade rígida entre ambos -, sob pena de se anular o caráter contributivo do sistema; e b) o dever de observância ao princípio da isonomia, que seria objetivo da República, direito fundamental e princípio específico do RGPS (CF, art. 201, §1º). [...]

¹¹ Idem.

Para Barroso, a Lei 8.213/1991, ao garantir ao aposentado que volta ao mercado de trabalho o direito apenas à reabilitação profissional e ao salário-família, não impede a renúncia ao ato de jubilação inicial para obtenção de novo benefício. Com o objetivo de preservar o equilíbrio atuarial do RGPS, propôs que o cálculo do novo benefício leve em consideração os proventos já recebidos pelo segurado e as novas contribuições, sem influência do decurso do tempo sobre a idade e a expectativa de sobrevida.

Esse é o principal ponto do voto do Ministro Barroso, no qual procura compatibilizar a desaposentação com a incidência do fator previdenciário. A proposta é que os fatores de idade e de expectativa de sobrevida da aposentadoria inicial sejam mantidos na nova concessão, alterando-se apenas o tempo de contribuição, que levará em conta as contribuições existentes antes e depois da aposentadoria inicial. Para ele, essa seria a forma de manter o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema com a preservação do critério de justiça e de isonomia. Por isso:¹²

[...] Asseverou que violaria o sistema constitucional contributivo e solidário impor-se ao trabalhador que voltasse à atividade apenas o dever de contribuir, sem poder aspirar a nenhum tipo de benefício em troca, exceto os mencionados salário-família e reabilitação. [...]

Após o Min. Luís Roberto Barroso, votou o Min. Dias Toffoli contrariamente à desaposentação, consignando não vislumbrar inconstitucionalidade no art. 18, §2º, da Lei nº 8.213/1991. Para ele, o dispositivo seria reforçado pela previsão regulamentar de vedação expressa à renúncia ao benefício prevista no art. 188-B do Decreto nº 3.048/1999. A Constituição não disporia sobre a possibilidade de desaposentação, delegando à legislação ordinária as hipóteses em que as contribuições vertidas ao sistema previdenciário repercutiriam de forma direta na concessão do benefício. Por fim, destacou que o fator previdenciário deveria ser levado em consideração.

Ao acompanhar o voto do Min. Dias Toffoli, o Min. Teori Zavascki declarou que, com a extinção do pecúlio, as contribuições vertidas pelo aposentado que retornasse à atividade destinar-se-iam ao custeio atual do sistema geral de seguridade social, e não ao pagamento ou eventual

¹² Ibidem

incremento ou melhoria de futuro benefício específico para o próprio segurado ou para seus dependentes. Assim:¹³

[...] Presente o estatuto jurídico delineado, não haveria como supor a existência do direito subjetivo à 'desaposeitação'. Esse benefício não teria previsão no sistema previdenciário estabelecido atualmente, o que, considerada a natureza estatutária da situação jurídica em que se inseriria, seria indispensável para que gerasse um correspondente dever de prestação. [...]

Os processos aguardam o pedido de vista da Ministra Rosa Weber.

O voto do Ministro Luís Roberto Barroso dá importante tratamento ao tema da desaposeitação e demonstra preocupação com a interpretação do princípio da solidariedade no sistema previdenciário, para que seja compatível com a possibilidade de um aposentado poder levar em conta as contribuições pagas sobre a remuneração da nova atividade. A saída encontrada para permitir a renúncia, com a inclusão somente do tempo de contribuição posterior ao jubramento, sem os reflexos da alteração da idade e da expectativa de sobrevivência no cálculo do novo benefício, é criativa e reduz o impacto financeiro no sistema.

Contudo, não resolve o aspecto jurídico da locução [...] *não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional*[...], prevista no art. 18, §2º, da Lei nº 8.213/1991, que indica a vedação de cômputo das contribuições incidentes sobre a remuneração do retorno ao trabalho após a aposentadoria.

Por isso defende-se no presente trabalho que não há direito subjetivo à reaposeitação em condições diferentes do primeiro jubramento, de acordo com a atual previsão normativa do sistema previdenciário, sendo que o tema deve ser debatido no Congresso Nacional, a quem cabe verificar o impacto financeiro da medida.

O RGPS é organizado na modalidade de seguro institucional, baseado na técnica de repartição, com gestão financeira em regime de caixa e cálculo atuarial coletivo¹⁴. A característica de seguro faz com que a proteção

¹³ Ibidem

¹⁴ O Regime Geral de Previdência Social é um sistema que, em que pese hoje estar aberto aos contribuintes

social fique limitada aos filiados do sistema. A relação jurídica estabelecida entre os segurados e o INSS está fundada diretamente na lei, pois é um seguro institucional e não baseado em relação contratual. Seu sistema financeiro não adota a capitalização, em que as contribuições pagas pelos segurados formam fundo individualizado. Em seu modelo, de repartição, os valores arrecadados em determinada competência servem para garantir o pagamento de despesas atuais de toda a coletividade protegida.

Um sistema de seguro estabelecido dessa forma tem seu equilíbrio financeiro e atuarial analisado em relação ao grupo de filiados, não havendo formação de fundo individualizado. A opção normativa conduz à possibilidade, tanto de que um segurado possa contribuir durante muitos anos sem que ele próprio ou sua família venham a fruir de alguma prestação, quanto de um recém filiado vir a receber determinada prestação por décadas sem ter efetuado contribuições suficientes sob o ponto de vista individual. Por esse motivo, a alegação de que haveria lesão pela desconsideração das contribuições efetuadas após a aposentadoria parte do raciocínio de capitalização individual cujo modelo não é dotado pelo RGPS.

As alterações, contudo, fazem parte de uma reformulação maior do sistema, que se iniciou com a aprovação de diversas leis que modificaram o Regime a partir da década de 90 e culminaram com a denominada Reforma Previdenciária, mediante a aprovação da Emenda Constitucional nº 20/98 e a criação do Fator Previdenciário em 1999.

A partir da referida década, houve opção legislativa pela ampliação da proteção de diversas prestações previdenciárias, dentre elas: (i) o aumento de 20% na alíquota incidente sobre o salário-de-benefício (SB) no cálculo da pensão por morte; (ii) o aumento de 11% da alíquota no cálculo do auxílio-doença não acidentário; (iii) o aumento da base de cálculo considerada para o salário-de-benefício da maioria das prestações para abranger 80% do período contributivo, e não somente as últimas 36 competências; (iv) a

individuais e aos segurados facultativos, mantém características de seguro próximas do modelo adotado pela Alemanha no final do século XIX, a partir da aprovação de diversas leis de proteção social propostas por Otto von Bismarck. O sistema brasileiro sofreu, a partir da década de 60, influência do modelo sugerido ao Governo do Reino Unido por William Beveridge, em 1942. O Regime adota a concepção Segurista ou Laborista, com atenuações, de acordo com a classificação feita por Ilídio das Neves (NEVES, Ilídio das. Direito da Segurança Social. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 233 a 239).

padronização da alíquota do auxílio-acidente no percentual de 50%, e (v) a ampliação da proteção do salário maternidade, para abranger a adoção.

Houve também alterações que podem ser individualmente consideradas negativas pelos segurados, como no caso da extinção do pecúlio; a limitação de cobertura do salário-família e do auxílio-reclusão somente aos segurados de baixa renda; a criação do critério de alta programada no auxílio-doença; a limitação do pagamento do auxílio-acidente até a aposentadoria; criação do fator previdenciário, e a instituição de carência para recebimento de pensão por morte.

Desta forma, nota-se que, em um regime de seguro institucional, de repartição e coletivo, é legítimo ao legislador, mantido o equilíbrio financeiro e atuarial e o respeito ao direito adquirido, proceder a ajustes paramétricos, desde que não desrespeite o que se considera direito fundamental.

Da análise acima, pode-se retirar a seguinte conclusão: repetido o limite da proteção fundamental à Previdência, os contornos da proteção social coletiva dos segurados é matéria de atribuição infra-constitucional, a ser discutida no âmbito da formação da vontade da maioria politicamente organizada.

Diante disso, resta saber se, com base na previsão normativa no ordenamento jurídico brasileiro atual, há direito à reaposentação no RGPS, após a renúncia a uma primeira aposentadoria.

A aposentadoria é concedida pelo INSS mediante o deferimento de pedido formulado pelo segurado, de acordo com a lei. O benefício tem natureza de prestação pecuniária e o requerimento é ato de iniciativa do administrado, disponível, não havendo previsão legal de concessão de ofício aposentadoria por idade, por tempo de contribuição ou especial. Apresentado o pleito, cabe à Autarquia o exame dos pressupostos e a expedição do ato administrativo de concessão.

A disponibilidade do direito às aposentadorias refere-se, pois, não apenas ao pedido, mas à possibilidade de renúncia ao recebimento das prestações. Todavia, pode legitimamente o legislador, que disciplina as regras de funcionamento do seguro público, vedar a concessão de novo benefício, após a concessão do primeiro, desde que não viole um direito fundamental.

Se, de um lado, é certo que o segurado pode manifestar vontade no sentido de que não pretende mais receber as prestações mensais derivadas do ato de concessão de aposentadoria; de outro, não se pode afirmar que, desfeito o ato da primeira prestação, está à disposição do beneficiário a concessão de novo benefício em condições diversas.

Logo, a disponibilidade do ato de renúncia não implica, por consequência, direito a uma nova aposentadoria com parâmetros diferentes da anterior.

Tal conclusão pode ser aferida pela análise da legislação atual, a qual conduz à conclusão de que há impedimento à concessão de nova aposentadoria no RGPS com parâmetros diversos da anterior.

De acordo com a combinação do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, com a Lei nº 9.876/99, que instituiu o Fator Previdenciário, há vedação ao cômputo de tempo de contribuição e de idade posterior ao primeiro ato de aposentadoria.

A concessão de nova aposentadoria, admitida em tese a cessação do benefício anterior, seria uma nova prestação que levaria em conta salários-de-contribuição relativos à nova atividade exercida, o que é vedado expressamente por lei. Nenhuma prestação, exceto as duas referidas, de acordo com o dispositivo, pode ser concedida em decorrência da nova atividade. A pretensão de se desfazer o ato administrativo com a consequente concessão de nova aposentadoria violaria, portanto, o art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

Reforçando a previsão legal anterior e estendendo a vedação à consideração de aumento de idade no cálculo de aposentadoria, a Lei nº 9.876/99 instituiu o Fator Previdenciário, que consiste em um elemento de multiplicação da média aritmética dos salários-de-contribuição no cálculo do salário-de-benefício, sendo de aplicação obrigatória na aposentadoria por tempo de contribuição e de aplicação facultativa na aposentadoria por idade.

Quanto ao Fator Previdenciário, é importante frisar que ele possui três variáveis: a idade, a expectativa de sobrevivência e o tempo de contribuição. Como elemento de multiplicação, caso seu resultado seja maior do que 01, fará com que haja aumento no valor do benefício; se for menor do que 01, haverá redução.

Juridicamente, ao instituir o Fator, a lei reforçou a vedação legal à consideração da idade e do tempo de contribuição da atividade exercida após a aposentadoria para a concessão de novo benefício, tendo em vista que o trabalhador aposentado, a qualquer momento, poderia fazer cessar o ato de concessão para se aposentar em condições mais favoráveis, contrariando a finalidade de lei. Não haveria sequer limite para o exercício desse direito, podendo o segurado, continuamente, pleitear nova aposentadoria, com renúncia à anterior.

Existem alguns exemplos que poderiam ser construídos para demonstrar que a tese da desaposentação e reaposentação no RGPS contraria juridicamente o instituto do cálculo do benefício com a aplicação do Fator: (i) como a idade influencia o cálculo do Fator, mesmo que o segurado aposentado não viesse a contribuir em nova atividade, o simples decurso do tempo e o aumento de sua idade faria com que obtivesse benefício mais vantajoso do que o anterior, e (ii) mesmo que se exigisse, para a reaposentação, o exercício de atividade laboral, se houvesse trabalho por poucos meses e o aumento de idade por muitos anos, haveria revisão do valor de aposentadoria sem qualquer relação com as contribuições vertidas.

Por esses motivos, a tese da reaposentação, após eventual cessação da aposentadoria viola a atual previsão legal, tanto por ferir a redação do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, quanto por contrariar a finalidade da instituição do Fator Previdenciário, em relação ao qual é incompatível. É importante esclarecer que não se está a defender a existência do Fator Previdenciário. Afirma-se apenas que ele foi instituído validamente por lei.¹⁵

A questão posta, portanto, não se resume à análise individual sobre o valor das contribuições efetuadas após a aposentadoria. O tema tem repercussão sobre o tempo de contribuição e a idade, variáveis previstas por lei na composição do Fator Previdenciário. O debate precisa ser considerado quanto ao impacto financeiro sobre todo o grupo protegido. Entendimento contrário encontraria obstáculo ainda na previsão do art. 195, §5º, da Constituição da República, pois se estaria majorando benefício sem previsão legal de fonte de custeio.

¹⁵ O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em julgamento proferido em 16.03.2000, indeferiu medida cautelar na ADIn 2.110 e na ADIn 2.111, em relação ao pedido de suspensão da eficácia da Lei nº 9.876/99, no que se refere à instituição do Fator Previdenciário.

Cabe ao Congresso Nacional a primazia no debate político da questão, ao se adotar posição de que a instituição da desaposentação depende de previsão legal.

PROJETOS DE LEI SOBRE DESAPOSENTAÇÃO EM CURSO NO CONGRESSO NACIONAL

Existem vários projetos de leis (PL) em trâmite na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, que visam regulamentar a desaposentação e determinar os parâmetros sob os quais deverá ser realizado o recálculo da aposentadoria do segurado que continua a trabalhar. Na Câmara dos Deputados destacam-se dois importantes projetos: o de nº 5.668/2009 e o de nº 2.567/2011. Junto a esses dois, existem vários outros apensados e que estão sendo analisados conjuntamente. Por sua vez, no Senado Federal existem três importantes projetos que merecem destaque: o de nº 214/2007, o de nº 91/2010 e o de nº 172/2014.

O PL 5.668/2009 tem como objetivo alterar o §2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91, bem como acrescentar § 5º ao art. 55 e o art. 37-A na Lei nº 8.213/1991, para permitir o recálculo da renda mensal do benefício de segurado que permanece ou que retorna a atividade. Os dispositivos têm a seguinte redação:

Art. 18 [...] § 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social-RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a outro benefício da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, sendo-lhe, porém, garantido o direito à percepção do salário-família, à reabilitação profissional, quando empregado, bem como ao recálculo de sua aposentadoria tomando-se por base os seus salários de contribuição correspondentes a esse período de atividade; Art. 55 [...] § 5º Será computado como tempo de contribuição aquele correspondente ao exercício de atividade desenvolvida pelo aposentado do Regime Geral de Previdência Social – RGPS; Art. 37-A Deverá ser recalculada, mediante requerimento do segurado, a renda mensal da aposentadoria por ele recebida do Regime Geral de Previdência Social – RGPS caso permaneça em atividade sujeita a esse Regime

ou a ele retorne, devendo-se, para tanto, considerar os salários de contribuições correspondentes a esse período de atividade (BRASIL, 2009, s.p.).

Apesar da proposta de alteração, nota-se que um problema ainda não seria solucionado. O fator previdenciário ainda pesaria de forma desfavorável, pois ele estaria simplesmente sendo descartado pelo legislador ordinário, não atento à necessidade de dispor sobre o impacto financeiro das variáveis de idade e da expectativa de sobrevivência. Outro inconveniente do Projeto é não exigir período mínimo de tempo para que o segurado possa fazer o pedido de recálculo, tendo em vista que seria possível ao segurado requerer o seu cálculo a qualquer instante. Além disso, percebe-se que, pela nova redação do art. 18, § 2º, o que passa a ser garantido é um recálculo do benefício. Logo, não há que se falar em desaposentação em si.

Por sua vez, o PL nº 2.567/2011 tem por objetivo alterar o § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/1991, para ampliar os benefícios previdenciários devidos ao aposentado que retomar ao trabalho:

Art. 18 [...] §2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS) que permanecer em atividade sujeita a esse regime, ou a ele retornar, fará jus aos seguintes benefícios da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade: auxílio-doença, salário-família, auxílio-acidente, serviço social e reabilitação profissional, quando empregado (BRASIL, 2011, s.p.).

A grande diferença entre a redação proposta e a atual é a supressão dos termos *não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade*. Isso poderá levar a crer que o legislador tem o intuito de alterar o dispositivo da lei para garantir a desaposentação. Contudo, tal entendimento encontra obstáculo no estabelecimento expresso dos benefícios devidos quando o segurado retorna para o trabalho. A relação das prestações devidas ao aposentado que retornar ao trabalho é exaustiva, sem alusão à nova aposentadoria ou ao recálculo do benefício original.

No Senado, o Projeto com trâmite mais avançado é o PL de nº 91/2010, que foi recentemente aprovado pela Comissão de Assuntos Sociais do

Senado Federal. Nele, busca-se, através de alteração da Lei 8.213/91, garantir o direito à renúncia da aposentadoria, com o intuito de permitir o requerimento de uma nova prestação, mais vantajosa. Seria incluído o artigo 18-A na Lei nº 8.213/1991:

Art. 18-A. O segurado que tenha se aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social, por tempo de contribuição, especial e por idade, pode, a qualquer tempo, renunciar ao benefício da aposentadoria. §1º Ao segurado que tenha renunciado ao benefício da aposentadoria fica assegurado o direito à concessão de nova aposentadoria, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, utilizando-se na contagem do tempo de contribuição que serviu de base para a concessão do benefício objeto da renúncia e a contagem do tempo de contribuição posterior à renúncia, bem como o direito ao cálculo de nova renda mensal do benefício, na forma do regulamento. § 2º A renúncia do segurado à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, aposentado (BRASIL, 2010, s.p.).

O problema da redação proposta para o §1º do 18-A é não considerar o tempo de contribuição entre a concessão do benefício original e a data da renúncia. Não faz sentido eventual restrição de o segurado utilizar as contribuições previdenciárias feitas após sua aposentadoria inicial. Um ponto importante nesse projeto de lei é a previsão expressa de isenção de devolução dos valores já recebidos de aposentadoria.

Há ainda o PL nº 214/2007, que prevê adicional sobre a aposentadoria a ser concedido pelo retorno ao trabalho:

Art. 18 [...] § 2º O aposentado pelo Regime Geral da Previdência Social – RGPS que permanecer em atividade sujeita ao Regime Geral da Previdência Social – RGPS, ou a ele retornar, terá um acréscimo no valor de seu benefício equivalente a um trinta e cinco avos, se homem, e um trinta avos, se mulher, por ano de contribuição adicional; § 4º O adicional de que trata o § 2º deste artigo será calculado sobre o valor do salário-de-contribuição e será concedido a cada três anos ou no momento em que o aposentado se afastar da atividade definitivamente, não podendo o valor do benefício da aposentadoria, acrescido do adicional, exceder ao limite máximo do maior salário-de-benefício da Previdência Social (BRASIL, 2007, s.p.).

O projeto tem por mérito não permitir que haja recálculo do valor do benefício e impacto sobre o fator previdenciário. A previsão é a de que incida acréscimo por ano de contribuição após a aposentadoria, na relação de um trinta e cinco avos para o homem e de um trinta avos para a mulher, de acordo com o critério de concessão da aposentadoria por tempo de contribuição. O projeto garante que o exercício do trabalho após a aposentadoria possa trazer vantagem para o segurado, mas não onera o sistema com o desprezo ou a alteração do cálculo do fator previdenciário.

Esse é o melhor projeto em andamento no Congresso Nacional, de técnica de seguro mais apurada e que considera mais seriamente o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

CONCLUSÃO

Da atual conformação da legislação previdenciária não decorre o direito subjetivo do segurado à reaposentação em condições mais vantajosas do que a do benefício inicialmente concedido. Não cabe, portanto, ao Poder Judiciário, o ativismo de possibilitar o exercício de um alegado direito não previsto em lei, sem atentar para a avaliação de impacto financeiro no sistema. Além disso, é necessário observar as consequências do acolhimento da tese da desaposentação sobre o fator previdenciário.

Há necessidade de debate democrático a ser feito no âmbito parlamentar sobre as alterações paramétricas na formatação do seguro previdenciário, mediante aprovação de lei, após ampla discussão em que se considerem todas as consequências para o sistema, e não a partir da visão individual, como se o modelo adotado fosse de capitalização.

O princípio da solidariedade no seguro coletivo por repartição simples impõe que a análise do equilíbrio financeiro e atuarial, previsto no art. 201 da Constituição da República, seja feita para a manutenção de todos os compromissos previstos no Plano de Benefícios e não apenas a partir da visão individual de cada aposentado.

Desta forma, nota-se que a atual legislação veda a concessão de nova aposentadoria no RGPS em condições diversas de anterior prestação, que estaria sendo objeto de renúncia.

Portanto, a resposta acerca da possibilidade de reapresentação no nosso ordenamento jurídico é negativa. O beneficiário pode renunciar o seu direito a aposentadoria. Contudo, o ordenamento jurídico veda a realização de uma nova aposentadoria, somando-se a essa nova aposentadoria o tempo de contribuição anterior, o que implicaria no aumento do benefício e um novo critério de fator previdenciário, sendo completamente contrárias as alterações legislativas.

Quanto aos projetos de lei em trâmite no Congresso, o de melhor técnica legislativa é o PL nº 214/2007, do Senado, que prevê o acréscimo percentual do valor da aposentadoria por ano de trabalho posterior ao jubileamento, sem causar impacto sobre o fator previdenciário e sem permitir recálculo do benefício anteriormente concedido.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 3.048, de 06 de Maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Diário oficial da União. Brasília, DF: Presidência da República, publicado em 07.05.1999, republicado em 12.05.1999, retificado em 18.06.1999 e 21.06.1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acessado no dia 21.01.2015.

_____. Decreto Legislativo nº 269, de 18 de setembro de 2008. Aprova o texto da Convenção nº 102 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, relativa à fixação de normas mínimas de seguridade social, adotada em Genebra, em 28 de junho de 1952. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Senado Federal, publicado em 19.09.2008. Disponível em: <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/79/2008/269.htm>. Acessado no dia 21.01.2015.

_____. Lei nº 6.243, de 24 de Setembro de 1975. Regula a situação do aposentado pela Previdência Social que volta ao trabalho e a do segurado que se vincula a seu regime após completar sessenta anos de idade, e dá outras providências. Diário oficial da União. Brasília, DF: Presidência da República, publicada em 25.09.1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6243.htm. Acessado no dia 21.01.2015.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de Julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário oficial da União. Brasília, DF: Presidência da República, publicada em 15.01.1991 e republicada em 14.08.1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acessado no dia 21.01.2015.

_____. Lei nº 8.870, de 15 de Abril de 1994. Altera dispositivos das Leis nº 8.212 e nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Diário oficial da União. Brasília, DF:

Presidência da República, publicada em 16.04.1994 e retificada em 12.05.1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8870.htm. Acessado no dia 21.01.2015.

_____. Lei nº 9.032, de 28 de Abril de 1995. Dispõe sobre o valor do salário mínimo, altera dispositivos das Leis nº 8.212 e nº 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Diário oficial da União. Brasília, DF: Presidência da República, publicada em 29.04.1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9032.htm#art8. Acessado no dia 21.01.2015.

_____. Lei nº 9.528, de 10 de Dezembro de 1997. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Diário oficial da União. Brasília, DF: Presidência da República, publicada em 11.12.1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9528.htm. Acessado no dia 21.01.2015. Acessado no dia 19.01.2015

_____. Projeto de Lei nº 91, de 07 de Abril de 2010. Acrescenta § 9º e § 10º ao art. 57, da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 (permite a renúncia do benefício da aposentadoria; prevê a possibilidade de solicitação de aposentadoria com fundamento em nova contagem de tempo de contribuição). Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=96319. Acessado no dia 23.01.2015.

_____. Projeto de Lei nº 214, de 02 de Maio de 2007. Altera a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, para dispor sobre o benefício adicional a ser concedido ao aposentado do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, que permanecer em atividade ou a ela retornar, e dá outras providências. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=80801. Acessado no dia 23.01.2015.

_____. Projeto de Lei nº 2.567, de 25 de Outubro de 2011. Altera o §2º do art. 18 da Lei nº 8.213, de 24 de Julho de 1991, para ampliar os benefícios previdenciários devidos ao aposentado que retornar ao trabalho. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=932770&filename=PL+2567/2011. Acessado no dia 23.01.2015.

_____. Projeto de Lei nº 5.668, de 04 de Agosto de 2009. Altera a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, para permitir o recálculo da renda mensal do benefício de segurado que permanece ou que retorna a atividade. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=50482E12ED36F0C7316A38A6230E1C25.proposicoesWeb1?codteor=675392&filename=PL+5668/2009. Acessado no dia 23.01.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.334.488/SC, da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Herman Benjamin, 2013. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130514-02.pdf. Acessado no dia 22.01.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 381.367/RS, do Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Marco Aurélio, 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2109745> e <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo600.htm>. Acessado no dia 22.01.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 437.640-7, da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=408942>. Acessado no dia 22.01.2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Embargos Infringentes nº 591907, proferido nos autos nº 201251010490097, da Primeira Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Relator Desembargador Messod Azulay Neto, 2014. Disponível em: http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=cache:eAtx5_rXrgQJ:www.trf2.com.br/idx/trf2/ementas/%3Fprocesso%3D201251010490097%26CodDoc%3D297252+desaposenta%C3%A7%C3%A3o+&client=jurisprudencia&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang_pt&ie=UTF-8&site=ementas&access=p&oe=UTF-8. Acessado no dia 22.01.2015.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Desaposentação. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2010.

NEVES, Ilídio das. Direito da Segurança Social. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

CORRIGINDO O FOCO SOBRE O DEBATE A RESPEITO DA MENORIDADE PENAL

Reis Friede¹

Resumo: o presente ensaio tem como propósito ofertar à comunidade político-jurídica, bem como a toda a sociedade, uma contribuição para o debate reflexivo sobre o importante tema relativo à inimputabilidade penal dos menores de 18 anos, de modo a corrigir diversos enfoques que têm sido equivocadamente lançados sobre a questão relativa à redução da maioridade penal.

Palavras-chave: Menoridade Penal; Estatuto da Criança e do Adolescente; Modelo Biopsicológico.

INTRODUÇÃO

Assim como, em outros momentos históricos, a sociedade brasileira provou que era e foi possível vencer desafios que pareciam impossíveis (*v.g.* o combate à inflação, a estabilidade econômica, etc.), é hora de enfrentarmos, com a necessária seriedade, e sem medirmos esforços, a questão da violência, especialmente a *hedionda*, que simplesmente paralisa, encarcera e aterroriza a sociedade, em relação a qual não é plausível encontrar qualquer tipo de justificativa sociológica, psicológica, jurídica, política ou de qualquer outra natureza.

Sabemos que o caminho da solução é penoso, notadamente se

¹ Desembargador Federal e Vice-Presidente do TRF/2ª Região. Ex-membro do Ministério Público e Professor Titular da Universidade Veiga de Almeida e do Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM).

considerarmos a dificuldade que o Estado brasileiro tem de construir consensos verdadeiramente democráticos sobre assuntos que, embora complexos, demandam saídas urgentes, o que demonstra claramente uma outra (infeliz) característica nacional, qual seja, a sua incapacidade de entregar à sociedade as respostas que ela tanto reclama.

Aliás, cumpre registrar, a referida dificuldade de consenso decorre, de um modo geral, da multiplicidade de propostas - muitas delas descabidas e completamente divorciadas do interesse público -, em torno de uma mesma questão, o que acaba por esconder, ainda que inconscientemente, a plena viabilidade de se modificar a legislação pertinente, de modo a se resolver em definitivo o problema.

Não há a menor dúvida de que, sob o ponto de vista psicológico, físico e de sua saúde de um modo geral, bem como para a construção, amadurecimento e evolução da sua personalidade, o *encarceramento* e a *segregação* são destrutivos para o ser humano, independentemente de sua idade. Não obstante tal constatação, a questão a ser debatida reside justamente no que é menos nocivo para a pessoa humana: o dano (possivelmente irreversível) à saúde física e mental do adolescente que praticou atos gravíssimos e hediondos, muitas das vezes com requintes de crueldade, tal como o homicídio doloso, ou, ao reverso, o dano (certamente irreversível) às vítimas (e seus familiares sobreviventes), como bem assim a toda a sociedade, todas sequeladas, física e psicologicamente, pela barbárie humana?

1. CORRIGINDO O SUPOSTO ÓBICE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL À REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Um dos argumentos comumente levantados pelos adeptos da tese contrária à redução da maioridade penal assenta-se no art. 228 da Constituição Federal de 1988, cuja redação afirma que “os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, sujeitos às normas da legislação especial”, ou seja, às disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) - Lei nº 8.069/90.

Aduz-se, ainda, que tal previsão integraria o denominado núcleo intangível da Carta Magna, configurando cláusula pétrea, impossível,

portanto, de ser modificada por obra do Poder Constituinte Derivado (Poder Reformador), nos exatos termos do art. 60, § 4º, IV, assim redigido: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os *direitos e garantias individuais*.”

Ora, o presente entendimento não resiste a uma análise mais acurada, uma vez que, se chegarmos à absurda conclusão, como desejam alguns pretensos estudiosos do tema, de que se trata de cláusula pétrea constitucional, então não seria difícil, através de um raciocínio hermenêutico ampliado, chegarmos ao mesmo arremate de que não há nada a ser feito, a curto e médio prazos, em relação às barbáries perpetradas por adolescentes, inclusive das classes mais abastadas, contra seus próprios pais, crianças e todos os demais cidadãos que apenas procuram trabalhar, estudar e viver uma vida difícil, porém honesta.

Afinal, como bem questionou o Desembargador Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho (O Globo, 3 jun. 2015, p. 17), Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, “até quando ficaremos reféns da violência? Até onde irá o insuportável jogo de empurra?”

Eis as perguntas que não querem calar, mas que continuam demagógica e inexplicavelmente sem respostas concretas por parte do Estado e, particularmente, da Sociedade, que, de forma inconsciente e não participativa, foi conduzida pela pseudo elite intelectual a realizar a equivocada opção pela proteção do menor infrator em desfavor de suas efetivas e potenciais vítimas.

2. CORRIGINDO O FOCO A RESPEITO DO PROBLEMA

Como se não bastasse o mencionado (e supostamente válido) argumento que pugna, em relação ao tema *maioridade penal*, pela existência de cláusula pétrea, não raro as manifestações sobre a questão da violência perpetrada por adolescentes apresentam alegações que efetivamente desvirtuam o foco do problema, prejudicando, assim, uma correta análise do assunto. Se, pelos mais variados motivos (abandono da família, maus-tratos na infância, histórico de abuso sexual, etc.) um

menor de idade pratica um ato criminoso de extrema crueldade, como o esfaqueamento pelas costas do médico Jaime Gold, ação que inviabilizou qualquer oportunidade de reação, bem como não se limitou apenas a feri-lo, mas a “rasgá-lo” com requintes de tortura, banalizando o evento morte, é de se questionar se não seria a hora de retirarmos o foco sobre a concepção sociológica da “vitimização” do bandido, ainda que este não tenha chegado aos 18 anos de idade, para nos concentrarmos na insuportável dor da família que perdeu, brutalmente, um ente querido e, no caso do médico, em particular, de quantas vidas o mesmo deixará de salvar daqui para frente.

O que não se pode e não se deve admitir é que “argumentos como sistema penal falido e tibieza das políticas sociais” tenham o poder de afastar “a questão da violência da crucial realidade de que a sociedade está desprotegida.” (O Globo, Opinião, 31 mai. 2015, p. 16)

Ora, será que as causas de tanta barbárie são tão simploriamente explicadas pelo desvalor que esses agentes sentem pela vida? Ou melhor seriam pela absoluta certeza da impunidade, pois, no caso do agressor do médico, o adolescente já havia registrado mais de 15 passagens pela Polícia, tudo sem qualquer reprimenda severa por parte do Estado, o titular absoluto do *jus puniendi*, independentemente da idade do criminoso.

Imaginemos um filho de 10 anos que, ao desferir um tapa na face do pai, desrespeitando-o de modo contundente, não recebe qualquer reprimenda por parte do genitor. É possível imaginar o que acontecerá com este pai quando o adolescente tiver 17 anos. Afinal, diz o provérbio bíblico (19:18), “castiga o teu filho enquanto há esperança.”

Se a questão da violência extrema fosse explicada apenas pela miséria ou pelo histórico de vida com sofrimentos bárbaros, certamente outros países, com situações muito mais severas e extremadas que o Brasil - como alguns países muçulmanos do Oriente Médio e budistas e hindus, como o Nepal, na Ásia -, teriam índices de criminalidade com requintes de crueldade muito mais evidentes.

Embora a comparação possa ser rotulada como descabida, não é possível justificar as verdadeiras barbáries que estão sendo praticadas por

adolescentes infratores ao singelo argumento de que os mesmos atravessaram por sérios problemas familiares e sociais que deixaram gravíssimas sequelas psicológicas, deturpando suas frágeis mentes ainda em formação. Precisamos reconhecer, infelizmente, que há pessoas que, pelas condutas praticadas, devem ser retiradas do seio de convivência da sociedade, sob pena de vermos comprometida a própria segurança pública e, em última análise, a própria vida comunitária. É a dura realidade que se impõe, queiramos ou não, mesmo sendo mais fácil e cômodo desviar o foco do problema para outras questões prévias, tal como a miséria, trazendo para o debate quase que uma ridícula e inexistente luta de classes. Ridícula, sim, pois todos, indistintamente, somos vítimas em potencial desse estado de coisas.

Ao se prover plena validade a esta visão simplória e distorcida da realidade (até porque, como já afirmamos, há vários relatos de assassinatos hediondos praticados igualmente por menores de classes alta e média), estaríamos, absurdamente, legitimando as ações de um dos maiores e mais cruéis e desumanos homicidas que a história já testemunhou: Adolf Hitler.

Conforme explica Claudio Blanc (2015, p. 9), “a infância de Hitler se alternou entre as surras dadas pelo pai por conta dos motivos mais ínfimos e adulações desmedidas da mãe”, tratamento ambíguo que acabou por gerar “sequelas no caráter de Adolf”, que “chegou à adolescência desconfiado das pessoas ao seu redor, com poucos amigos, afundado em fantasias, afastado da realidade, extremamente frio, dado a ataques de fúria e inquebrantavelmente convicto de suas ações.”

E continua o mesmo autor afirmando que:

Depois da morte do pai, Adolf abandonou, aos 16 anos, os estudos. Buscando realizar suas ambições de artista, tentou entrar para a Academia Real de Artes em Viena, mas foi reprovado. Nesse meio tempo, sua mãe também faleceu, e Hitler decidiu, então, ficar em Viena, subsistindo com uma magérrima pensão para órfãos concedida pelo Estado e mais um pouco de dinheiro que uma tia havia lhe dado. Adolf quase não trabalhava. Vez ou outra fazia bicos e ganhava algum dinheiro pintando paredes. Viveu esse tempo num estado de quase mendicância. (BLANC, 2015, p. 9)

Se o argumento da miserabilidade da formação juvenil pudesse vir a ser, por si só, escusa (legal, moral ou de qualquer outra natureza)

para que seres humanos sejam esfaqueados, de forma brutal, desmedida, cruel e sem qualquer justificativa (posto que a quase totalidade das vítimas jamais sinalizou qualquer tipo de reação), os maiores assassinos da história humana poderiam igualmente ter suas ações exculpadas, o que, convenhamos, soaria como um verdadeiro absurdo, uma vez que, a toda evidência, as atrocidades cometidas pelo aludido assassino-mor da história são, sob qualquer prisma analítico e argumentativo, absoluta e incontestavelmente injustificáveis.

É certo que a impunidade não explica todas as facetas do complexo e intrigado tema da violência sem limites, mas resta evidente que ela é, com absoluta certeza, o maior problema. E não venhamos dizer, em contraposição ao que ora se afirma, que as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 101 e 112) funcionam como uma forma de punição legal própria para a conduta perpetrada (ato infracional análogo à infração penal, art. 103 do ECA), uma vez que, como sabemos perfeitamente, a *mens legis*, na hipótese, não é punir o adolescente pela ação praticada, mas, sim, apenas e tão somente reeducá-lo. Passados 25 anos de vigência da Lei nº 8.069/90, e diante da realidade atual, e considerando, ainda, que o ECA não deve ser concebido como uma *lex sacra*, precisamos urgentemente discutir a questão relativa à violência juvenil, tarefa que deve ser empreendida sem falsos moralismos e sem a constante hipocrisia que tanto paralisa a sociedade brasileira quando ela necessita dar uma resposta mais contundente aos sublimes desafios que lhe são apontados.

Se a ideia é proteger crianças e adolescentes, é mais razoável - e normalmente mais defensável -, que protejamos aqueles que são vítimas da violência, e não, em primeiro lugar, os patrocinadores ou os algozes dela. Precisamos refletir sobre isto! Precisamos admitir que a bandidagem, juvenil ou adulta, não importa, não pode anular uma das mais importantes conquistas alcançadas historicamente pelo indivíduo diante do Estado: a liberdade ir e vir, direito que nos tem sido negado não mais pelo Estado, como acontecia em outras ocasiões, mas pelos criminosos, que, violando as leis, efetivamente nos impõem um "toque de recolher" quase que diário.

Precisamos ter equilíbrio e serenidade para encontrar soluções compatíveis com a quadra vigente, mas também devemos agir, pois

inúmeros menores são também vítimas constantes desta mesma violência extremada e desmedida que nos tem conduzido à pré-história civilizatória por alguns menores de idade que, consoante a legislação em vigor, continuarão impunes, desmoralizando o trabalho policial e, em última análise, a própria ideia de justiça. Aliás, interessante notar o seguinte paradoxo: o adolescente infrator, ao ser apreendido pela prática de um ato infracional, é conduzido à Delegacia de “Proteção” à Criança e ao Adolescente (DPCA), o que nos permite afirmar, como o próprio nome sugere, que o propósito não é puni-lo, mas sim protegê-lo e acolhê-lo. Em contrapartida, a vítima, quando não vai direto para o cemitério, não dispõe de uma mesma delegacia de “proteção à vítima” para se dirigir. Passa a ser mais um “órfão”, desassistido pelo Estado. Eis o terrível paradoxo que desafia uma imediata reposta legislativa.

3. CORRIGINDO O FOCO A RESPEITO DO CULPADO

É do ser humano rejeitar a ideia de culpa que lhe é atribuída. Poucos são os que assumem a respectiva responsabilidade diante dos fatos. Da mesma forma, há um certo comodismo em depositar na conta do Estado a culpa pelas diversas mazelas que assolam a sociedade brasileira. Nesse contexto, há quem afirme que o problema da violência (inclusive a homicida) perpetrada por menores de 18 anos seria “a incapacidade do poder público de lidar com jovens pobres”, e que “a primeira conclusão que esses crimes indicam é a grave deficiência das políticas públicas de atenção para as crianças e os adolescentes em situação de extrema pobreza”, concluindo, assim, que a raiz matricial do problema dos homicídios perpetrados por menores de 18 anos resumir-se-ia “a incapacidade do poder público de lidar com jovens pobres” (CASTRO, 2015). Em suma, a culpa seria do Estado, que não teria feito o seu *dever de casa*. Malgrado seja verdadeira a afirmação segundo a qual o ente estatal deixa a desejar em inúmeras questões sociais, entre as quais as relativas à infância/juventude, forçoso reconhecer que a análise e, sobretudo, a simplista conclusão do autor não resiste a um estudo de caso e muito menos à própria complexidade do tema relativo ao exponencial aumento da violência hedionda que tem banalizado o evento morte na sociedade brasileira.

Em primeiro lugar, não é razoável presumir, e muito menos concluir, que os governos tenham realizado, nos últimos anos, políticas públicas de tão negativo impacto que tenha empobrecido ainda mais a população jovem menos favorecida, quando, ao reverso, todos os estudos sociopolíticos têm demonstrado justamente o oposto.

Em segundo lugar, a pobreza (e mesmo a miséria) não são elementos suficientemente poderosos para explicar os requintes de crueldade que fazem com que determinados menores de 18 anos (ou seja, um pequeníssimo grupo em relação ao conjunto de indivíduos nesta faixa etária), mesmo após ter conseguido dobrar a possibilidade de defesa e suas vítimas, eliminando qualquer hipótese de reação e subtraindo todos os seus pertences, simplesmente as esfaqueie, golpeie-as com os mais variados objetos ou atire nelas, ceifando-lhes as vidas, muitas vezes, inclusive, torturando-as por aparente prazer, como observado em inúmeros casos relatados e, lamentavelmente, apenas registrados como simples (e frias) estatísticas de impunidade.

Em terceiro lugar, porque muitas vezes tais crimes não são praticados por menores pobres, mas sim de classe média e mesmo ricos que, conscientes de sua isenção penal, praticam tais atrocidades (à guisa de exemplo, a questão do índio Galdino, em Brasília, e da empregada doméstica, na Barra da Tijuca, Rio de Janeiro) por puro prazer sarcástico. Portanto, diferente do suposto senso comum que se pretende difundir, a violência homicida de natureza hedionda não tem relação íntima e exclusiva com a miséria ou com a pobreza e sim, muito mais acertadamente, com a absoluta certeza da impunidade.

Há que se atentar, ainda, que a impunidade do adolescente infrator conduz a uma esdrúxula situação, qual seja: a perpetuação da situação da vítima, na medida em que o agredido sobrevivente precisa voltar ao seu cotidiano, retornando aos mesmos locais em que foi atacado e, portanto, vulnerável a um novo ataque, inclusive por parte do mesmo agressor que, impune pela lei, tenderá a estabelecer em definitivo seus domínios, consolidando uma ambígua e absurda relação de poder para com as suas vítimas, circunstância que não encontra paralelo em praticamente nenhum país que se considere verdadeiramente democrático.

4. CORRIGINDO O FOCO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Diante da premissa de que a violência (inclusive a homicida) de natureza hedionda não tem relação íntima e exclusiva com o fator idade, urge, então, corrigir o foco da legislação aplicável, notadamente o ECA, cuja finalidade, ao contrário, deve ser, sobretudo, preservar a vida das pessoas de um modo geral (crianças, adolescentes, adultos, idosos, etc.) que são vítimas fatais da ação desmedida e descontrolada de malfeitores menores de idade, que continuam legalmente impunes ao singelo e insustentável argumento de que a prisão causará ainda mais danos às suas personalidades, desviando a preocupação central que deveria, ainda que sem desconsiderar os seus efeitos sobre estes, focar em suas vítimas pretéritas e presentes e, acima de tudo, nas vítimas futuras que, neste contexto, simplesmente deixarão de existir com o menor infrator afastado da liberdade do convívio social.

Em contraposição crítica, vale consignar que argumentos falaciosamente arquitetados tentam nos empurrar “goela a baixo” teses completamente distantes da realidade vigente. Por exemplo, a teoria que proclama que o “coitadinho do menor” não deve ser punido pelos seus atos, pois não entende o que faz. Não entende o que faz? Como assim? Como desconhecer o quão cruel e hedionda é a ação daquele que desferiu uma potente e certa facada nas costas de um ser humano? E, ainda por cima, ostenta-se de orgulho publicamente em relação a seus atos?

Ao extrapolar o raciocínio simplista que, partindo da premissa de que a cadeia não ressocializa e apenas produz mal ao apenado, é de se questionar: porque não se conclui que todos (e não apenas os menores de idade) não deveriam receber este tipo de reprimenda penal? Vamos, portanto, esvaziar todas as prisões que, aliás, como bem sabemos, são, em sua maioria, verdadeiras *masmorras medievais* e escolas para o crime, na exata dicção do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo.

A propósito, Ferreira Gullar (Folha de São Paulo, 12 abr. 2015) afirma, a exemplo de tantos outros, que “educar os jovens não é função da cadeia e, sim, da escola (...) sua finalidade precípua não é essa, e, sim, a de afastar o criminoso do convívio social para preservar a segurança e a tranquilidade das pessoas.”

Outrossim, como bem lembrou Carlos Velloso (O Globo, 22 mai. 2015, p. 9), na autoridade de quem presidiu o Supremo Tribunal Federal, “países de boa prática democrática adotam a maioria penal abaixo de 18 anos”, concluindo, em tom sublime, que “os jovens de hoje são bem mais informados que os jovens de 1940, quando da edição do Código Penal”, possuindo, em regra, a plena capacidade de entender o caráter criminoso dos seus atos.

Portanto, após 25 anos de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente - que adotou, a partir de 1990, a utópica *doutrina da proteção integral*, em substituição à *doutrina da situação irregular*, prevalente de 1979 a 1989 com a oportuna atualização do Código de Menores (original de 1927) -, parece-nos, à luz de todas as evidências indicativas, e consoante as opiniões mais abalizadas, que está mais do que na hora de repensarmos esta ineficaz normatização, no âmbito do escopo contextualizante dos próprios resultados negativos que foram observados e verificados até o presente momento.

Muito embora seja cedo reconhecer - em destacado sentido opinativo reverso à presente proposta reflexiva -, a existência de um verdadeiro segmento ardente e apaixonado defensor do ECA, precisamos, urgentemente, nos afastar de toda a passionalidade que naturalmente envolve o assunto para, com *maestria lógica*, estabelecermos uma verdadeira e imparcial visão crítica e amadurecida sobre o tema vertente, posto que não é difícil deduzir que, em grande medida, foi a ingênua tentativa de se implantar, em sinérgico desafio à nossa realidade, um “Código Suíço” em um país tropical, o que acabou por conduzir aos extremos absurdos que estamos sendo compelidos a vivenciar diuturnamente.

Está mais do que comprovado, portanto, que a legislação em questão falhou no que concerne à sua finalidade essencial, qual seja, assegurar o bem comum, a ordem, a paz social, entre outros valores perseguidos de um modo geral pelo Direito. Diante desta infeliz realidade nacional, forçoso reconhecer o fracasso normativo experimentado pelo ECA, restando imperioso revê-lo, sob pena de prevalecer a lógica da impunidade e da insegurança, o que, convenhamos, não nos parece razoável - e minimamente aceitável - num Estado Democrático de Direito, consoante dispõe expressamente o art. 1º da Constituição Federal de 1988.

5. CORRIGINDO O ULTRAPASSADO MODELO BIOLÓGICO

Na mesma linha de dicção do Ministro Velloso, entendemos ser inevitável viabilizar, nos planos constitucional e infraconstitucional, uma resposta punitiva adequada à gravidade do ato perpetrado, independentemente de se tratar de pessoa menor de 18 anos, pois se trata de alguém que oferece perigo à sociedade, merecendo, pois, ser retirado do seio social.

A Lei Maior, no art. 228, estabelece que os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas da legislação especial, ou seja, aos ditames do Estatuto da Criança e do Adolescente. A mesma regra é encontrada no art. 27 do Código Penal vigente (Decreto-Lei nº 2.848/40).

As mencionadas normas jurídicas adotam o chamado *sistema biológico*, isto é, leva-se em conta, para efeito de início da responsabilidade penal, apenas e tão somente o critério da idade, desprezando-se, para tal fim, qualquer outro fator, a não ser, única e exclusivamente, a questão temporal.

Vê-se que o Estado brasileiro optou por estabelecer uma presunção legal de *natureza absoluta*. Afirma-se, de modo irrefutável e insuscetível de prova em contrário, que um menor de 18 anos é inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito de um fato criminoso (capacidade intelectual) ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (capacidade volitiva).

Em suma, presume-se, em pleno século XXI, que um adolescente de 17 anos, 11 meses e 29 dias, ao desferir um poderoso golpe de arma branca nas costas de uma pessoa, exatamente o que foi feito como o médico James Gold, não ostenta condições de compreender a índole criminosa de seu ato. Entretanto, se a mesma conduta fosse realizada no dia do seu 18º aniversário, ele, como que num “passe de mágica”, seria dotado de capacidade (intelectual e volitiva). Nada mais ilógico.

Ora, a adoção, por parte da Carta Magna, do *critério meramente biológico* revela-se inadequada no estágio atual da evolução humana. É necessário rever a sistemática vigente, adotando-se, sem um retorno à primitiva concepção unicamente subjetiva do Juiz, prevalente, em nossa legislação, de 1890 a 1921, o coerente (e atualizado) *critério biopsicológico*, efetivo nas mais modernas democracias, que preconiza a conjugação de dois fatores: o *biológico* (que estabelece uma idade mínima) e o

psicológico (que analisa a capacidade de entendimento e de determinação do delinquente).

Quanto à idade mínima para o início da responsabilidade penal, é prudente, num primeiro momento, reduzi-la para os 14 anos (de forma diversa da legislação de 1890, que consignava a idade de 9 anos). Significa dizer que, antes disso, a pessoa, independentemente de qualquer outro aspecto, deve ser considerada, para todos os fins e em qualquer hipótese, *penalmente imputável*, aceitando-se, no caso, o *modelo puramente biológico*.

Em se tratando de pessoa maior de 14 e menor de 18 anos, no entanto, a aferição da imputabilidade penal deveria caber ao juiz, obviamente embasado em todo um cuidadoso procedimento, a incluir perícias médico-legais, e não mais, como no passado (legislação de 1890), que atribuía poderes “absolutos” e “subjetivos” ao juiz. Assim, caso o magistrado, em decisão devidamente fundamentada (e passível de ser revista por meio de competente recurso com efeito suspensivo), resolvesse pela efetiva existência de capacidade de entendimento/determinação, a pessoa (maior de 14 e menor de 18 anos) responderia, excepcionalmente, pelos seus atos perante a Justiça comum, sendo-lhe aplicada, em caso de condenação, uma sanção penal (devidamente minorada por circunstância atenuante especial decorrente da idade biológica) a ser cumprida em estabelecimento diferenciado e específico para a faixa etária, sem qualquer possibilidade de convívio com maiores de 18 anos (regime prisional especial).

É preciso, pois - uma vez que não mais consentâneo com a realidade brasileira -, rever urgentemente o modelo que pugna pelo *critério puramente biológico*, acolhendo-se, em contrapartida, a *sistemática biopsicológica*, conferindo-se ao prudente arbítrio judicial (ainda que necessariamente no âmbito do devido processo legal, com a participação de outros profissionais, tais como psicólogos, assistentes sociais, etc.), a análise a respeito da imputabilidade penal.

CONCLUSÃO

Conforme exposto alhures, um dos graves problemas do Brasil reside justamente na sua incapacidade de criar consensos em torno de grandes

questões, tal como a da moda, qual seja, a redução da maioria penal, debate cujo foco tem sido equivocadamente desvirtuado, o que somente contribui para a perpetuação do problema referente à violência juvenil, deixando a sociedade sem uma resposta adequada à realidade nacional.

No que se refere ao suposto óbice existente à luz do art. 228 da Lei Maior, entendemos que nenhum entrave há para que o Congresso Nacional, através de sua competência reformadora e devidamente inspirado naquilo que a maioria esmagadora da população brasileira reclama, empreenda a necessária substituição do ultrapassado *modelo biológico* pelo (mais coerente e lógico) *sistema biopsicológico*, permitindo, assim, que menores de 18 e maiores de 14 anos possam responder penalmente por seus atos.

Ademais, e em tom conclusivo, está mais do que comprovado, portanto, que a legislação em questão falhou no que concerne à sua finalidade essencial, qual seja, assegurar o bem comum, a ordem, a paz social, entre outros valores perseguidos de um modo geral pelo Direito. Diante desta infeliz realidade nacional, forçoso reconhecer o fracasso normativo experimentado pelo ECA, restando imperioso revê-lo, sob pena de prevalecer a lógica da impunidade e da insegurança, o que, convenhamos, não nos parece razoável - e minimamente aceitável - num Estado Democrático de Direito, consoante dispõe expressamente o art. 1º da Constituição Federal de 1988.

Abstract: the present study has as its main purpose offering to the political-legal community, as well as to the entire society, a contribution for debating important subjects related to the criminal unimputability of minors under 18 years old, aiming to correct various aspects which have been wrongly correlated with the question regarding the reduction of the criminal majority.

Keywords: Criminal Minority; Statute of Children and Adolescents; Biopsychosocial Model.

REFERÊNCIAS

BLANC, Claudio. A Segunda Guerra Mundial. ONLINE, Rio de Janeiro, 2015, p. 9.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 jan. 2015.

-
- _____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 5 jun. 2015.
- _____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em: 8 jun. 2015.
- CASTRO, André Luís Machado de. Menos presídios e mais escolas. O Globo, edição de 22 mai. 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/menos-presidios-mais-escolas-16230796>>. Acesso em: 5 jun. 2015.
- CARVALHO, Luiz Fernando Ribeiro de. Até quando reféns de corrupção e violência? O Globo, edição de 3 jun. 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/opiniao/ate-quando-refens-de-corrupcao-violencia-16336880>>. Acesso em: 5 jun. 2015.
- GULLAR, Ferreira. Questão difícil. Folha de São Paulo, edição de 12 abr. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/paywall/login-colunista.shtml?http://www1.folha.uol.com.br/colunas/ferreiragullar/2015/04/1615013-questao-dificil.shtml>>. Acesso em: 5 jun. 2015.
- O GLOBO. Opinião. Edição de 31 mai. 2015, p. 16. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/opiniao/debate-sobre-criminalidade-juvenil-esta-fora-de-foco-16306657>>. Acesso em: 8 jun. 2015.
- VELLOSO, Carlos. Jovem de 16 anos é capaz de entender conduta criminosa. O Globo, edição de 22 mai. 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/jovem-de-16-anos-capaz-de-entender-conduta-criminosa-16230811>>. Acesso em: 5 jun. 2015.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO E A CONTROVÉRSIA EXISTENTE EM TORNO DE SUA NATUREZA JURÍDICA

Renata Marques Osborne da Costa¹

Resumo: O objetivo do presente artigo é analisar a problemática existente no que se refere à natureza jurídica da Responsabilidade Civil por omissão, se ela se constitui em uma responsabilidade objetiva, que independe da prova da culpa de quem cometeu o ato danoso, ou subjetiva, que depende desta prova. Para tal intento, primeiramente, buscou-se traçar o panorama histórico da Responsabilidade Civil do Estado, inclusive, como ela se desenvolveu no direito brasileiro. Após, mostrados os fundamentos e pressupostos da Responsabilidade Civil Objetiva do Estado, fez-se a abordagem específica da polêmica que ainda ronda a doutrina no tocante à aplicação ou não do art. 37, §6º da CRFB aos casos em que se configura o dano pela omissão do Estado. Assim, confrontando os principais argumentos expostos pelas correntes que defendem e não defendem tal aplicação, é possível afirmar que a mais adequada é aquela que defende a referida aplicação, ou seja, que preleciona que a responsabilidade civil por omissão estatal é objetiva. Isto porque é mais consentânea à Constituição e não leva à Responsabilidade do Estado por risco integral, com a diferenciação que se faz entre a omissão genérica e omissão específica, bem como com a previsão de hipóteses que podem elidir o nexo de causalidade entre a omissão estatal e o dano. Vale afirmar que esta é a posição adotada de forma prevalente na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil. Estado. Omissão.

¹ Mestranda em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (UCAM).

1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho será apresentada a celeuma relacionada à definição da natureza jurídica da responsabilidade civil do Estado por omissão. Para isso, far-se-á, primeiramente, um panorama histórico da evolução da responsabilidade civil do Estado, tecendo considerações sobre a fase da irresponsabilidade civil do Estado, da responsabilidade subjetiva no tocante à teoria da culpa individual e da culpa anônima até se chegar à fase da responsabilidade objetiva, que é a adotada atualmente, prevista tanto na Constituição da República de 1988 quanto no Código Civil de 2002.

Após isso, discutir-se-á especificamente sobre o que consiste a responsabilidade civil estatal, que pode ser deflagrada estando presentes três elementos, a saber: a conduta estatal (que pode ser comissiva ou omissiva), o nexo de causalidade e o dano. Não se devendo olvidar que o Estado, por ser pessoa jurídica, é um ente dotado de abstração. Logo, sua conduta somente resta-se caracterizada através da ação de seus agentes, que são pessoas físicas cujas condutas são imputadas ao Estado quando no exercício de suas funções. Assim, pode-se perceber que só através da conduta dos agentes do Estado é que se configura a sua responsabilidade civil, ou seja, que surge o dever de reparar o dano cometido por meio de uma ação ou omissão.

Nesse caminho, é possível aferir que não restam dúvidas quanto à natureza objetiva da responsabilidade civil do Estado por conduta comissiva, ou seja, quando o dever de reparar surge em decorrência direta de uma conduta positiva de algum agente estatal. Isto porque está previsto expressamente na Constituição da República, em seu artigo 37, §6º, que a responsabilidade surgirá pelos danos que os agentes do Estado causarem a terceiros. Assim, pode-se dizer que a Responsabilidade Civil do Estado por comissão independe de culpa, ou seja, é objetiva.

No entanto, apesar da previsão expressa na Constituição da Responsabilidade Civil do Estado como sendo objetiva, há intensa controvérsia na doutrina, ainda hoje, acerca da sua aplicação no que concerne à conduta omissiva do Estado.

Para os que defendem que, nesse caso, a responsabilidade é subjetiva o principal argumento é que, na omissão, o Estado não é o que causa

diretamente o dano. Em verdade, o dano ocorre devido a uma omissão ilícita do Estado, que descumpra o dever legal de impedir a consumação ou a ocorrência do dano. E tal descumprimento só se explica pela teoria da falta ou culpa do serviço (*faute du service*), segundo a qual ocorre a falta do serviço, se o mesmo não funcionou, funcionou mal, ou funcionou tardiamente. Não diz respeito a um agente em específico, mas na falha na prestação do serviço como um todo. Outrossim, alega-se também que o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil dispõe que a Responsabilidade Civil objetiva deverá constar expressamente em lei. Desse modo, nem em seu artigo 43, nem no artigo 37, §6º da CRFB, há previsão da responsabilidade civil objetiva do Estado por omissão. Ambos os dispositivos só se aplicam em caso de conduta comissiva do Estado.

Há também os defensores da natureza objetiva da Responsabilidade por omissão do Estado. Para eles, a omissão do Estado pode subdividir-se em omissão genérica e omissão específica. Destarte, em havendo omissão genérica, isto é, o descumprimento do dever genérico de evitar o dano, a hipótese é de responsabilidade subjetiva. Já no caso de responsabilidade objetiva, que consiste no descumprimento específico do dever de ação, a responsabilidade será objetiva.

Neste diapasão, tentar-se-á mostrar nesse trabalho os principais pontos e argumentos dos que pensam ser a responsabilidade por omissão objetiva e dos que pensam ser subjetiva, para, no final, adotar-se uma posição que pareça a mais razoável, atentando-se, deveras, para o que a atual jurisprudência defende e preleciona acerca do assunto..

2 PANORAMA HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

2.1 Teoria da irresponsabilidade do estado

Até bem pouco tempo depois do surgimento dos Estados liberais, nos séculos XVIII e XIX, o Estado ainda era considerado irresponsável por seus atos contra terceiro o qual ocasionasse danos. Em verdade, tal irresponsabilidade era resquício do Estado Absolutista Monárquico, cujo principal expoente foi o Rei Luis XIV da França, segundo o qual o Rei quase um deus (teoria do direito divino) não errava, traduzindo-se a ideia de irresponsabilidade na frase *the king can do no wrong* (o rei não erra).

Vale afirmar que essa teoria havia prevalecido no início do Estado Liberal, uma vez que este, embora se caracterizasse como um Estado de Direito, portanto, submetido às leis, diferentemente do Estado absolutista, que submetia-se apenas à figura do Rei, não intervinha nas relações entre particulares, assim era condizente a essa atuação negativa do Estado uma teoria que defendesse a sua irresponsabilidade², porquanto se ele não atua, ou pouco atua nas relações privadas, não irá cometer danos e, por consequência, não haverá responsabilidade civil.

Assim, pode-se dizer que o surgimento da responsabilidade civil no âmbito estatal só ganha fôlego no julgamento pelo Tribunal de Conflitos da França do famoso caso “Blanco” em 1873. E, a partir daí, doutrina e jurisprudência começam a delinear e a desenvolver teorias que explicam a responsabilidade civil do Estado. Dentre essas teorias destacam-se: a teoria da culpa individual e a teoria da culpa anônima (culpa do serviço), ambas ligadas à ideia de responsabilidade subjetiva, até culminar na moderna responsabilidade objetiva do Estado, adotada atualmente no direito brasileiro que tem como fundamento a teoria do risco administrativo. Vejamos cada uma delas.

2.2 Teoria da culpa individual

Na teoria da culpa individual, traçou-se uma distinção entre atos de império e atos de gestão. Dessa forma, o Estado, ao realizar atos de império, estaria utilizando-se de seu poder soberano, ou seja, caracterizado como o poder acima dos demais, para impor sua vontade perante outrem. Já o Estado, nos atos de gestão, agiria em pé de igualdade com os particulares, querendo, pois, assim dizer que não se utilizaria do seu poder de autoridade.

Nesse caminho, é possível afirmar que o Estado, quando se utilizasse do seu poder de império para impor sua vontade perante o particular, não seria responsabilizado por eventuais danos causados por essa conduta, porquanto estaria agindo em sua própria condição, isto é, como o Estado mesmo, valendo-se de sua prerrogativa. Por outro lado, o Estado quando

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 550.

atuasse em igualdade com o particular, por meio de atos de gestão, não se valendo de sua soberania, poderia se responsabilizado pelos danos, já que, nesse caso, não estaria exercendo propriamente a sua função, pois estaria agindo como se particular fosse.

Sendo assim, consoante essa teoria, a responsabilidade restaria caracterizada quando da identificação do agente público e da existência de sua culpa, de modo que, na prática, dificultava em muito a reparação dos danos causados às vítimas, principalmente, em virtude da complexidade da organização administrativa.³ Além disso, como denota José Carvalho Filho.

Essa forma de atenuação da antiga teoria da irresponsabilidade do Estado provocou grande inconformismo entre as vítimas de atos estatais, porque na prática nem sempre era fácil distinguir se o ato era de império ou de gestão. Ao mesmo tempo, a jurisprudência procurava distinguir, de um lado, as faltas do agente atreladas à função pública e, de outro, as faltas dissociadas de sua atividade. Logicamente, tais critérios tinham mesmo que proporcionar um sem-número de dúvidas e confusões.⁴

Vale ressaltar que um outro problema relacionado a essa teoria se refere ao fato de que ela se baseava nos princípios civilísticos da culpa presumida por fato de terceiro, como é o caso da responsabilidade do empregador por ato do empregado, uma vez que a relação entre mandante/mandatário, preponente/preposto, representante/representado não se coadunaria com a vinculação estatutária do servidor ao órgão público⁵, já que, neste caso, o servidor seria a presença do próprio Estado, que não se confundiria com a representação.

2.3 Teoria da culpa anônima

Assim, diante das falhas que a teoria da culpa individual apresentava, como, por exemplo, o fato de ser bastante difícil distinguir os atos de império dos atos de gestão do Estado, surgiu, na escala evolutiva da Responsabilidade civil do Estado, a teoria da culpa anônima ou da falta

³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Método, 2013, p. 689.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit., p. 551.

⁵ CAHALI, Yussef Said Cahali. Responsabilidade Civil do Estado. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 21.

do serviço. Segundo esta teoria, não haveria mais aquela distinção supraexposta entre atos de império e atos de gestão.

Para a configuração da Responsabilidade Civil do Estado, bastaria a comprovação, por parte da vítima, de que o serviço público não funcionou de maneira adequada.⁶ Caracterizando-se assim se ocorresse uma das seguintes situações, a saber: o serviço não funcionou, funcionou mal ou funcionou tardiamente.

Desse modo, a vítima lesionada não precisaria mais provar a culpa de um agente específico que causou o dano em nome do Estado, bastaria comprovar a falha do serviço em si. É por isso que se chama culpa anônima.

2.5 Teoria da responsabilidade objetiva

A teoria da responsabilidade objetiva do Estado foi uma inovação. Cabendo observar que foi a responsável por descolar a responsabilidade civil do estado da doutrina da responsabilidade do direito civil. Foi uma inovação, uma vez que facilitou em muito a vítima, que muitas vezes não conseguia a reparação pelo dano causado, pois ficava difícil para ela provar a culpa do ato estatal que culminou no dano.

Consolida-se, então, a responsabilidade objetiva, de modo que toda sua evolução histórica é marcada por um processo de tutela da vítima à vista de que, frequentemente, nas ações judiciais, reveste-se de um enorme grau de dificuldade a constatação da culpa.⁷

Segundo esta teoria, para restar comprovada a responsabilidade civil do Estado, bastaria demonstrar os seguintes elementos, a saber: o nexo de causalidade e o dano. Assim, não se faz necessário provar a culpa do Estado ao causar o dano.

Inicialmente, ela nasceu para regular determinadas hipóteses mais vinculadas àquelas decorrentes de atividades de risco.

Depois, foi prevista nas Constituições brasileiras de 1946, 1967, 1969 e na atual, de 1988.

⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Op. Cit., p. 689.

⁷ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison Do Rêgo. Problemas de Responsabilidade Civil do Estado. In: FREITAS, Juarez. Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 46.

Na Constituição de 1988, ela apresentou duas importantes evoluções referentes ao tema⁸, a saber: A primeira referente ao fato de que a pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço público, passaria a responder por responsabilidade objetiva tal como a pessoa jurídica de direito público. A segunda diz respeito à amplitude que o termo “agente” ganhou. A Constituição de 1967 previa o termo “funcionário” o qual abrangia um rol bem mais restrito de pessoas que pudessem cometer atos passíveis de responsabilização pelo Estado. Desse modo, o termo “agente” elenca pessoas não tão só vinculadas à administração pública, como também os agentes políticos e particulares atuantes em colaboração com a administração pública.

2.5 A responsabilidade civil no direito brasileiro

Tendo em vista o panorama histórico geral que se fez acima, pode-se dizer que, no Brasil, nunca prevaleceu a teoria da irresponsabilidade civil do Estado.

A Constituição de 1824, embora o Imperador não estivesse sujeito à responsabilidade civil, previa em seu art. 127, inciso 29 que: “Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticadas no exercício das funções e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos”. Dessa forma, consagrou a teoria subjetiva da responsabilidade civil do Estado no texto constitucional brasileiro. Tal teoria foi também prevista nas Constituições de 1891, 1934 e 1937.

O art. 15 do Código Civil de 1916 foi a primeira regulamentação dada à responsabilidade civil do Estado em um código. Antes, ela existia somente em leis esparsas. Este artigo previu a responsabilidade subjetiva do Estado, seguindo a teoria da culpa anônima.

Somente com a Constituição da República de 1946 é que se passa a prever a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, mantida na Constituição de 1967 e na EC 1/1969, firmando-se na atual Constituição de 1988, em seu art. 37, §6º.

No âmbito do Código Civil, o artigo 15 do CC de 1916 foi revogado pelo

⁸ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison Do Rêgo. Op. Cit., p. 46.

art. 43 do Código Civil atual, que também prevê a responsabilidade civil objetiva do Estado.

Vê-se, com isso, que esta é a teoria predominante no Direito Brasileiro.

3 FUNDAMENTOS E PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO ATUAL

3.1 Fundamentos

Como dito acima, a teoria da responsabilidade objetiva consiste na última teoria da escala evolutiva da responsabilidade civil do Estado, podendo-se dizer que é a que predomina atualmente no direito brasileiro.

O que a diferencia das outras teorias concerne no fato de que não se precisa provar a “culpa” do agente ou do serviço público para restar configurado o dano.

Assim, o que fundamenta a responsabilidade civil objetiva é a repartição dos encargos sociais. Isto porque o Estado desenvolve atividades que visam a gerar benefícios para toda a coletividade, ou seja, visam ao bem comum. Nesta toada, cabe afirmar que eventuais danos causados por sua atividade administrativa também devem ser suportados por toda a sociedade, já que a sua atividade visa a ela propriamente. Assim, explica José dos Santos Carvalho Filho o que consiste a teoria da repartição dos encargos sociais.

[...] O Estado, ao ser condenado a reparar os prejuízos do lesado, não seria o sujeito pagador direto; os valores indenizatórios seriam resultantes da contribuição feita por cada um dos demais integrantes da sociedade, a qual, em última análise, é a beneficiária dos poderes e das prerrogativas estatais.⁹

Um outro fundamento para a responsabilidade civil do Estado consiste na teoria do risco administrativo. Segundo essa teoria, o Estado, por ser uma entidade forte economicamente e politicamente, não deixando de salientar que possui um poder soberano, exerce atividades que, na maior das vezes, subordina os administrados.

⁹CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit., p. 553.

Sendo assim, pode-se afirmar que a tais atividades aliam-se riscos que acabam sendo suportados pelos próprios administrados, destinatários dessa atividade. Assim, não seria de todo justo que esses, que acaso fossem atingidos negativamente por tais atividades, tivessem que se empenhar para além dos limites do razoável, já que é tarefa deveras difícil comprovar a culpa do Estado, para conquistar o direito à reparação dos danos. É por isso que a Teoria da Responsabilidade Civil objetiva visa, precipuamente, a proteger mais a vítima, de modo que ela não precise demonstrar a culpa, mas tão somente o nexos causal e o dano.

3.2 Pressupostos

Para que o Estado seja responsabilizado civilmente, há que estarem presentes três elementos, quais sejam, o fato administrativo, o dano e o nexos causal.

O fato administrativo se refere à conduta comissiva ou omissiva atribuída ao Poder Público. Nesse caminho, cumpre enfatizar, como visto antes, que a responsabilidade civil objetiva, diferentemente da responsabilidade subjetiva, para restar configurada não se faz necessário que aquele que foi lesado prove a culpa do agente que provocou a conduta. Desse modo, no fato administrativo, o que importa é que haja a conduta, independentemente de culpa do agente público. Vale enfatizar que a conduta, comissiva ou omissiva, pode ser tanto lícita como ilícita.

O dano consiste na lesão a determinado bem jurídico da vítima por meio da conduta empreendida. Tal dano pode ser material ou moral.

O dano material refere-se à lesão ao patrimônio da vítima, avaliado pecuniariamente¹⁰, podendo ser subdividido em dano emergente e lucro cessante¹¹. O dano emergente configura a diminuição efetiva e imediata do patrimônio da vítima (é o caso do dano pela destruição de um veículo). O lucro cessante é a diminuição potencial do patrimônio. Assim, no exemplo citado anteriormente, se o veículo for um táxi, os lucros cessantes configurar-se-ão no que o lesado deixou de receber pelo ganho normalmente esperado com sua atividade profissional.

¹⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Op. Cit., p. 694.

¹¹ Idem

O dano moral consiste na lesão a bens personalíssimos, ligados diretamente à dignidade da pessoa humana.

Por derradeiro, o último pressuposto se refere ao nexo causal. Assim, ele concerne no liame entre o fato administrativo (conduta estatal) e o dano. Querendo dizer que ele é que fará o nexo entre o prejuízo sofrido pelo lesado (dano) e a conduta estatal. Basta que esta tenha vínculo direto e imediato com aquele para configurar a responsabilidade civil estatal. Assim, ensina Carvalho Filho.

Se o dano decorre de fato que, de modo algum, pode ser imputado à Administração, não se poderá imputar responsabilidade civil a esta; inexistindo o fato administrativo, não haverá, por consequência, o nexo causal. Essa é a razão por que não se pode responsabilizar o Estado por todos os danos sofridos pelos indivíduos, principalmente quando decorrem de fato de terceiro ou de ação da própria vítima.¹²

Desta feita, vê-se que o nexo causal é elemento relevantíssimo para aferir a responsabilidade objetiva do Estado. Somente com o exame acurado do que causou diretamente aquele dano é que se poderá imputar a responsabilidade de reparar o dano ao Estado. Como dito repetidas vezes nesse trabalho, não se faz preciso a prova da culpa do agente público que causou o dano, basta que haja sua conduta e que o dano tenha advindo necessariamente dessa conduta. Assim, estará configurada a responsabilidade civil. Mais uma vez, Carvalho Filho.

Para que se tenha uma análise absolutamente consentânea com o mandamento constitucional, é necessário que se verifique se realmente houve um fato administrativo (ou seja, um fato imputável à Administração), o dano da vítima e a certeza de que o dano proveio efetivamente daquele fato.¹³

Neste caminho, convém mencionar que o nexo causal pode ser elidido pelo Estado se ocorrer um dos seguintes fatores, a saber: fato exclusivo da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior. E, como causa atenuante para diminuir a indenização que o Estado for pagar, a concorrência dos referidos fatores com o ato estatal que, de veras, contribuiu para o dano.

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 560.

¹³ Ibidem, p. 561.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO E SUA NATUREZA JURÍDICA

Existe uma verdadeira celeuma na doutrina e na jurisprudência no que concerne à aplicação do artigo 37, §6º da Constituição da República no caso de conduta omissiva do Estado. Ou seja, tal embate envolve a questão sobre a natureza jurídica da Responsabilidade Civil do Estado em caso de omissão, ou seja, quando não age para prevenir ou impedir que ocorra o dano, se seria responsabilidade objetiva ou subjetiva.

Tal artigo dispõe sobre a Responsabilidade objetiva do Estado e assim prescreve:

Art. 37 [...]

.....

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

De um lado, há uma corrente que defende a aplicação do artigo acima em caso de omissão estatal, prelecionando que há a responsabilidade objetiva do Estado tanto quando a sua conduta for comissiva quanto se ela for omissiva.

Assim, tal corrente, para tornar possível a aplicação do art. 37, §6º, da CRFB aos casos de atos omissivos do Estado, faz a diferenciação entre omissão genérica e omissão específica do Estado. Desse modo, conforme ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho, a omissão específica consiste “quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo.”¹⁴ .

Destarte, não havendo omissão específica, haverá omissão genérica. Nesse caso, não restará configurada a Responsabilidade Civil objetiva, mas a subjetiva, devendo-se provar que o serviço falhou, não agiu ou agiu tardiamente, provocando o dano. Se se pensasse que, na omissão genérica, também haveria responsabilidade objetiva, o Estado seria responsável por

¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 240.

risco integral, o que não seria de todo razoável, pois ele não pode ser onipresente e onipotente em todos os lugares e em todos os momentos.

Como exemplo de omissão específica, ilustra-se o seguinte caso: o Estado não poderá ser responsabilizado por todos os assaltos que ocorram em vias e lugares públicos. No entanto, se a polícia for avisada, por várias vezes, que em determinada região há constantes assaltos, a sua obrigação será a de reforçar a segurança em tal lugar. Se os assaltos continuarem, haverá responsabilidade objetiva do Estado por omissão em havendo algum dano à vítima, tendo em vista o não cumprimento do dever da administração pública de reforçar a segurança desse local.

Cite-se, como autor que defende a natureza objetiva, Guilherme Couto de Castro, cuja lição segue a seguir.

[...]

Acima de tudo, porém, o importante é balizar, sempre, o fundamento maior da existência da imputação sem falha, no campo do risco administrativo. Há duas possibilidades: ou existe ato ilícito do ente público, e a indenização se justifica em razão da própria contrariedade à lei, ou não existe, e então seu fundamento está na razoável repartição do gravame pela coletividade, dentro de padrões civilizatórios que devem ser buscados.

Daí não ser correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir.

E, sendo o caso de conduta administrativa específica, omissiva ou comissiva, basta aferir o nexo de causalidade e o dano, e, inexistindo fortuito ou culpa exclusiva da vítima, a indenização será devida.

[...]¹⁵

Os Tribunais, atualmente, vêm entendendo pela omissão específica do Estado nos casos em que a inércia administrativa é a causa direta e imediata para o não impedimento do dano. Vê-se dois julgados abaixo, um do STF

¹⁵ CASTRO, Guilherme Couto de. A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 57.

e outro do STJ, que seguem a linha de aplicação da Responsabilidade Civil objetiva do Estado em casos de omissão, entendendo-se com isso que ela é a predominante hoje na jurisprudência.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ACIDENTE. DESNÍVEL EM VIA PÚBLICA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. VERIFICAÇÃO DA OCORRÊNCIA DO NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO JÁ CARREADO AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 279/STF. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO RELATOR PARA JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO FEITO. PRECEDENTE. [...] 5. In casu, o acórdão recorrido assentou: "Apelação Cível. Responsabilidade Civil do Estado. Pretensão autoral à reparação de danos materiais e morais em decorrência de queda em desnível entre a rua e um bueiro conhecido por 'boca de lobo'. [...] Teoria do Risco Administrativo. Inteligência do art. 37, § 6º, da CRFB/88. Para a imputação da responsabilidade à Administração Pública se faz necessário comprovar que houve uma omissão específica, ou seja, que tenha sido a ausência da atuação do Estado que criou a situação propícia para a produção do dano, quando tinha o dever de impedir sua ocorrência. No caso, restou configurado o nexo de causalidade entre a falta com o dever de manutenção e de conservação da via pública pelo Município para a situação lesiva, quando tinha o dever de agir para impedi-la. Responsabilidade objetiva da Administração Pública. Precedentes. Prova documental que comprovou as lesões sofridas pela Autora, consistentes em fratura na mandíbula e cotovelo. Nexo de causalidade também demonstrado nos autos, mormente através da prova oral produzida. Danos morais configurados. Verba compensatória arbitrada em conformidade com os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade. Recurso desprovido." 6. Agravo regimental DESPROVIDO.

(STF, ARE-AgR 847116, Primeira Turma, Min. Rel. Luiz Fux, DJe 12.03.2015) (Grifo nosso)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL E DANO MATERIAL. MORTE DE MENOR INTERNADO EM CENTRO DE RESSOCIALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO RECONHECIDA. RECURSO ESPECIAL DOS PARTICULARES PROVIDO. SENTENÇA RESTABELECIDADA. RECURSO ESPECIAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS IMPROVIDO. 1. Recurso especial dos particulares

*proveniente de ação ordinária proposta contra o Estado de Minas Gerais, na qual os ora recorrentes pleiteiam indenização pela morte de filho menor que se encontrava sob custódia do Centro Socioeducativo de Juiz de Fora/MG. [...] 3. No julgamento do AgRg no Ag 986.208/MT, DJ de 12.05.2008, o Ministro Teori Albino Zavascki, consigna que “o nexa causal se estabelece, em casos tais, entre o fato de estar preso sob a custódia do Estado e, nessa condição, ter sido vitimado, pouco importando quem o tenha vitimado. É que o Estado tem o dever de proteger os detentos, inclusive contra si mesmos. Ora, tendo o dever legal de proteger os presos, inclusive na prática de atentado contra sua própria vida, com maior razão deve exercer referida proteção em casos como o dos autos, no qual o detento foi vítima de homicídio em rebelião ocorrida no estabelecimento prisional administrado pelo ente público.” 4. **No que se refere à morte de detento sob custódia do Estado, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a responsabilidade civil do ente público é objetiva, não havendo falar em análise da culpabilidade.** [...]. Recurso especial dos particulares provido. Recurso especial do Estado de Minas Gerais improvido.*

(STJ, RESP 1435687, Segunda Turma, Min. Rel. Humberto Martins, DJe 19.05.2015) (Grifo nosso)

Do outro lado, para a corrente doutrinária que não defende a aplicação do art. 37, § 6º da CRFB, em caso de omissão do Estado, a responsabilidade é subjetiva, eis que se aplica a teoria da falta ou culpa do serviço (*faute du service*). Ou seja, concerniria na aplicação da teoria supraexposta, na escala evolutiva da Responsabilidade Civil do Estado, consistente na culpa anônima. Assim, em havendo violação do dever de agir, tem-se que provar que o serviço não funcionou, funcionou mal ou funcionou tardiamente. Desse modo, não basta a omissão, faz-se necessário aferir a culpa do serviço.

Segundo esta corrente, a omissão do Estado é responsabilidade subjetiva, eis que não consta a sua expressa previsão no artigo 37, §6º da CRFB e no artigo 43 do CC, que reflete aquele artigo. Além disso, o artigo 927, parágrafo único do CC, preleciona que a responsabilidade civil objetiva deriva de previsão legal, o que não é, portanto, o caso, já que, em

momento algum, o artigo 37, §6º da CRFB e o artigo 43 do CC preveem a hipótese de responsabilidade civil objetiva do Estado em havendo omissão.

Como doutrinador que defende a natureza subjetiva da responsabilidade civil do Estado por omissão, cite-se Alexandre Santos de Aragão, que a seguir expõe sobre a referida corrente.:

[...]

Sendo assim, a omissão que pode ensejar a responsabilidade do Estado é sempre ilícita, ao contrário do que se dá com a ação, que pode ser lícita ou ilícita para responsabilizar o Estado. A responsabilização por omissão terá lugar apenas se o Estado tinha o dever de agir, ou seja, se estava legalmente obrigado a impedir a ocorrência do evento danoso, e se omitiu.

Esta "culpa" pela omissão a que a doutrina alude, que seria mais bem traduzida (faute du service) como "falta", pode consistir em um não funcionamento do serviço, um funcionamento tardio ou um funcionamento ineficiente. Não se refere necessariamente a um agente público determinado, mas ao aparato estatal como um todo. Em alguns casos, por disposição legal (cf.v.g. Código de Defesa do Consumidor) ou por questões práticas concernentes ao ônus da prova (ex.: dificuldade de prova negativa), poderá haver uma presunção relativa da culpa do Estado.

[...]¹⁶

Vê-se, então, que a preocupação, no que diz respeito a essa celeuma, é a de que essa corrente, que entende ser de natureza subjetiva a responsabilidade estatal por omissão, baseia-se em uma doutrina com viés mais civilista, derivada do direito privado, o que não condiz com a evolução que foi procedida ao longo do tempo que culminou na teoria do risco administrativo, fundamentando a natureza objetiva da responsabilidade civil do Estado e que marcou o efetivo desapego da doutrina publicista com relação à doutrina do direito privado.

Vale afirmar que a discussão em torno da natureza jurídica da responsabilidade civil por omissão surgiu quando se questionava se o art. 15 do Código Civil de 1916 permaneceu vigendo com o advento da

¹⁶ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 566-567.

Constituição da República de 1946, ou se o art. 194 desta Constituição, que inseriu a teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado a nível constitucional, o revogou.

Nesse caminho, cumpre afirmar que, para Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, o art. 15 do CC de 1916 prevaleceu nos casos da conduta omissiva do Estado, enquanto a regra constitucional deveria ser aplicada nos casos de atos comissivos do Estado. O ilustre doutrinador defendia, portanto, a responsabilidade subjetiva do Estado em casos de omissão.

Tal posicionamento foi seguido por seu filho, Celso Antônio Bandeira de Mello. Assim, conforme entendimento do doutrinador administrativista, transpondo o ensinamento de seu pai para o contexto atual, o artigo 37, §6º da CRFB só seria aplicável em havendo conduta comissiva do Estado.

Eis a verdadeira problemática proclamada neste artigo, a saber: seria ou não aplicável o artigo 37, §6º da CRFB aos casos Responsabilidade Civil por omissão do Estado?

Como já visto, percebe-se que, para a corrente que defende a natureza subjetiva da Responsabilidade por omissão, tal artigo não seria aplicável.

Segundo os adeptos da responsabilidade subjetiva do Estado, tendo como grandes expoentes Osvaldo Aranha e Celso Antônio Bandeira de Mello, se o Estado não agiu, não pode ser ele o autor do dano. Desse modo, caberia somente responsabilizá-lo, caso a sua omissão se configurasse no descumprimento de dever legal de obstar evento lesivo, ou seja, se a sua conduta se configurasse como ilícita e contribuisse diretamente para o dano.¹⁷ Destarte, é preciso aferir a culpa do serviço, não havendo espaço para a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, fundamentada na teoria do risco administrativo, nos casos de omissão estatal.

Do outro lado, como um dos defensores da aplicação da teoria da responsabilidade civil objetiva, que defende a aplicação do art. 37, §6º da CRFB, Gustavo Tepedino entende que a regra da Constituição Federal deve prevalecer em face da norma do direito civil, de modo que, se aquela não restringiu a aplicação da regra a apenas às condutas comissivas, não caberia à legislação infraconstitucional o fazer. Assim, segue seu ensinamento:

¹⁷ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison Do Rêgo. Op. Cit., p. 48.

A Constituição Federal, ao introduzir a responsabilidade objetiva para os atos da Administração Pública altera inteiramente a dogmática da responsabilidade neste campo, com base em outros princípios axiológicos e normativos (dos quais se destaca o da isonomia e o da justiça distributiva), perdendo imediatamente base de validade o art. 15 do Código Civil, que se toma assim revogado ou, mais tecnicamente, não recepcionado pelo sistema constitucional.¹⁸

Assim, diante desta contenda, é preciso afirmar que a corrente que defende a aplicação da Responsabilidade Objetiva para os casos de omissão do Estado é a mais consentânea a toda evolução empreendida na Responsabilidade Civil do Estado que a afastou da doutrina civilista, detendo uma feição verdadeiramente publicista.

O Estado, como ente politicamente organizado e detentor do monopólio do poder soberano, não pode receber o mesmo tratamento em relação **à responsabilidade de pessoas de** direito privado, sejam físicas, sejam jurídicas, em havendo omissão ilícita, de modo a responsabilizá-lo somente se se provar a culpa no serviço.

Outrossim, cabe afirmar que há uma grande preocupação em se conceber a responsabilidade do Estado por omissão como objetiva, uma vez que se pode incorrer em um veemente retrocesso depois de todo o desenvolvimento teórico e jurisprudencial que a Responsabilidade Civil do Estado teve e vem tendo desde o famoso caso “Blanco”. Nesse caminho, segue passagem esclarecedora de Yussef Said Maluf, citando Hely Lopes Meirelles e Washington de Barros Monteiro:

[...]

a doutrina civilística ou da culpa civil comum, por sua vez, vem perdendo terreno a cada momento, com o predomínio das normas de direito público sobre as regras de direito privado na regência das relações entre a Administração e os administrados¹⁹

E, proclamada a responsabilidade objetiva do Estado, pretende-se que “a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público interno

¹⁸TEPEDINO, Gustavo. A Evolução da Responsabilidade Civil. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 191 apud coletânea de artigos, p. 49.

¹⁹Hely Lopes Meirelles. Direito administrativo brasileiro. p. 556 apud CAHALI, Yussef Said Cahali. Responsabilidade Civil do Estado. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 23.

encontra-se hoje inteiramente fora do conceito civilista da culpa, situando-se decisivamente no campo do direito público. Efetivamente, é nesse direito, não no direito privado, que vamos localizar o fundamento da responsabilidade, que se baseia em vários princípios (equidades, política jurídica), sendo, porém, o mais importante o da igualdade de ônus e dos encargos sociais. A responsabilidade do Poder Público não mais se baseia, portanto, nos critérios preconizados pelo direito civil.²⁰

Além disso, cumpre afirmar que, no âmbito do próprio direito privado, hodiernamente, está-se denotando uma maior prevalência da responsabilidade objetiva em relação à responsabilidade subjetiva no que se refere aos danos causados pelas pessoas jurídicas de direito privado, tendo em vista a maior vulnerabilidade das pessoas físicas em relação àquelas, o que tornaria sobremaneira difícil provar a culpa. É o que já ocorre no direito do consumidor e no próprio direito civil que preleciona no art. 927, parágrafo único do CC:

Art. 927.....

Par.ún. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para o direito de outrem.

A redação deste dispositivo deixa claro que a tendência, no Direito Civil, é a prevalência da Responsabilidade civil objetiva em detrimento da responsabilidade subjetiva, nos casos previstos em lei ou quando a atividade do autor do dano provocar riscos de danos a outrem.

Corroborando essa tendência do direito civil em tornar a responsabilidade civil objetiva como regra, segue Cahali:

Em realidade, o conceito de responsabilidade civil é unitário, sendo hoje contemplado nos ordenamentos jurídicos mais tendo em conta a posição da pessoa que sofreu o dano, do que a do sujeito que o provocou; as concepções individualistas da responsabilidade subjetiva foram sendo paulatinamente descartadas a partir do final do século passado, dando lugar as concepções solidaristas, inspirando as teorias do risco criado, do risco-proveito, da atividade

²⁰ Washington de Barros Monteiro. Curso de direito civil, I/106 apud CAHALI, Yussef Said Cahali. Responsabilidade Civil do Estado. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 23.

perigosa, do dano injusto, da socialização do dano, e abrindo caminho definitivamente para a responsabilidade objetiva em todos os níveis.²¹

Ademais, voltando ao pensamento de Gustavo Tepedino acima citado, a Constituição da República, em seu artigo 37, §6º, **não faz diferenciação entre** a conduta comissiva e a conduta omissiva para responsabilizar o Estado de forma objetiva quando for causa direta e imediata do dano. Assim, se a Constituição não diferencia, não caberia nem à doutrina nem à jurisprudência diferenciar tais condutas, do contrário estar-se-á insurgindo à própria Constituição.

Vale dizer também que não merece prosperar o argumento muito utilizado pelos adeptos da teoria da responsabilidade subjetiva do Estado no sentido de que responsabilizar o Estado objetivamente em caso de omissão seria o mesmo que defender a teoria do risco integral, tornando o Estado onipotente e onipresente em todos os momentos e em todos os lugares, uma vez que na teoria do risco integral não se admite elidir a responsabilidade civil do Estado em hipótese alguma. E isto não ocorre na responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco administrativo, uma vez que a omissão estatal precisa ser causa direta e imediata do dano causado, podendo o nexo causal entre a omissão e o dano ser rompido se se verificarem determinadas hipóteses, tais como: a falta de terceiro, a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e a força maior. Ademais, vale ressaltar que a responsabilidade objetiva só restará presente quando a omissão do Estado for específica, ou seja, quando a conduta omissiva for a responsável direta pelo dano. Em havendo omissão genérica, a responsabilidade por omissão será, de qualquer modo, subjetiva.

5 CONCLUSÃO

Este artigo objetivou analisar os pontos principais relativos à divergência doutrinária no que concerne à definição da natureza jurídica da responsabilidade Civil do Estado por ato omissivo, ou seja, quando provoca algum dano em decorrência de sua conduta omissiva.

²¹ CAHALI, Yussef Said Cahali. Op. Cit., p. 26.

Para tal intento fez-se, primeiramente, um panorama histórico, mostrando as principais teorias que marcaram a evolução da Responsabilidade Civil do Estado. Desse modo, foram tecidos comentários acerca da teoria da irresponsabilidade do Estado, da teoria da culpa individual, da teoria da culpa anônima, até chegar à teoria da responsabilidade objetiva, que é a que predomina atualmente no direito brasileiro.

Feito esse panorama histórico da evolução da Responsabilidade Civil do Estado, foram apresentados os dois principais fundamentos da Responsabilidade objetiva que tentam justificá-la, quais sejam, a repartição dos encargos sociais e a teoria do risco administrativo. No mesmo tópico, foram apresentados quais pressupostos devem estar presentes para restar configurada a responsabilidade objetiva do estado, a saber: o fato administrativo, o dano e o nexo de causalidade.

Nesse caminho, explicou-se que o que diferencia a Responsabilidade objetiva da Responsabilidade subjetiva é precipuamente a desnecessidade de se provar a culpa do agente que, em nome do Estado, provocou o dano. Basta que haja o fato administrativo, isto é, o ato estatal, omissivo ou comissivo, e que este tenha sido o causador direto e imediato do dano, para fazer nascer, ao Estado, a obrigação de reparar o dano.

E, no último tópico, fez-se a explanação referente à questão da natureza jurídica da Responsabilidade Civil do Estado por omissão, mostrando os principais entendimentos dos doutrinadores que defendem ser a responsabilidade objetiva e daqueles que defendem ser a responsabilidade subjetiva.

Como visto, pode-se dizer, em linhas gerais, que a melhor posição consiste em defender que a natureza da Responsabilidade do Estado, em caso de ato omissivo, deve ser objetiva, uma vez que a atual Constituição da República, em seu art. 37, §6º, não faz qualquer diferenciação entre a conduta omissiva e a conduta comissiva do agente estatal que causa o dano. O artigo tão somente explicita que o Estado será responsabilizado pelo dano que seus agentes causarem a terceiros, que pode ser tanto comissiva como omissiva.

Assim, tendo em vista que a Constituição é a norma fundamento de todo o ordenamento jurídico, as legislações infraconstitucionais devem ser

interpretadas conforme o entendimento prescrito no texto constitucional. Outrossim, cabe afirmar que o Código Civil atual, diferentemente do art. 15 do Código Civil anterior, reproduz, em seu art. 43, praticamente o disposto no art. 37, §6º da Constituição de 1988, prevendo também as responsabilidade civil objetiva do Estado.

Desse modo, não há como defender a responsabilidade civil do Estado como sendo subjetiva, porquanto consistiria num verdadeiro retrocesso a toda evolução empreendida nessa área, já que a teoria da responsabilidade objetiva foi desenvolvida com o escopo de cobrir falhas que a responsabilidade subjetiva tinha, como, por exemplo, conferir maior proteção à vítima, em vista da complexidade que envolve a atividade estatal.

Destarte, cumpre ressaltar que conceber a responsabilidade civil por omissão como sendo objetiva não levará à Responsabilidade do Estado por risco integral, porquanto o desenvolvimento a diferenciação que essa corrente traça entre omissão específica e omissão genérica visa a justamente reafirmar que o Estado somente pode ser responsabilizado quando de sua omissão decorrer de forma direta e imediata o dano.

Ademais, o próprio Estado pode atuar em sua defesa, alegando não ser responsável se demonstrar uma das hipóteses que elidem o nexo causal, mencionadas nesse trabalho. Não se olvidando que a própria Jurisprudência dos Tribunais Superiores caminha no sentido de conceber a Responsabilidade Civil por omissão como sendo objetiva e não subjetiva.

Vê-se, portanto, que esta é a melhor posição a ser adotada diante da polêmica existente em torno da natureza jurídica da Responsabilidade Civil do Estado por omissão.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- CAHALI, Yussef Said Cahali. Responsabilidade Civil do Estado. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

-
- CASTRO, Guilherme Couto de. A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison Do Rêgo. Problemas de Responsabilidade Civil do Estado. In: FREITAS, Juarez. Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 2006.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Método, 2013.
- TEPEDINO, Gustavo. "A Evolução da Responsabilidade Civil". Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

A RELEVÂNCIA DA INFORMAÇÃO NO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS E O PROBLEMA DOS ABUSOS DE MERCADO

Renata Rodrigues de Abreu Ferreira¹

Resumo: O presente artigo analisa a importância da informação no mercado bursátil, considerando as principais funções desempenhadas por esta neste setor, considerado hodiernamente como o mais relevante mecanismo de financiamento do investimento econômico, sobretudo tendo-se em vista a função socioeconômica que lhe é intrínseca. Observa, ainda, serem as práticas abusivas de mercado extremamente prejudiciais ao mercado, colocando em xeque valores essenciais à sua sobrevivência e, conseqüentemente, ameaçando o sistema como um todo.

Palavras-chave: Informação. Mercado de Valores Mobiliários. Abusos de Mercado.

INTRODUÇÃO

*"Many of the greatest economic evils of our time are
the fruits of risk, uncertainty, and ignorance".*

John Maynard Keynes.

É inegável ter a evolução socioeconômica aliada ao progresso tecnológico culminado em uma série de novos problemas que circundam em torno do elemento "informação"², e é exatamente neste contexto que se insere a questão dos abusos de mercado.

¹ Mestre e Doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais, pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu, pela Universidade de Coimbra. E-mail: rodriguesf.renata@yahoo.com.br

² NERVI, Andrea. La nozione giuridica di informazione e la disciplina di mercato. Argomenti di discussione. In Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligationi. Parte Prima, 1998, p. 843.

A relevância hodierna atribuída à temática se relaciona com o meio em que está integrada, equivale dizer, resulta do fato de encontrar-se no mercado bursátil o mais importante mecanismo de financiamento do investimento econômico.

O sistema financeiros visa “garantir a formação, a captação e a segurança das poupanças, bem como a aplicação dos meios financeiros necessários ao desenvolvimento econômico e social”³, objetivando otimizar os recursos disponíveis na economia, por haver agentes econômicos que superavitários – que poupam mais do que investem – agentes deficitários – os quais investem mais do que poupam⁴.

Nessa senda desponta o mercado acionário, representando um dos subsistemas do sistema financeiro⁵, em que não se desenrolam operações de natureza creditícia, porém aquisições de participações societárias, com o fulcro de propiciar a canalização de recursos para as companhias emissoras, por meio de capital de risco, através da emissão de valores mobiliários.

O mercado de valores mobiliários parece ocupar, atualmente, posição de maior destaque no cenário econômico – o que lhe confere ainda mais relevo –, mormente se considerarmos ter sido modificada a maneira de investir dinheiro, de forma rentável, ao longo dos anos. Afigura-se ter parte da população se afastado um pouco da ideia do investimento tradicional em cadernetas de poupança, passando a investir em formas mais arriscadas de investimento, diante da oportunidade de alcançar um provável retorno mais lucrativo em interregno temporal inferior⁶.

Considerando-se ser o crescimento e desenvolvimento econômico uma necessidade imperiosa de qualquer Estado, o mercado bursátil revela-se portador de essencial função socioeconômica⁷, razão pela qual os efeitos das práticas abusivas de mercado tornam-se ainda mais prejudiciais, podendo comprometer, até, a sobrevivência do sistema financeiro nacional e internacional, ante a integração econômica mundial.

Assim, para compreender a problemática, importa analisar, em um primeiro momento, a relevância e função que desempenha a

³ SILVA, João Calvão da. Banca Bolsa e Seguros. Tomo I – Parte Geral, 4ª ed., Ed. Almedina, 2013, p. 15.

⁴ CORSETTI, Michelangelo. Insider Trading. Informação privilegiada. O uso indevido no Mercado de Capitais. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 63.

⁵ Sendo os demais o mercado de crédito, o mercado monetário e o mercado cambial.

⁶ WENDRICH, Lisa. Anlegervertrauen in die Funktionsfähigkeit der Kapitalmärkte als geschütztes Rechtsgut des Kapitalmarktstrafrechtes. In Zeitschrift für das Juristische Studium, n.º. 3, 2013, p. 238.

⁷ CASTRO, Carlos Osório de. A informação no direito do mercado de valores mobiliários. In Direito dos valores mobiliários, Lisboa, 1997, p. 333.

informação no mercado acionária, bem como as razões que a elevam, concomitantemente, à qualidade de direito e dever. Já em um segundo momento, examinaremos no que consistem os abusos de mercado, em que medida estão estes relacionados à informação, bem ainda quais os efeitos ocasionados por tais práticas.

1. DA RELEVÂNCIA DA INFORMAÇÃO NO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS

1.1. A Informação e o Mercado de Capitais

Um dos maiores objetos de busca e desejo do ser humano é – e sempre foi – a informação, traduzindo-se numa necessidade intrínseca deste em todas as searas da vida, a ponto de alcançar *status* de direito fundamental – porquanto pressuposto de todos os demais –, tornando-se a sua detenção uma questão de sobrevivência, individual, social e política⁸.

Diante da crescente evolução na área das comunicações, hodiernamente, as informações passaram a fluir com bastante intensidade e agilidade e, de maneira reflexiva, as decisões puderam igualmente ser tomadas de modo mais rápido, acelerando o ritmo de todas as atividades sociais, o mesmo sucedeu-se, por óbvio, no âmbito do mercado de valores mobiliários. Por outro lado, determinadas ações puderam ser postergadas até o ‘último momento’, aguardando a concentração do maior número de dados informativos, capaz de influenciá-las⁹.

Assim, é cediço viver o mercado acionário da informação¹⁰, a qual finda por assumir “status de verdadeiro recurso, ao qual vem atribuído um valor econômico”¹¹, sendo reconhecida como um bem público, na medida em que pode ser ofertado a outrem sem qualquer custo marginal adicional, bem como por ser impossível a exclusão de determinado indivíduo no que tange à sua utilização ou aproveitamento¹².

⁸ FERREIRA, Aluizio. Direito à informação, direito à comunicação. Celso Bastos, São Paulo, 1997, p. 81.

⁹ PROENÇA, José Marcelo Martins. Insider Trading. Regime jurídico do uso de informações privilegiadas no mercado de capitais. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 129.

¹⁰ GODINHO, Inês Fernandes. Abuso de Informação e a Função de Jornalista. In Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 12, nº. 1, jan-março de 2001, p. 463.

¹¹ NERVI, Andrea. La nozione giuridica di informazione e la disciplina di mercato. Argomenti di discussione. In Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni. Parte Prima, 1998, p. 843.

¹² Como muito bem nos explica PITTA, do ponto de vista econômico, a classificação de um bem como público (ou coletivo) dá-se a partir da identificação daqueles que potencialmente podem vir a se beneficiar de sua utilização. Assim, “os bens públicos são identificados a partir da presença de duas características específicas, quais sejam: (i) a não rivalidade no consumo, caracterizada pelo fato de sua utilização por determinados

Algumas características do mercado financeiro exaltam a importância da informação neste segmento, como o interregno temporal existente entre as relações estabelecidas, podendo até haver operações de revenda realizadas no mesmo dia – precipuamente tendo-se em consideração ser o fim principal de tais operações os retornos futuros (lucrativos) do capital empregado –, o que não afasta – até por conta da natureza de longo prazo da relação subjacente – as obrigações da entidade emissora do valor mobiliário, a qual não tem seu prazo modificado pela transmissão¹³.

Outro traço distintivo deste segmento configura-se no fato de o valor presente de tais títulos ser mais influenciado pela perspectiva de seu valor futuro, do que em razão da utilidade particular para o adquirente, estando esta sujeita à incerteza, dado não ser possível a nenhuma companhia vincular-se ao comprometimento de conseguir obter um determinado lucro futuro. Destarte, os preços dos valores mobiliários incluirão tal avaliação, dado futuro este que não poderá igualmente ser previsto com segurança, motivo pelo qual assume a informação efeito ainda maior sobre o preços dos valores mobiliários do que em relação aos outros bens¹⁴.

A informação desempenha papel de extrema relevância no setor bursátil, razão pela qual impende observar com mais acuidade suas funções precípuas neste ramo.

1.2. Funções da Informação no Mercado Acionário¹⁵

É de notar-se serem as cotações determinadas pela confluência em um

agentes não eliminar a possibilidade de utilização por outros; e (ii) a não exclusão, caracterizada pela impossibilidade de excluir ou impedir a utilização do bem por aqueles que não tenham arcado com os custos de sua produção, ou, pelo menos, a impossibilidade de fazê-lo a um custo razoável”. Cfr. PITTA, André Grünspun. As funções da informação no mercado de valores mobiliários: Uma reflexão sobre o regime de divulgação de informações imposto às companhias abertas brasileiras. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 51-52.

¹³ Esta é uma das qualidades mais importantes do mercado de capitais, possibilitar a conciliação de interesses da sociedade emissora de granjear recursos a médio e longo prazo e dos poupadores de investir suas poupanças a fim de obter, em lapso temporal mais curto, retorno econômico favorável, não precisando imobilizar seus valores, tendo em vista que podem reavê-los quando quiserem. Cfr. EIZIRIK, Nelson. GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. Mercado de Capitais: Regime Jurídico. 2ª ed., Renovar, 2008, p. 65.

¹⁴ MOTTA, Fernando de Andrade. O dever de divulgar fato relevante na companhia aberta. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 31-32.

¹⁵ Existem outras funções atribuídas à informação no mercado de valores mobiliários como, a título exemplificativo, o monitoramento da conduta e controle das ações daqueles que estão a cargo da condução das atividades do emissor. Entretanto, tendo em vista o escopo de abordagem do presente estudo, daremos maior enfoque àquelas relacionadas à questão dos abusos de mercado, nomeadamente, o abuso de informação privilegiada e a manipulação de mercado.

ponto de equilíbrio entre a oferta e a demanda. Diversos são os fatores que influem na formação do preço, dentre eles podemos classificar alguns como fatores intrínsecos – como, a título exemplificativo, o tamanho do patrimônio, dividendos esperados e repartidos, etc. – e outros como fatores extrínsecos, cuja configuração depende da conjuntura econômica no geral.

Destarte, observamos ser a influência da informação de grande poder na formação dos preços, na medida em que devem a essa a sua própria existência, características, qualidades e deficiências¹⁶. Ora, diferentemente do que sucede quanto a outros bens, os quais podem ser livremente avaliados, e de vastas maneiras, em maior e menor medida, por seus compradores, os adquirentes de ativos mobiliários, por norma, não possuem o direito de inspecionar a entidade emissora¹⁷.

Assim, a informação é um bem capaz de prover ao público investidor, quase em tempo real, fotografia pormenorizada da situação jurídico-econômica de uma sociedade¹⁸ –, denotando o maior ou menor grau de eficiência¹⁹ e transparência de um mercado, consoante reflitam as cotações, de maneira virtual e instantânea²⁰, mais – ou menos – as informações disponíveis acerca dos títulos publicamente negociados²¹.

¹⁶ PINO, Ana María Pietro. El Derecho Penal ante el Uso de Información Privilegiada en el Mercado de Valores. Pamplona: Aranzadi, 2004, p. 103-104.

¹⁷ MOTTA, Fernando de Andrade. O dever de divulgar fato relevante na companhia aberta. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 32.

¹⁸ NERVI, Andrea. La nozione giuridica di informazione e la disciplina di mercato. Argomenti di discussione. In Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni. Parte Prima, n.º 96, 1998, p. 844-845.

¹⁹ Considerando-se que a regulação do mercado bursátil deve se dar pautada pela busca de sua eficiência econômica, impende analisar a teoria dos mercados eficientes, criada por Eugene Fama, no final da década de 1960, fundamentada em dois pilares: a rápida incorporação das informações na cotação dos valores e a constante redução dos custos de transação. Nesse sentido, o autor classifica as hipóteses de mercado em três: fraca (na weak-form efficiency, a cotação das ações refletiria tão somente dados históricos e informações estatísticas), semi-forte (na semi-strong efficiency, também impactam nas cotações as informações disponíveis a generalidade do público investidor, bem como as projeções realizadas pelo mercado com base nestas) e forte (na strong-form efficiency, os preços refletiriam toda e qualquer informação existente, incluindo-se as informações privilegiadas, cujo acesso é exclusivo a um grupo determinado de pessoas). Cfr. FAMA, Eugene. Efficient capital markets: a review of theory and empirical work. The Journal of Finance, Nova Iorque, American Finance Association, vol. 25, 1970, p. 383. Assim, tendo em vista que a “negociação é o ato pelo qual a informação é comunicada ao mercado”, o mercado será mais ou menos eficiente consoante os investidores incorporem tais informações na cotação dos ativos. Cfr. GOSHEN, Zohar. On insider trading, markets and negative property rights in information. Virginia Law Review, n. 87, 2001, p. 1229.

²⁰ Isso porque, se a informação “é igual dos dois lados, isto é, de quem está a vender e de quem está a comprar, o encontro destes agentes no mercado formará um preço que refletirá o verdadeiro valor que o mercado atribui a essa empresa, isto porque o preço refletirá toda a informação relevante sobre o valor mobiliário em causa”. Cfr. MARQUES, Mafalda Gouveia. FREIRE, Mário. A informação no Mercado de Capitais. In Cadernos de Mercado de Valores Mobiliários, n.º 3, CMVM, 1998, p. 113.

²¹ EIZIRIK, Nelson. GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. op. cit., p. 544.

Podemos afirmar que a informação desempenha função pública essencial à manutenção e desenvolvimento dos mercados acionários, uma vez que, de fato, propicia a distribuição justa dos riscos dos negócios²².

Deste modo, torna-se elementar a obtenção e armazenamento de informações neste segmento, mormente se tivermos em consideração que uma das principais funções da informação no âmbito do mercado de valores mobiliários é propiciar a tomada de decisões econômicas racionais²³, por permitirem ao público melhor aquilatar os riscos de (des)investimentos²⁴.

Note-se que não se protegerá os investidores do risco inerentes à atividade empresarial pela qual optaram²⁵. Tampouco haverá, por óbvio, qualquer pretensão de evitar que tomem os investidores decisões erradas de (des)investimento, sendo certo incumbir a cada um realizar as suas próprias interpretações e considerações, correndo os riscos de efetuar eventual avaliação errônea (que, nesta medida, pode sequer ser errônea, mas apenas uma vontade por motivações de ordem pessoal, ou mesmo por uma opção desacompanhada de qualquer influência exterior).

Entretanto, o que está em questão não é o maior ou menor grau de probabilidade de uma decisão acertada ou desacertada, mas tão somente a garantia de estarem as informações à disposição dos agentes econômicos para que estes possam realizar a sua avaliação, assegurando-lhes as mesmas condições e possibilidades no acesso à estas²⁶. Equivale dizer, nas palavras de Carlos Osório de Castro, que ao investidor conserva-se “o inalienável direito de ser estúpido (*to make a fool of himself*), sendo o objetivo do Direito do Mercado de Valores Mobiliários apenas evitar que outrem faça dele estúpido (*to make a fool of him*)”²⁷. Deste modo, entende-se que a decisão do investidor pode ser errada, entretanto tem de ser uma decisão esclarecida²⁸.

²² ALONSO, Leonardo. O bem jurídico nos crimes contra o Mercado de Capitais. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º. 82, ano 18, 2010, p. 151.

²³ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. O novo regime dos crimes e contra-ordenações no Código dos Valores Mobiliários. Almedina, 2000, p. 67.

²⁴ FILHO, José Leite. Notas ao crime de uso indevido de informação privilegiada (art. 27-D da Lei 6.385/76). In Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º. 60, ano 14, 2006, p. 107.

²⁵ PANFILO, Leandro. A informação no mercado de capitais. Fundamentos jurídicos para a proteção dos investidores. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2007, p. 27.

²⁶ CORSETTI, Michelangelo. op. cit., p. 109; FERREIRA, Eduardo Paz. A informação no Mercado de Valores Mobiliários. Direito dos Valores Mobiliários. Separata do vol. III, Coimbra, 2001, p. 146-147.

²⁷ CASTRO, Carlos Osório de. A informação no direito do Mercado de Valores Mobiliários. In Direito dos Valores Mobiliários, Coimbra: Coimbra Editora, Lisboa, 1997, p. 337.

²⁸ SPERCEL, Thiago A. Mercado de Capitais e Insider Trading. Dissertação de Mestrado apresentada à

Isso porque as informações divulgadas pelas entidades emitentes permitem aos investidores que avaliem os fundamentos econômicos dos ativos ofertados e negociados publicamente, avaliação esta que subsidia o processo de tomada de decisão relativa a uma operação de compra, venda, permuta ou, até mesmo, de manutenção de valores mobiliários²⁹.

Mas temos que atentar não ser toda e qualquer informação que se insere nesta obrigatoriedade de *disclosure*, até porquanto, se assim o fosse, elevar-se-iam por demasiado os custos da produção informativa, bem como tornar-se-ia este mecanismo até contraproducente³⁰. Assim, apenas devem se enquadrar nesta imposição informações de caráter relevante, ou seja, aquela capaz de alterar o binômio da oferta e da procura³¹.

Destarte, a regulação da informação configura-se como um dos meios mais eficazes de proteção não apenas dos investidores, mas também do próprio mercado acionário em si³², atuando como um importante meio de prevenção das práticas abusivas de mercado³³, como observaremos.

Podemos concluir, deste modo, constituírem, a obrigatoriedade de difusão de informações relevantes e proibição de realização de manobras abusivas de mercado, “as duas faces da mesma moeda”³⁴.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 59.

²⁹ PITTA, André Grünspun. Op. cit., p. 72.

³⁰ Isso porque “a exigência excessiva de divulgação de informações acabaria por prejudicar a confiabilidade do sistema e agregar custos de transação que fariam com que o mercado de capitais não atingisse seu nível ótimo de eficiência”. SPERCEL, Thiago A. Op. cit., p. 70:

³¹ PANFILO, Leandro. A informação no mercado de capitais. Fundamentos jurídicos para a proteção dos investidores. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2007, p. 66. De ver-se haver informações especificamente descritas pela lei às quais atribui o próprio ordenamento jurídico o dever obrigatório de divulgar, uma vez que sua relevância é presumida, no sentido da alta probabilidade de gerar uma afetação nas cotações. Podemos citar, a título exemplificativo, suas demonstrações financeiras e contábeis.

³² COSTA, José de Faria. RAMOS, Maria Elisabete. O crime de abuso de informação privilegiada. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 40.

³³ PROENÇA, José Marcelo Martins. op. cit., p. 134-141. MUCCIARELLI, Francesco. L'Informazione Societaria: Destinatari e Limiti posti dalla normativa in materia di insider trading. In Banca, Borsa, Titoli di Credito. Vol. LII, n.º. 6, nov.-dez. 1999, p. 509-510.

³⁴ PERES, J. J. Vieira. O delito de “insider trading” e a obrigação de informação. In BASTO, José Guilherme Xavier de. et. al. Problemas Societários e Fiscais do Mercado de Valores Mobiliários. Fisco, Lisboa, 1992, p. 82. Lembremo-nos de que, para velar pelo cumprimento dos deveres informacionais, dispõem os Estados de entidades supervisoras, para as quais se impõe também as tarefas de receber as informações divulgadas; exigir, por vezes, uma divulgação suplementar; reprimir a utilização indevida de informações e, até, dispensar a publicação daquelas que sejam contrárias ao interesse público ou envolvam grave risco dessa ocorrência, desde que não sejam capazes de induzir o público em erro. Cfr. FERREIRA, Eduardo Paz. op. cit., p. 151.

1.3. Direito à Informação e Dever de Informar

É cediço serem as sociedades “tanto mais democráticas quanto dispuserem de um sistema eficiente de divulgação das notícias e de circulação da informação, que vai garantir um maior controle do poder”³⁵.

No âmbito do mercado bursátil, ao versarmos sobre o objeto de um negócio jurídica caracterizado como valor mobiliário, emergem para os sujeitos destes negócios, bem ainda para todos os demais investidores envolvidos, uma série de deveres voltados à proteção dos investidores³⁶.

Assim, “dever de informar dos administradores corresponde ao direito subjetivo de ser informado dos acionistas em geral e dos acionistas minoritários em especial, posto que constitui instrumento indispensável à fiscalização da gestão” (dever este relacionado aos acionistas da sociedade), bem como dos potenciais investidores (o qual se relaciona com o dever de comunicação e de divulgação de informações que possam influir no mercado de capitais de uma forma geral)³⁷.

O principal instrumento de proteção dos investidores é, sem sombra de dúvidas, a informação, pois, como visto, é por meio da divulgação destas que o investidor tomará sua decisão de (des)investimento, a qual refletir-se-á no preço dos valores mobiliários, uma vez que, caso sejam as informações positivas, aumentará a procura pelos títulos e superar-se-á a oferta, gerando uma elevação dos preços; todavia, do contrário – ou seja, diante de informações de cariz negativo –, os instrumentos financeiros terão seus preços reduzidos, tendo-se em vista que a oferta tenderá a superar a procura por valores mobiliários.

Importa salientar dever ser a divulgação dos fatos relevantes oportuna, ou seja, realizada imediatamente após a formulação de seu juízo de relevância (*timely disclosure*), bem como deve dar-se de modo completo, claro e preciso³⁸, sendo apenas admissível deixar de respeitar o dever de transparência nas hipóteses em que a divulgação da informação apresente risco a interesse legítima da companhia ou ao desenvolvimento do mercado³⁹.

³⁵ FERREIRA, Eduardo Paz. A informação no Mercado de Valores Mobiliários. Direito dos Valores Mobiliários. Separata do vol. III, Coimbra, 2001, p. 138-139.

³⁶ PANFILO, Leandro. A informação no mercado de capitais. Fundamentos jurídicos para a proteção dos investidores. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2007, p. 26.

³⁷ EIZIRIK, Nelson. GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. Mercado de Capitais: Regime Jurídico. 2ª ed., Renovar, 2008, p. 481.

³⁸ Ibid., p. 488.

³⁹ Ibid., p. 489. SPERCEL, Thiago A. Op. cit., p. 59.

Adotada por diversos ordenamentos jurídicos, a obrigatoriedade da divulgação de informações – mecanismo de autorregulação que é – visa igualmente dar conhecimento àqueles a que se destinam, bem como desestimular as práticas inadequadas, incitando as adequadas, sem remover do investidor sua liberdade de decisão⁴⁰.

Aponta-se remeter a origem do dever de divulgação das informações (*disclosure*)⁴¹ dos administradores de sociedade aberta ao Direito norte-americano⁴², no pós- *crack* da Bolsa de Nova York de 1929⁴³ – cujos efeitos devastadores repercutiram no mundo todo⁴⁴ –, tendo este inspirado a grande maioria dos ordenamentos jurídicos que posteriormente vieram a adotar normas de *disclosure*, sobretudo com o intuito de repreender comportamentos abusivos de mercado, principalmente na modalidade de abuso de informação privilegiada⁴⁵.

A funcionalidade atribuída ao regime informacional obrigatório é “a de assegurar equidade nas negociações com valores mobiliários emitidos pela companhia e negociados no mercado de capitais”⁴⁶, visando precipuamente

⁴⁰ *Ibid.*, p. 27.

⁴¹ Vislumbra-se parecer estar presente ao longo de todo o desenvolvimento do mercado acionário “a percepção de que os investidores, () que se dispõem a alocar seu excedente de poupança em investimento em valores mobiliários, carecem de algum grau de proteção, em decorrência da situação de vulnerabilidade que muitas vezes se encontram em face dos emissores ou daqueles que se ocupam de intermediar as operações de oferta, compra ou venda desses títulos (em virtude das mencionadas assimetrias informacionais existentes nesse mercado)”. Cfr. PITTA, André Grünsun. *Op. cit.*, p. 55.

⁴² Como é cediço, o primeiro instrumento norte-americano emanado foi o Securities Act, de 1933 – notadamente influenciado pelo English Companies Act de 1929 – em que o congresso decidiu regular todos os tipos de operações de compra e venda de títulos. A partir desse, instituiu-se um sistema de registro de ofertas públicas de títulos mobiliários, já requerendo a divulgação de todas as informações que fossem tidas como elementares à tomada de decisão. Posteriormente sobreveio o Securities Exchange Act, de 1934, findou por estender o princípio da divulgação obrigatória ao mercado secundário de valores mobiliários, ocasião pela qual vinculou a negociação daqueles títulos à divulgação contínua de informações periódicas, bem como eventuais pelas entidades emittentes. Cfr. LEÃES, Luis Gastão Paes de Barros, *Op. cit.*, p. 94-95. CUSSAC, Jose Luis Gonzalez. El abuso de información privilegiada. In Cuadernos de Política Criminal, n.º. 37, 1989, Edersa: Madrid, p. 121. Observa-se que enquanto o primeiro (Securities Act) castiga apenas operações fraudulentas específicas por meio de assertivas inverídicas, o segundo (Securities Exchange Act) denota a verdadeira raiz da repressão ao insider trading (full and fair disclosure), encontrada precipuamente na Section 16 (b).

⁴³ PITTA nos explica que “grande parte dos motivos que levaram ao crash da New York Stock Exchange, em outubro de 1929, estava associada à falta de uma regulamentação federal do mercado de valores mobiliários norte-americano, o que acabou por possibilitar a ocorrência de operações de caráter fraudulento; a alocação ineficiente da poupança, por meio da realização de investimentos por preços vultosos em empreendimentos de qualidade extremamente baixa, que não refletiam, fundamentalmente, o valor investido, e que, posteriormente, demonstraram não ter praticamente valor algum”. Cfr. *Ibid.*, p. 57.

⁴⁴ Considerado o período mais longo de recessão econômica, a Grande Depressão, levou a inadimplência das dívidas, gerando a quebra de diversas instituições financeiras, bem como do comércio. Foram registradas drásticas quedas do PIB em todo o mundo, dada a redução da produção, bem ainda elevadas taxas de desemprego.

⁴⁵ LEÃES, Luis Gastão Paes de Barros. Mercado de Capitais & “Insider Trading”. São Paulo, Ed. RT, 1978, p. 175.

⁴⁶ MODESTO CARVALHOSA, Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 3º Vol, São Paulo, Saraiva,

a proteção dos acionistas minoritários, compreendidos como aqueles os quais não possuem acesso à administração da sociedade.

A regra da divulgação obrigatória de informações objetiva, ainda, a proteção do público investidor e da própria estrutura e subsistência do mercado de valores mobiliários, “cuja credibilidade, organização e equilíbrio dependem do cumprimento estrito, por parte dos administradores, do seu dever de informar o público em geral sobre as alterações do estado negocial ou institucional da companhia”⁴⁷.

Nessa senda, podemos entrever como sujeitos passivos do dever de informar as entidades emitentes, os intermediários financeiros, as entidades gestoras e a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, a qual também possui deveres de informações para com o público investidor⁴⁸.

Por outro lado, é possível destacar, como destinatários desta normativa, não somente os acionistas, mas também os “potenciais investidores, responsáveis pela formação dos preços; os intermediários, no desempenho de sua função de agentes de mercado; os consultores e analistas financeiros, responsáveis pela avaliação dos ativos financeiros; os auditores independentes, que precisam receber informações para realizar a auditoria independente para a qual foram contratados; os assessores legais, que precisam opinar sobre a legalidade dos atos da companhia; as bolsas de valores, na sua atividade fiscalizadora do mercado de capitais”; assim como também às entidades supervisoras comumente conhecidas por Comissões dos Mercados de Valores Mobiliários e demais autoridades regulatórias, dentre outros⁴⁹.

Não podemos olvidar a relevância do sistema de *disclosure* no que tange aos custos da informação, pois caso fosse esse inexistente, os diversos interessados incorreriam todos nos mesmos custos para o alcance das informações, porém individualmente e de modo simultâneo, conduzindo à sua superprodução. Assim, ainda que fosse possível de se auferir qualquer ganho a partir da informação obtida, se observássemos do ponto de vista do conjunto de investidores, bem como do mercado como um todo, haveria uma grande probabilidade de não existir ganho algum, devido

1997, p. 294.

⁴⁷ Ibid., p. 294.

⁴⁸ RODRIGUES, Sofia Nascimento. A Proteção dos Investidores em Valores Mobiliários. Almedina, Coimbra, 2001, p. 39-50.

⁴⁹ SPERCEL, Thiago A. Mercado de Capitais e Insider Trading. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 71. SPERCEL explica, ainda, que, ante “ao espectro tão amplo do público receptor de informações, o dever de divulgar, além de atender o imperativo da proteção da minoria (os investidores prejudicados), assume contornos de interesse público”.

ao fato de que a multiplicação do custo de produção de uma informação sobrepor-se-ia aos benefícios individuais oriundos da titularidade desta⁵⁰. O que significa dizer, nas palavras de Wolfgang Schön, “a divulgação obrigatória é capaz de reduzir esses custos caros de informação por vários participantes ao mesmo tempo”⁵¹.

Necessário se faz observar, ainda no que toca às informações neste segmento financeiro, serem algumas relações jurídicas, mormente aquelas de conteúdo econômico, formuladas em situação de desequilíbrio entre as partes – no que se refere à posse de informações essenciais à avaliação adequada dos efeitos e consequências desta⁵². Cuida-se de uma modalidade de falha de mercado justificadora denominada de assimetria informacional⁵³, a qual favorece práticas e condutas abusivas pela parte que se encontra em superioridade informacional, em detrimento daquela mais vulnerável.

É neste contexto que a obrigatoriedade de divulgação de informações atua contribuindo para a correção dessa assimetria, assegurando a equidade entre os intervenientes do mercado – posto que ao garantir níveis iguais entre todos os agentes envolvidos nesta relação jurídica é apto a reestabelecer um equilíbrio entre esses agentes em que, do contrário, encontrar-se-iam em situação diversa, dada a posição de vulnerabilidade natural de alguns face à assimetria informacional⁵⁴ – , prevenindo a obtenção de vantagens pelos *insiders*; bem como permitindo o acesso de bens de qualidade ao mercado e – justamente por contribuir para a melhor determinação dos preços – acarretando maior eficiência alocativa nestes⁵⁵.

Fazendo um paralelo da ideia aplicável no âmbito do direito do consumidor com o direito do investidor no mercado de capitais, SPERCEL nos explica que aqueles em desvantagem informativa seriam vistos “como parte mais fraca nas transações de bens e serviços”. Acrescenta, com isso, pretender-se apenas “ressaltar que a proteção do consumidor e a proteção do investidor, no que diz respeito ao recebimento de informações completas e claras, são manifestações do mesmo princípio de defesa dos interesses da parte menos informada numa relação de mercado”⁵⁶.

⁵⁰ Ibid., p. 71.

⁵¹ SCHÖN, Wolfgang. Corporate Disclosure in a Competitive Environment – The Quest for a European Framework on Mandatory Disclosure. In Journal of Corporate Law Studies, Vol. 6, 2006, p. 284.

⁵² PITTA, André Grünspun. Op. cit., p. 46.

⁵³ YAZBEK, Otavio. Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais. 2ª ed. Campus Jurídico, 2008, p. 192.

⁵⁴ PITTA, André Grünspun. Op. cit., p. 46.

⁵⁵ MOTTA, Fernando de Andrade. Op. cit., p. 34-35.

⁵⁶ SPERCEL, Thiago A. Op. cit., p. 57.

Entretanto, diante disso, é imperioso reconhecer que não são apenas os agentes envolvidos naquela determinada relação em situação informacional inferior que são prejudicados, mas o mercado como um todo⁵⁷. É o que nos demonstra AKERLOF, com a sua teoria do mercado de carros usados (*The Market for Lemmons*), a qual possui aplicação em diversos âmbitos econômicos, sendo possível emoldurar a observância dos mesmos efeitos no seio do mercado mobiliário.

O autor denota a existência de um preço médio na indústria de carros usados, em que carros de qualidade superior findam por ser “subpreçados” – em virtude do incentivo natural de ocultação, pelos proprietários dos veículos de pior qualidade, dos eventuais vícios e defeitos constantes de seu produto, tentando fazê-los passar por produtos de melhor qualidade e beneficiando-se disso –, sendo que esta redução do valor atribuído ao bem conduziria a um afastamento dos proprietários de veículos de melhor qualidade, conduzindo, conseqüentemente, a uma retração dos potenciais compradores interessados neste mercado, face à queda da qualidade representativa deste mercado⁵⁸.

Assim, pela desconfiança inicial, o preço do comprador tenderá a ser sempre inferior àquele proposto pelos vendedores, o que se reflete no processo de formação dos preços, fazendo com que os vendedores de carros em boas condições prefiram não ofertar seus veículos⁵⁹, resultando naquilo que se denomina de seleção adversa⁶⁰, bem como se desincentivando aquele determinado mercado, por afastar dele os negócios “honestos”⁶¹.

Resta demonstrado ser o aproveitamento dessa assimetria informativa em detrimento dos investidores demasiado prejudicial ao mercado como um todo. Para compreendermos a similitude desta situação trazendo a um exemplo de sua ocorrência no mercado de valores mobiliários, podemos evocar a hipótese da presença de um *insider trader* atuando no mercado, o que gerará a retração deste, como veremos mais adiante.

Considerando-se ter a divulgação de informações o intuito também de estabelecer uma reputação de honestidade e transparência, a importância

⁵⁷ PITTA, , André Grünspun. Op. cit. p. 46-49.

⁵⁸ AKERLOF, George A. The Market for Lemmons: Quality, Uncertainty and the Market Mechanism. In Quarterly Journal of Economics, n.º. 84, 1970, p. 488.

⁵⁹ YAZBEK, Otavio. Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais. 2ª ed. Campus Jurídico, 2008, p. 41.

⁶⁰ PITTA, André Grünspun. Op. cit. p. 46.

⁶¹ MOTTA, Fernando de Andrade. Op. cit., p. 34.

do dever de *disclosure* emana principalmente do fato de que “aqueles que são forçados a se despir em público prestarão, presumidamente, alguma atenção à sua aparência”, equivale dizer, um dos intuitos centrais deste mecanismo é desencorajar práticas fraudulentas⁶².

Deve partir-se do princípio de que todos devem ter igualdade de oportunidades, vale dizer, igualdade de condições de negociações com valores mobiliários e que disponham das mesmas informações para que possam tomar a sua racional decisão de investimento. Assim, a exigência da prestação de informações no mercado acionário carrega consigo a ideia de que o investidor informado estará simultaneamente protegido contra uma tomada de decisão distorcida, principalmente com relação ao preço do valor mobiliários e aos aspectos qualitativos do emissor; e práticas abusivas e desvios de conduta daqueles que encontrar-se-iam em posição de superioridade informacional com relação ao investidor, caso a divulgação de informações não fosse obrigatória⁶³. Isto porque a subversão do acesso à informação, decorrente, por exemplo, da antecipação por algum dos intervenientes, geraria desequilíbrio nas relações negociais, uma vez que favorece uns – distorcendo as condições de justa distribuição do risco negocial, já que estes não correrão os mesmos riscos inerentes ao funcionamento do mercado⁶⁴.

Dessa forma, é imperioso, ao desenvolvimento do mercado de capitais, que sejam asseguradas as regras claras e igualitárias perante todos os seus intervenientes, a fim de obstar que obtenham alguns vantagens em detrimento de outros, porquanto isso diminuiria o interesse pelo investimento, bem como, conseqüentemente, a alocação de recursos⁶⁵.

São nestes quadros de assimetrias informacionais que se desenrolam os abusos de mercado, nomeadamente o uso de informação privilegiada e a manipulação de mercados, os quais podem comprometer a própria subsistência do mercado de valores mobiliários – por colocar em causa valores que lhe são tão caros – e, até mesmo, de maneira reflexa, de todo

⁶² LOSS, Louis. *Fundamentals of securities regulation*, 2ª ed., Boston, Little Brown and Co., 1988, p. 33. PANFILO, Leandro. *Op. cit.*, p. 28.

⁶³ EIZIRIK, Nelson. GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Op. cit.*, p. 483.

⁶⁴ Devemos atentar ao fato de que esta modalidade de mercado possui como característica intrínseca o risco, mas risco este que não se pretende reduzir ou impedir, mas apenas tornar conhecido e aceitável, evitando-se que este ultrapasse os limites da razoabilidade, visando evitar que alguns investidores venham a ser lesados em virtude da desigualdade nas condições de acesso às informações. Cfr. CORSETTI, Michelangelo, *op. cit.*, p. 104.

⁶⁵ PANFILO, Leandro. *Op. cit.*, p. 26.

o sistema financeiro como um todo – como veremos –, já que aquele constitui um pilar deste.

2. O PROBLEMA DOS ABUSOS DE MERCADO

Grande parte das problemáticas atuais giram em torno do elemento “informação”⁶⁶, não seria diferente no âmbito do mercado de valores mobiliários. Cientes de que a informação relevante divulgada é capaz de propiciar alterações sensíveis nas cotações⁶⁷, alguns indivíduos valem-se do ajustamento do preço do título perante a informação, bem como da situação de assimetria informativa, para obter, de maneira ilegítima, vantagens ou evitar prejuízos em detrimento dos demais intervenientes do mercado⁶⁸. Nesta toada, um negócio constituído a partir de informação errada ou ausente é capaz de ocasionar prejuízos irreparáveis não só às partes envolvidas, mas ao mercado como um todo⁶⁹, o que transforma o problema dos abusos de mercado em uma questão de extrema importância, conforme observaremos.

A utilização deturpada de informação configura-se de dois modos: pela utilização de informação verdadeira antes desta tornar-se pública e acessível a todos os participantes do mercado; pela criação de uma informação inverídica capaz de induzir os investidores em erro⁷⁰⁻⁷¹. Tracemos um panótipo da conceituação de tais comportamentos, para que possamos compreender com maior clareza os nefastos efeitos destes decorrentes. Versaremos inicialmente acerca do abuso de informação privilegiada, prática internacionalmente reconhecida como “*insider trading*”.

A utilização de informação privilegiada⁷² trata-se de uma antecipação

⁶⁶ NERVI, Andrea. La nozione giuridica di informazione e la disciplina di mercato. Argomenti di discussione. In Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni. Parte Prima, 1998, p. 843.

⁶⁷ GOMES, Fátima. Insider Trading. Associação Portuguesa para o Desenvolvimento do Mercado de Capitais (APDMC), Valadares, 1996, p. 84.

⁶⁸ PANFILO, Leandro. Op. cit., p. 106.

⁶⁹ MOTA, Fernando de Andrade. Op. cit., p. 57.

⁷⁰ Via de regra, os ordenamentos jurídicos, punem tais condutas criminalmente. Entretanto, existem ordenamentos que além de castiga-las penalmente, também o faz por meio do Direito administrativo sancionador. Em Portugal, os abusos de mercado são reprimidos pelo Direito penal e pelo Direito contraordenacional.

⁷¹ Directiva 2003/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Janeiro de 2003, relativa ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado.

⁷² Uma informação é considerada “privilegiada” quando reúne quatro características cumulativamente, quais sejam: não ter sido tornada pública; ser referente a uma ou várias entidades emitentes ou a um ou mais valores mobiliários; gozar de caráter preciso; e ser idônea a, se lhe fosse concedida publicidade, influenciar de maneira

do comportamento, por um investidor, antes que a generalidade do mercado possa imprimir qualquer movimento em relação àquela dada informação, uma vez que, diferentemente do *insider trader*, não a tem em sua posse. Metaforicamente, poder-se-ia dizer que o *insider* “joga com cartas marcadas”⁷³, já que possui condições de realizar avaliação econômica da sociedade antes que os demais intervenientes do mercado, equivale dizer, diante de sua vantagem cognoscitiva o agente já sabe que as ações não estão refletindo o seu valor “real”⁷⁴.

A prática ganha ênfase principalmente tendo-se em vista poder a posse de uma informação relevante, ainda não tornada pública, valer fortunas, enquanto uma informação reservada, caso seja revelada, pode reduzir completamente o seu valor⁷⁵, motivo pelo qual vislumbramos na regulação da informação um dos mais eficazes meios de prevenção – e de repressão – de tais comportamentos⁷⁶. Desta forma, a obrigatoriedade de difusão das informações e proibição de manobras abusivas de mercado representam “as duas faces da mesma moeda”⁷⁷.

É de aventar nem sempre ter sido a doutrina unânime quanto à negatividade dos efeitos ocasionados por operações de *insider dealing*, havendo uma parcela que pregava a existência de consequências

sensível o preço no mercado. Cfr. Artigo 1º, nº. 1, da Directiva 2003/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Janeiro de 2003, relativa ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado.

⁷³ Expressão empregada por Ana María Pietro del Pino In El Derecho Penal ante el Uso de Información Privilegiada en el Mercado de Valores. Pamplona: Aranzadi, 2004, p. 35. Tal assertiva dá-se pelo fato de a informação divulgada permitir o ajustamento do preço dos títulos. Consciente disso, o iniciado utiliza-se de sua vantagem cognoscitiva para negociar no mercado acionário antes que os preços dos títulos venham a aumentar ou diminuir – consoante seja a informação favorável ou desfavorável –, antecipando-se, deste modo, frente ao restante dos intervenientes do mercado.

⁷⁴ CORSETTI, Michelangelo. op. cit., p. 110. Isto porquanto o preço “correto” de um valor mobiliário é aquele que seria estabelecido pelo mercado se tivesse sido dada publicidade a toda informação relativa a este instrumento. Cfr. BAINBRIDGE, Stephen. The Insider Trading Prohibition: a legal and economic enigma. In University of Florida Law Review, vol. XXXVIII, p. 42.

⁷⁵ KIMBERLY, D. Krawiec. Fairness, Efficiency, and Insider Trading: Deconstructing the Coin of the Real in the Information Age, In Northwestern University Law Review, vol. 95, nº. 2, 2001, p. 443, 446-447.

⁷⁶ PROENÇA, José Marcelo Martins. op. cit., p. 134-141. MUCCIARELLI, Francesco. L'Informazione Societaria: Destinatari e Limiti posti dalla normativa in materia di insider trading. In Banca, Borsa, Titoli di Credito. Vol. LII, nº. 6, nov.-dez. 1999, p. 509-510. COSTA, José de Faria. RAMOS, Maria Elisabete. op. cit., p. 40.

⁷⁷ PERES, J. J. Vieira. O delito de “insider trading” e a obrigação de informação. In BASTO, José Guilherme Xavier de. et. al. Problemas Societários e Fiscais do Mercado de Valores Mobiliários. Fisco, Lisboa, 1992, p. 82. Lembremo-nos de que, para velar pelo cumprimento dos deveres informacionais, dispõem os Estados de entidades supervisoras, para as quais se impõe também as tarefas de receber as informações divulgadas; exigir, por vezes, uma divulgação suplementar; reprimir a utilização indevida de informações e, até, dispensar a publicação daquelas que sejam contrárias ao interesse público ou envolvam grave risco dessa ocorrência, desde que não sejam capazes de induzir o público em erro. Cfr. FERREIRA, Eduardo Paz. op. cit., p. 151.

favoráveis de tais condutas⁷⁸. Entretanto, restam, atualmente, plenamente reconhecidos os efeitos nefastos desta.

Isto porquanto a percepção da presença de *insiders*, os quais não concorrem nos mesmos riscos que os demais em suas operações – não há um respeito à igualdade de oportunidades⁷⁹ –, mina a confiança dos investidores na capacidade de funcionamento do mercado⁸⁰, o que afastaria os aforadores, gerando uma retração do mercado e consequente redução da liquidez⁸¹, podendo comprometer a sua sobrevivência, posto que inexistiria mercado sem investidores⁸²⁻⁸³.

Já a manipulação de mercado diferente do abuso de informação privilegiada, principalmente quanto à natureza da informação com que lida, posto que ao passo que no *insider trading* a informação sempre tem de ser veraz, na manipulação lidaremos com uma assertiva inverídica. Ademais, nunca se duvidou do caráter infausto destas práticas.

Na manipulação de mercado geralmente se verifica a divulgação de informações falsas, incompletas, exageradas ou tendenciosas; ou a realização de operações de natureza fictícia; ou, ainda, a execução de outras práticas fraudulentas, com o intuito de alterar artificialmente cotações⁸⁴. Demonstra-se, como conduta mais comum neste contexto, a

⁷⁸ Essas teorias remontam aos anos 60, época em que surgiram pela primeira vez. Foram diversos os argumentos amealhados a favor de práticas insider trading. Afirmavam os partidários deste pensamento que com a presença dos iniciados o mercado refletiria melhor o preço dos títulos, promovendo a antecipação da cotação e, desta forma, permitindo ao investidor que se apercebesse das informações usufruídas pelos insiders, reduzindo, assim, os riscos na tomada de decisão e prevenindo bruscas oscilações, assim como aumentariam a liquidez do mercado, tornando estimulante o investimento neste. Alguns teóricos, como MANNE, acreditavam ser a autorização do uso de informação privilegiada um incentivo para que os gestores atuassem como “empreendedores independentes”, outros aduziam ser propriedade de quem a produz, dentre diversas outras teorias. Cfr. MANNE, Henry G. Insider Trading and Property Rights in New Information. In CATO Journal, vol. 4, n.º 3, 1985, pp. 933-957. LELAND, Hayne E. Insider Trading: Should it be prohibited? In Journal of Political Economy, n.º 4, vol. 100, August, 1992, p. 860.

⁷⁹ Deve-se enfatizar, quanto à paridade de oportunidades, prender-se esta com um intuito de proporcionar aos participantes base informativa apta a lhes permitir adotar decisões de investimento racionais.

⁸⁰ Estes efeitos se dão, pois tais relações de fornecimento a longo prazo são quase impensáveis sem confiança, especialmente tendo-se em consideração o fato de que estas operações são geralmente celebradas entre agentes que sequer se conhecem pessoalmente. Cfr. BECKEMPER, Katharina. Das Rechtsgut “Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der Märkte”. In Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik n.º 5, 2011, p. 318.

⁸¹ Pelas circunstâncias supra expostas por AKERLOF e a sua teoria do the market of lemons.

⁸² PANFILO, Leandro. op. cit., p. 108.

⁸³ Há, ainda, quem afirme poderem tais práticas gerarem – de modo eventual – prejuízos à reputação da entidade emitente, considerando-se que, muitas vezes, o insider, como denota o próprio nome, pertence à estrutura empresarial; bem como ao investidor que transacionou com este (todavia, neste aspecto, divergimos na medida em que a contraparte de qualquer modo já experimentalmente os mesmos prejuízos caso tivesse negociado com o iniciado ou com qualquer outro, porquanto a sua decisão de (des)investimento é anterior e independente daquela emitida pelo insider).

⁸⁴ MOTA, Fernando de Andrade. Op. cit., p. 75.

aquisição de operação de compra por um preço de exercício muito superior ao preço de mercado.

O propósito da operação consistiria em elevar o preço de mercado a ponto de que este seja superior ao preço de exercício da opção, para tanto necessário seria aumentar a demanda. Assim, um suposto fraudador poderia, por intermédio de diversas contas, em diferentes instituições financeiras, enviar ordens de compra e venda: comprando e vendendo os seus próprios títulos mobiliários, entretanto, com os preços sempre um pouco mais elevado.

Desta forma, o manipulador geraria um elevado volume de negociações e uma pequena alta da cotação, o que ludibriaria alguns investidores, os quais acreditariam que o preço de mercado seria inferior ao real e passariam a adquirir valores mobiliários daquela determinada entidade emitente. Entretanto, quando o valor dos títulos superasse o preço de exercício da opção, esta seria exercida e, então, procederia o manipulador à venda dos títulos, adquirindo, posteriormente à manipulação, opção de venda por valor inferior ao preço de mercado, e fazendo com que os preços diminuam ligeiramente. Por fim, adquire o fraudador títulos no mercado para cobrir sua opção de venda e a exerce, obtendo lucro com a alta artificial dos preços e no retorno dos preços ao valor correto⁸⁵. Mas existem inúmeros diversos outros exemplos podem ilustrar condutas manipuladoras⁸⁶.

Considerando-se, como já dantes elucidado, serem os preços estabelecidos pelo livre jogo da oferta e da procura, tais condutas findam por alterar artificialmente as cotações, fazendo com que o valor intrínseco atribuído ao título divirja⁸⁷.

Note-se não ser o preço, em nenhuma hipótese, nem justo nem injusto, mas tão somente “determinado no livre jogo das forças econômicas e no encontro da demanda e da oferta. A justiça do preço está na legalidade de sua formação”⁸⁸.

As manipulações de mercado são extremamente prejudiciais, uma vez que afetam um dos principais fins do mercado acionário: a livre formação de preços⁸⁹

⁸⁵ Seguindo-se aqui o exemplo fornecido por Leandro Panfilo. Op. cit., p. 121-122.

⁸⁶ Veja-se, por exemplo, o scalping e o boiler room.

⁸⁷ CASTELLAR, João Carlos. Insider Trading e os Novos Crimes Corporativos. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2008, p. 73.

⁸⁸ MOTA, Fernando de Andrade. Op. cit., p. 75.

⁸⁹ Note-se que “um dos objetivos essenciais da regulação do mercado de capitais é o de propiciar eficiência na determinação do valor dos títulos nele negociados. Em princípio, quanto mais rápida for a reação das cotações dos papéis as novas informações, mais eficiente será o mercado. Assim, o ideal é que a cotação de determinado valor mobiliários reflita unicamente todas as informações publicamente disponíveis, em tal hipótese, pode-se

no mercado de valores mobiliários⁹⁰, a qual consiste na formação objetiva e imparcial dos preços, sendo a equidade de acesso à informação antecedente fundamental para o seu alcance.

Desta forma, busca-se coibir tais práticas na medida em que a alteração artificial dos preços, realização de operações de natureza fictícia ou outras formas de fraude, induzem ao logro dos investidores⁹¹ e, assim, por óbvio, conduzem igualmente à quebra da confiança dos investidores – e, conseqüentemente, findam por prejudicar reflexamente o bom funcionamento do mercado de capitais – , podendo comprometer a própria manutenção do sistema⁹².

Estes fenômenos – abusos de mercado – são extremamente prejudiciais ao mercado de valores mobiliários, sendo sempre imperiosa não apenas a sua repressão, como também a sua prevenção, as quais se dão em grande medida por intermédio da divulgação obrigatória de informações ao mercado.

CONCLUSÃO

Diante dos nefastos efeitos ocasionados pelos abusos de mercados, os quais são caracterizados pelo uso deturpado de informações, torna-se imprescindível a prevenção e repressão de tais práticas, sob pena de ocasionar a quebra da confiança dos investidores no correto funcionamento do mercado de valores mobiliários – bem como violar a igualdade de oportunidades, no caso de abuso de informação privilegiada, ou a livre formulação dos preços, no caso da manipulação de mercados – e poder comprometer o sistema financeiro, nacional e mundial, como um todo.

É neste contexto que desempenha a informação papel de excelência no mercado acionário, mormente por ser o elo de conexão que permitiria coibir eventuais assimetrias informacionais capazes de gerar tais comportamentos, razão pela qual se considera a divulgação obrigatória de informações relevantes pilar basilar de todo esse sistema. Afigurando-se, inclusive, como um dos mais essenciais mecanismos de proteção dos investidores (acionistas e potenciais). Neste sentido, desempenham as instâncias supervisoras importante papel no auxílio ao controle de tais obrigações.

falar em cotação real e verdadeira dos ativos financeiros negociados no mercado de capitais”. Cfr. EIZIRIK, Nelson. GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. Op. cit., p. 540.

⁹⁰ CASTELLAR, João Carlos. Op. cit., p. 73.

⁹¹ EIZIRIK, Nelson. GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. Op. cit., p. 540.

⁹² Outrossim, dado o nível de integração econômica mundial, pode chegar a prejudicar a economia como um todo, como temos o exemplo histórico da crise de 1929.

BIBLIOGRAFIA

- AKERLOF, George A. The Market for Lemmons: Quality, Uncertainty and the Market Mechanism. In *Quarterly Journal of Economics*, n.º. 84, 1970, pp. 488-500.
- ALONSO, Leonardo. O bem jurídico nos crimes contra o Mercado de Capitais. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º. 82, ano 18, 2010, pp. 129-164.
- BAINBRIDGE, Stephen. The Insider Trading Prohibition: a legal and economic enigma. *University of Florida Law Review*, vol. XXXVIII, pp. 35-68.
- BECKEMPER, Katharina. Das Rechtsgut "Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der Märkte". In *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n.º. 5, 2011, pp. 318-323.
- CASTELLAR, João Carlos. *Insider Trading e os Novos Crimes Corporativos*. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2008.
- CASTRO, Carlos Osório de. A informação no direito do Mercado de Valores Mobiliários. In *Direito dos Valores Mobiliários*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, pp. 333-347.
- CORSETTI, Michelangelo. *Insider Trading. Informação privilegiada. O uso indevido no Mercado de Capitais*. Curitiba: Juruá Editora, 2013.
- COSTA, José de Faria. RAMOS, Maria Elisabete. *O crime de abuso de informação privilegiada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- CUSSAC, Jose Luis Gonzalez. El abuso de información privilegiada. In *Cuadernos de Política Criminal*, n.º. 37, 1989, Edersa: Madrid, pp. 119-153.
- EIZIRIK, Nelson. GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de Capitais: Regime Jurídico*. 2ª ed., Renovar, 2008.
- FAMA, Eugene. Efficient capital markets: a review of theory and empirical work. *The Journal of Finance*, New York, American Finance Association, vol. 25, 1970, pp. 383-417.
- FERREIRA, Aluizio. *Direito à informação, direito à comunicação*. Celso Bastos, São Paulo, 1997.
- FERREIRA, Eduardo Paz. *A informação no Mercado de Valores Mobiliários. Direito dos Valores Mobiliários*. Separata do vol. III, Coimbra, 2001.
- FILHO, José Leite. Notas ao crime de uso indevido de informação privilegiada (art. 27-D da Lei 6.385/76). In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º. 60, ano 14, 2006, pp. 78-117.
- GODINHO, Inês Fernandes. Abuso de Informação e a Função de Jornalista. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. ano 12, n.º. 1, jan-março de 2001, pp. 459-495.
- GOMES, Fátima. *Insider Trading*. Associação Portuguesa para o Desenvolvimento do Mercado de Capitais (APDMC), Valadares, 1996.
- GOSHEN, Zohar. On insider trading, markets and negative property rights in information. *Virginia Law Review*, n. 87, 2001, pp. 1229-1277.
- KIMBERLY, D. Krawiec. Fairness, Efficiency, and Insider Trading: Deconstructing the Coin of the Real in the Information Age. In *Northwestern University Law Review*, vol. 95, n.º. 2, 2001, pp. 443-503.
- LEÃES, Luís Gastão Paes de Barros. *Mercado de Capitais & "Insider Trading"*. São Paulo, Ed. RT, 1978.
- LELAND, Hayne E. Insider Trading: Should it be prohibited? In *Journal of Political Economy*, n.º. 4, vol. 100, August, 1992, p. 860.
- LOSS, Louis. *Fundamentals of securities regulation*, 2ª ed., Boston, Little Brown and Co., 1988.

- MANNE, Henry G. Insider Trading and Property Rights in New Information. In *CATO Journal*, vol. 4, n.º. 3, 1985, pp. 933-957.
- MARQUES, Mafalda Gouveia. FREIRE, Mário. A informação no Mercado de Capitais. In *Cadernos de Mercado de Valores Mobiliários*, n.º. 3, CMVM, 1998, pp. 112-123.
- MOTA, Fernando de Andrade. O dever de divulgar fato relevante na companhia aberta. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- MODESTO CARVALHOSA, Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 3º Vol, São Paulo, Saraiva, 1997.
- MUCCIARELLI, Francesco. L'Informazione Societaria: Destinatari e Limiti posti dalla normativa in materia di insider trading. In *Banca, Borsa, Titoli di Credito*. vol. LII, n.º. 6, nov.-dez. 1999, pp. 745-782.
- NERVI, Andrea. La nozione giuridica di informazione e la disciplina di mercato. Argomenti di discussione. In *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*. Parte Prima, 1998, pp. 843-872.
- PANFILO, Leandro. A informação no mercado de capitais. Fundamentos jurídicos para a proteção dos investidores. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2007.
- PERES, J. J. Vieira. O delito de "insider trading" e a obrigação de informação. In BASTO, José Guilherme Xavier de. et. al. *Problemas Societários e Fiscais do Mercado de Valores Mobiliários*. Fisco, Lisboa, 1992, pp. 81-98.
- PITTA, André Grünspun. As funções da informação no mercado de valores mobiliários: Uma reflexão sobre o regime de divulgação de informações imposto às companhias abertas brasileiras. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.
- PINO, Ana María Pietro. El Derecho Penal ante el Uso de Información Privilegiada en el Mercado de Valores. Pamplona: Aranzadi, 2004.
- PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. O novo regime dos crimes e contra-ordenações no Código dos Valores Mobiliários. Almedina, 2000.
- PROENÇA, José Marcelo Martins. Insider Trading. Regime jurídico do uso de informações privilegiadas no mercado de capitais. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- RODRIGUES, Sofia Nascimento. A Proteção dos Investidores em Valores Mobiliários. Almedina, Coimbra, 2001.
- SCHÖN, Wolfgang. Corporate Disclosure in a Competitive Environment – The Quest for a European Framework on Mandatory Disclosure. In *Journal of Corporate Law Studies*, Vol. 6, 2006, pp. 259-298.
- SPERCEL, Thiago A. Mercado de Capitais e Insider Trading. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.
- SILVA, João Calvão da. Banca Bolsa e Seguros. Tomo I – Parte Geral, 4ª ed., Ed. Almedina, 2013.
- WENDRICH, Lisa. Anlegervertrauen in die Funktionsfähigkeit der Kapitalmärkte als geschütztes Rechtsgut des Kapitalmarktstrafrechtes. In *Zeitschrift für das Juristische Studium*, n.º. 3, 2013, pp. 238-248.
- YAZBEK, Otavio. Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais. 2ª ed. Campus Jurídico, 2008.

PRINCÍPIOS E REGRAS GERAIS DA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA (2008)¹

Ricardo Perlingeiro²

Resumo O presente texto é basicamente descritivo e subsidiou o I Colóquio Brasil – Colômbia “Princípios fundamentais e regras gerais da jurisdição administrativa”, o qual objetivava uma análise comparada entre o sistema brasileiro e o colombiano. O referido colóquio ocorreu entre os dias 20 e 21 de fevereiro de 2008, na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), em Niterói, com a participação de pesquisadores vinculados ao GPEJ-UFF, brasileiros, colombianos e espanhóis, da Universidade Livre da Colômbia, Colômbia, e da Universidade de Málaga, Espanha. A referência legislativa está relacionada ao direito processual aplicável a questões de direito administrativo, excluídas as que diziam respeito a direito penal, direito tributário e direito previdenciário. Incluiu-se, ainda, a legislação sobre processos de iniciativa do particular. Os capítulos foram desenvolvidos de acordo com o Protocolo de Speyer, atual Código Modelo Euro-Americano de Jurisdição Administrativa, o qual havia sido aprovado na reunião do Grupo de Pesquisa Efetividade da Jurisdição (GPEJ-UFF), em setembro de 2006, na Universidade Alemã das Ciências da Administração Pública de Speyer.

1. PRINCÍPIOS GERAIS

Acesso efetivo por parte dos cidadãos

O acesso efetivo por parte dos cidadãos está assegurado pelo princípio da

¹ Texto apresentado no I Colóquio Brasil – Colômbia “Princípios fundamentais e regras gerais da jurisdição administrativa”, ocorrido nos dias 20 e 21 de fevereiro de 2008, Niterói-RJ, na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF).

² Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF).

inafastabilidade da jurisdição consagrado no artigo 5º XXXV da Constituição Federal (CF): “a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão”. Nesse contexto, todas as pessoas naturais e jurídicas, independentemente de qualquer condição pessoal, têm o direito de dirigir-se ao Judiciário e deste receber resposta sobre qualquer pretensão.

A consagração desse direito contra a Administração Pública é apontada como a sua forma mais genuína e importante.³

No Brasil, invoca-se também o direito de amplo acesso ao Judiciário para justificar a legitimidade *ad causam* extraordinária e a tutela de interesses coletivos ou difusos contra particulares ou contra a Administração Pública. Obstáculos em detrimento do cidadão, a pretexto de falta de condições da ação ou de pressupostos processuais, sujeitam-se a questionamentos, tais como prazos não razoáveis, necessidade de pagamento de taxas judiciárias como condição de ação, imposição de um juízo de admissibilidade, fundado na “não manifesta improcedência da demanda”, ou, ainda, de um “non liquet” por insuficiência de provas.

A propósito, vale registrar os seguintes exemplos na legislação brasileira:

- a lei de mandado de segurança exige como condição a comprovação inicial, por meio unicamente documental, dos fatos deduzidos (arts. 6º e 8º da Lei 1.533/51);
- cauções ou contracautelas como condição da ação em situações em que não há efetivamente risco de dano irreparável à parte contrária, como no depósito prévio da ação rescisória (art. 488, II do Código de Processo Civil - CPC);
- extinção do processo por falta do pagamento de taxas judiciárias, ainda que esteja ao alcance da Administração Pública outra forma de cobrança, como na execução fiscal;
- fixação de prazos que não consideram como *dies a quo* a data do efetivo conhecimento do ato lesivo pelo cidadão.

³ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: Estudos de Direito Processual. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 229.

Independência

A Constituição de 1988 (art. 96, I) dotou os tribunais de um poder de autogoverno consistente na eleição de seus órgãos diretivos, na elaboração de seus regimentos internos, na organização de suas secretarias e serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, no provimento dos cargos de magistrados de carreira da respectiva jurisdição, bem como no provimento dos cargos necessários à administração da Justiça. A autonomia administrativa e financeira materializa-se também na outorga aos tribunais do poder de elaborar suas propostas orçamentárias dentro dos limites estabelecidos com os demais poderes na lei de diretrizes orçamentárias. Não há previsão de juiz leigo para o exercício de jurisdição administrativa, exceto no caso dos juizados de pequenas causas. Ainda assim, embora haja permissivo constitucional (art. 98, I e § 1º), não há lei que o preveja. A investidura no cargo de juiz de primeiro grau é facultada a todo cidadão que se submeta a concurso público de provas e títulos. Os juízes de primeiro grau ascendem ao segundo grau mediante promoção, pelo critério do merecimento ou da antiguidade, alternativamente, sendo-lhes exigido um aperfeiçoamento constante junto às escolas de magistratura.

Parte dos cargos disponíveis na magistratura de segundo grau é ocupada por um critério político, a partir da indicação das entidades de classe (Ordem dos Advogados do Brasil e Ministério Público) e, posteriormente, dos tribunais, para nomeação final pelo chefe do Executivo. No Superior Tribunal de Justiça (STJ), o critério é semelhante, entretanto, há, ainda, a chancela do Parlamento. Para afastar a possibilidade de dependência externa, a Constituição assegura aos juízes prerrogativas (art. 95) e também lhes impõe proibições (art. 95, parágrafo único). Entre as prerrogativas garantidas aos magistrados estão a da vitaliciedade, a da inamobildade e a da irredutibilidade de vencimentos. A prerrogativa da vitaliciedade garante ao juiz permanecer no cargo até completar 70 anos de idade, salvo no caso de sentença condenatória transitada em julgado. A da inamobildade, por sua vez, evita que o juiz seja removido para um outro órgão judicial, o que somente pode ocorrer por motivo de interesse público e decisão da maioria do tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Por último, a prerrogativa da irredutibilidade de vencimentos afasta a possibilidade

de diminuição nominal, e não substancial, segundo jurisprudência do Superior Tribunal Federal (STF). Aos juízes aplicam-se as seguintes vedações:

I- exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo um(a) de magistério;

II- a percepção, a qualquer título ou pretexto, de custas ou participação em processo, bem como o recebimento de auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas;

III- a participação em atividade político-partidária;

IV- o exercício de advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por exoneração ou aposentadoria.

Imparcialidade

O Código de Processo Civil (CPC) prevê causas de impedimento e de suspeição do juiz, bem como procedimentos destinados à sua arguição. Assim dispõe o artigo 134 do CPC:

É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: I- de que for parte;

II- em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

III- que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV- quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V- quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI- quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Parágrafo único. No caso do disposto no capítulo IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio

da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz”.

São causas para suspeição (art. 135):

I- amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II- o fato de alguma das partes ser credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III- herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV- o ato de receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; de aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou de subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V- interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Admite-se, ainda, a declaração de suspeição por motivo íntimo (art. 135, parágrafo único).

Paridade de armas

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sempre foi favorável à constitucionalidade das prerrogativas processuais da Administração Pública⁴:

*Admita-se que a burocracia, o gigantismo e a conseqüente lerdeza da máquina estatal expliquem dilatação de prazos processuais em dimensões aceitáveis, qual a do prazo para responder [...] ou a duplicação dos prazos para a interposição dos recursos.*⁵

Mais recentemente, decidiu aquela Corte Suprema que, não havendo diferenças reais a serem compensadas, seriam inconstitucionais as vantagens processuais em favor da Administração.⁶

Publicidade

A Constituição Federal (CF) impõe a publicidade dos julgamentos e dos atos processuais, estabelecendo que a lei só poderá restringi-la quando a

⁴ Recurso Extraordinário 194.925/MG.

⁵ ADIn. 17530-2/DF, apud ALVES, Rogério Pacheco, 2007, p. 86.

⁶ ADIn. 17530-2/DF, apud ALVES, Rogério Pacheco, op. cit., p. 86.

defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (arts. 5º, LX, e 93, IX). A única exceção à regra da publicidade dos julgamentos é a do júri (art. 5º, XXXVIII, b). A preocupação do constituinte com esse princípio não se esgota sequer nas questões jurisdicionais. Mesmo as decisões administrativas dos tribunais precisam ser motivadas em sessão pública (art. 93, X).

Prazo razoável

A Constituição dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LXXVIII). Apesar dessa garantia não estar regulamentada pela legislação, existem instrumentos processuais de natureza correicional que, no caso concreto, determinam eficazmente providências para sanar o atraso injustificado no processamento de um feito judicial. O artigo 80 do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão disciplinar de todo o Poder Judiciário brasileiro, prevê um recurso denominado “representação por excesso de prazo”.

Além disso, anota Gilmar Ferreira Mendes que “o direito à razoável duração do processo, a despeito de sua complexa implementação, pode ter efeitos imediatos sobre situações individuais [...] legitimando a adoção de medidas antecipatórias ou até o reconhecimento da consolidação de uma dada situação com fundamento na segurança jurídica”.⁷

A legislação processual estabelece prazos contra os juízes e os serventuários; contudo, quando tais prazos deixam de ser atendidos, normalmente o são em função do excesso de trabalho.

Registre-se, ainda, a presença de procedimentos judiciais que detêm preferência legal, tais como o do mandado de segurança (art. 17 da Lei 1.533/51)⁸ e das ações para proteção de direitos dos idosos (art. 71 da Lei 10.741/03)⁹.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 486.

⁸ “Art. 17: Os processos de mandado de segurança terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo habeas-corpus. Na instância superior, deverão ser levados a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que, feita a distribuição, forem conclusos ao relator.”

⁹ “Art. 71: É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância.”

2. ORGANIZAÇÃO DOS TRIBUNAIS

Competência: existência de regras objetivas e impessoais para a delimitação das competências territoriais e funcionais dos tribunais

A competência territorial e funcional da Justiça Federal de 1º e 2º grau, e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é fixada pela Constituição Federal (CF) e, supletivamente, por lei e atos normativos dos próprios tribunais. A competência funcional do STJ está prevista na Lei 8.038/90, e a da Justiça Federal de 1º e 2º grau, em atos normativos dos Tribunais Regionais. A competência territorial da Justiça de 1º grau é regulamentada pelo Código de Processo Civil (arts. 94 a 100 do CPC) e, supletivamente, por atos normativos dos Tribunais. As substituições dos juízes por impedimentos, férias ou outros afastamentos provisórios não possuem critérios definidos em lei; sujeitam-se a atos normativos dos tribunais ou mesmo a soluções à luz da situação concreta.

Instituição de, ao menos, uma instância superior de controle jurisdicional

A organização judiciária estabelecida na Constituição prevê recursos de revisão para uma instância superior, salvo nos casos de competência originária dos tribunais superiores, em que existem algumas restrições, embora sempre seja admitido o apelo extremo para as cortes supremas federais e constitucionais.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou o entendimento de que o direito a um recurso está contido no conceito do direito a uma tutela judicial.¹⁰

Assistência judiciária gratuita aos necessitados

A assistência judiciária gratuita compreende a isenção (não incidência) de taxas judiciárias, dispensa do pagamento das despesas com atos processuais específicos (perícias, deslocamentos etc.) e a concessão de

¹⁰ STF. ADIn 1.976-7/DF. Tribunal Pleno. Julgamento 28/03/2007. Publicação: DJ 18/05/2007, p. 64. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Do voto do ministro relator extrai-se o seguinte fragmento: “Da necessidade de se proporcionar um procedimento administrativo adequado surge o imperativo de se consagrar a possibilidade de se recorrer dentro do próprio procedimento. [...] Situados no âmbito dos direitos fundamentais, os recursos administrativos gozam entre nós de dupla proteção: o art. 5º, XXXIV (direito de petição independentemente do pagamento de taxas) e LV (contraditório).”

um advogado gratuito, público ou dativo. Para a concessão judicial do benefício da gratuidade da justiça, basta uma declaração do interessado, sujeita à prova em contrário, de que não possui meios suficientes para arcar com as despesas processuais sem prejuízo do sustento próprio ou da sua família (art. 5º, LXXIV da CF e art. 2º, parágrafo único da Lei 1.060/50).

Em alguns estados da Federação e, mais recentemente, no âmbito federal, está organizada a defensoria pública, órgão destinado à assistência jurídica gratuita. Portanto, os defensores públicos, ao lado dos advogados dativos, que são os designados diretamente pelo juiz, atuam em favor dos necessitados juridicamente.

Não há previsão legal expressa para que os necessitados sejam dispensados do pagamento de cauções e depósitos, seja como contracautela, seja para o ingresso em juízo como condição de ação, o que tem sido temperado pela jurisprudência.¹¹ Também não há indicação legal do responsável pelo adiantamento ou mesmo pelo pagamento final das despesas com perícias ou outros atos processuais indispensáveis à proteção judicial dos necessitados, o que, recentemente, tem levado a jurisprudência a impor ao Estado esse dever.¹²

Facultatividade do patrocínio judicial por advogado

A Constituição considera o advogado indispensável à administração da justiça (art. 133) e a legislação processual impõe a capacidade postulatória,

¹¹ “[...] De outra sorte, há de se ter sob mira que o elevado valor da causa não pode representar, em razão da necessidade de recolhimento de custas e, na espécie, do depósito do artigo 488, inciso II, da Lei de Ritos, um obstáculo ao direito constitucional de acesso à justiça. Com efeito, equiparar, no caso em apreço, a atribuição do valor da causa ao valor da condenação inviabilizaria o direito das autoras de buscar a rescisão do julgado e do correspondente novo julgamento do feito [...]”. In: STJ. AGP 5144. 2ª Seção. Julgamento: 25/04/2007. Publicação: 24/05/2007, p. 309. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa.

¹² “[...] 3. No caso concreto, configurada a hipossuficiência do consumidor, inclusive com o reconhecimento do benefício de assistência judiciária gratuita em seu favor, e sendo imprescindível a produção de prova pericial para a solução da lide segundo o juízo que a designou, de ofício, não deve a parte autora arcar com as despesas de sua produção. [...]”. In: STJ. RESp 843963. 1ª Turma. Julgamento: 12/09/2006. Publicação: 16/10/2006, p. 323. Rel. Min. José Delgado. No mesmo sentido: “[...] As despesas pessoais e materiais necessárias para a realização da perícia e confecção do respectivo laudo estão abrangidas pela isenção legal de que goza o beneficiário da justiça gratuita. Como não se pode exigir do perito que assumo o ônus financeiro para execução desses atos, é evidente que essa obrigação deve ser desincumbida pelo Estado, a quem foi conferido o dever constitucional e legal de prestar assistência judiciária aos necessitados. Não fosse assim, a garantia democrática de acesso à Justiça restaria prejudicada, frustrando a expectativa daqueles privados da sorte de poder custear, com seus próprios meios, a defesa de seus direitos. Recurso conhecido e provido.” In: STJ. RESp 131815. 4ª Turma. Julgamento: 16/06/1998. Publicação: 28/09/1998, p. 63. Rel. Min. César Asfor Rocha.

como pressuposto processual, a todos que queiram litigar judicialmente (art. 36 do CPC e art. 1º, I da Lei 8.906/94). A única exceção dá-se no procedimento dos juizados especiais federais, em que, no primeiro grau, é facultativo o patrocínio judicial por advogado (art. 10 da Lei 10.259/2001: as partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não).¹³

No âmbito do procedimento administrativo extrajudicial, a Lei 9.784/99, artigo 3º, IV, diz ser direito dos administrados “fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei”. No entanto, tratando-se de procedimento administrativo disciplinar, em que o administrado é equiparado a um acusado, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolidou entendimento favorável à obrigatoriedade de advogado. Nesse sentido, foi editado o enunciado 242 da súmula da jurisprudência dominante daquele Superior Tribunal: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

A propósito, a Corte Europeia de Direitos Humanos já decidiu que, embora a Convenção assegure o direito do acusado em processo penal defender-se a si próprio, esse direito não é absoluto e os Estados, pela via legislativa ou por decisão judicial, podem impor a obrigação de a defesa ser garantida por um advogado.¹⁴

Proximidade geográfica dos tribunais para facilitar o acesso à jurisdição administrativa pelos cidadãos

Os órgãos judiciais de primeiro grau da justiça estadual estão sediados na maioria absoluta das cidades brasileiras, sendo que, em grande parte dos estados, a competência para julgamento das causas de direito administrativo é do mesmo juiz da cidade em que o cidadão possui domicílio.

Em casos excepcionais, os estados atribuem competência privativa aos juízes da capital para julgar questões de direito administrativo, ainda que do

¹³ Dispositivo legal declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn. 3168, seja porque se trata de exceção à indispensabilidade de advogado legitimamente estabelecida em lei, seja porque o dispositivo visa a ampliar o acesso à justiça; entretanto, esse entendimento ficou restrito às causas cíveis ou administrativas, uma vez que, nas de direito penal, seria necessária a presença do advogado (GALATI, Lana Lígia. A administração pública e a transação como instrumento de eficiência. Niterói: EdUFF, 2007).

¹⁴ BARRETO, 2005, p. 167.

interesse de cidadãos domiciliados no interior. Os órgãos de segundo grau da justiça estadual estão situados nas capitais, porém a Constituição Federal (CF) autoriza a instalação de câmaras regionais descentralizadas (art. 125, § 6º). Uma justiça itinerante está prevista no artigo 125, § 7º, da Constituição.

No âmbito da Justiça Federal, embora não haja órgãos judiciais de primeiro grau por todas as cidades brasileiras, o processo de interiorização tem sido constante e, atualmente, os juízos federais estão situados em pontos geograficamente estratégicos, nas capitais e no interior. Além disso, a Constituição também autoriza a instalação de juízos itinerantes (art. 107, § 2º) e, ainda, que as causas de direito previdenciário ou outras definidas por lei sejam julgadas em primeiro grau por juízes estaduais, sempre que o local de domicílio do cidadão não seja sede de órgão judicial federal de primeiro grau (art. 109, § 3º)

No caso dos órgãos de segundo grau, os tribunais regionais federais estão situados em cinco capitais estaduais, havendo previsão para que funcionem, a exemplo do que ocorre na justiça estadual, de forma descentralizada com câmaras regionais (art. 106, § 3º, da Constituição Federal).

Os tribunais superiores estão situados em Brasília. Ainda assim, seja na Justiça Federal seja na justiça estadual, no primeiro, no segundo ou terceiro grau de jurisdição administrativa, os órgãos judiciais têm adotado a iniciativa de instalar “protocolos unificados” que, na prática, viabilizam o acesso de um cidadão a um tribunal com sede distante do seu domicílio. Além disso, inovações tecnológicas têm sido implementadas, adotando-se, inclusive, processos virtuais, em que provas orais são produzidas a distância por meio de videoconferência.

Juízo monocrático ou colegiado de 1º grau

A jurisdição administrativa no primeiro grau é exercida por órgãos judiciais monocráticos, exceto quando a causa for de competência originária de tribunal de segunda instância (apelação) ou de tribunal superior. Para a Justiça Federal, a Constituição atribui competência típica de primeiro grau a juízes federais e competência típica de segundo grau a tribunais regionais federais (art. 106).

No caso específico dos juzizados federais, a Constituição (art. 98, I, e §

1º) autoriza que turmas recursais sejam instaladas ou que o julgamento seja realizado por juízes togados e leigos. Logo, o julgamento no primeiro grau poderia ser promovido por um colegiado que seja constituído de juízes togados e leigos, segundo a lei (que, contudo, não o previu). No entanto, a tradição brasileira é no sentido de que a jurisdição no primeiro grau seja exercida monocraticamente.

Na prática, os colegiados que prevalecem na segunda instância não atingem uma das suas principais finalidades – a de assegurar maior probabilidade de acerto no julgamento (jurisdição de qualidade). Isso porque os debates entre os juízes são cada vez mais raros, seja por serem públicos (com risco de intimidação dos julgadores – e aqui também se distancia da segunda finalidade dos colegiados, fortalecer a independência do juiz), seja por serem substituídos por pedidos de vista e os votos por escrito serem apresentados na sessão oral seguinte, seja, ainda, pela falta de previsão legal para que o juiz debata com os advogados (apenas os ouve) ou para que o colegiado produza diretamente prova oral na fase recursal (a prova oral é delegada ao juízo de primeiro grau, pois não há uma concepção de que o contraditório pressupõe os princípios da oralidade e da imediação).

Nesse contexto, a instituição de colegiados no primeiro grau só tornaria a jurisdição administrativa mais lenta, e vale registrar que a atual tendência do legislador processual brasileiro é justamente em sentido contrário, aumentando o alcance dos julgamentos monocráticos no segundo grau (Leis 9.756/98 e 10.352/01).

3. ACESSO AO TRIBUNAL

3.1. Alcance da tutela: objetos do recurso (as causas que envolvem decisões ou outro comportamento da Administração Pública ou entes privados no exercício do poder público)

No sistema brasileiro de jurisdição una, a especialização dos órgãos judiciais, quando existente, considera o status de Administração Pública de uma das partes. O principal critério que define a competência da Justiça Federal é, de acordo com a Constituição, a presença de interesse da União Federal, Distrito Federal, autarquias federais, fundações públicas federais

e as empresas públicas, pessoas jurídicas de direito privado com controle político do poder público. Na estrutura judiciária estadual, de um modo geral, existe essa mesma tendência para atribuir competências às “varas de fazenda pública” no primeiro grau de jurisdição.

Em um outro nível de especialização dos órgãos judiciais, paralelo, fixado por atos normativos dos próprios tribunais, prefere-se a natureza dos litígios. No Superior Tribunal de Justiça (STJ), há “turmas” e “seções” de direito público e de direito privado. De forma semelhante, com “turmas” ou “câmaras” previdenciárias, administrativas, tributárias e de direito privado, estão organizados os tribunais regionais federais e os tribunais de justiça, órgãos de segundo grau da Justiça Federal e da justiça estadual, respectivamente. Na Justiça Federal de primeiro grau, há notícias de algumas localidades com o mesmo nível de especialização.

Quanto aos procedimentos judiciais, o critério utilizado pelo legislador para justificar um tratamento específico é variado. A título de exemplo, na Lei dos Juizados Federais, em que está previsto o procedimento especial para causas de pequeno valor, o critério é basicamente o mesmo que justifica a competência da Justiça Federal: o da qualidade da parte.

No CPC, de onde constam as regras sobre prerrogativas processuais (prazo, intimação e despesas), recursos obrigatórios e execução de sentenças, o critério invocado também é o da qualidade da parte, que deve ser o de uma entidade estatal (União, Distrito Federal, estados ou municípios) ou de uma entidade autárquica (federal, estadual ou municipal), excluindo-se apenas as empresas públicas.

No mandado de segurança, o que importa é que a pretensão seja contra ato “de autoridade”, seja este oriundo de pessoa jurídica de direito público, seja de direito privado no exercício de função pública. No entanto, no recurso que visa à suspensão da execução da liminar ou da sentença de mandado de segurança, o que importa é a natureza da parte.

3.2. Espécies de interesses tuteláveis

Legitimidade ad causam

A abordagem do tópico “espécie de interesses tuteláveis” se confunde

com legitimidade *ad causam* e, portanto, preliminarmente, vale registrar o que dispõe a legislação brasileira a respeito.

A Constituição Federal (CF) prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV). Nessa direção, o Código de Processo Civil (CPC) prescreve que “para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade” (art. 4º) e que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei” (art. 6º). No âmbito do mandado de segurança, a legitimidade será daquele que, ilegalmente ou com abuso de poder, sofrer violação ou tiver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade (art. 1º da Lei 1.533/51, art. 5º, LXIX da Constituição), sendo, ainda, admitido que:

O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, em prazo razoável, apesar de para isso notificado judicialmente (art. 3º da Lei 1.533/51).

Não obstante, o artigo 5º, LXXIII da Constituição dispõe que:

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.

No mesmo sentido, a Lei de Ação Popular está assim redigida:

Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos” (art. 1º da Lei 4.717/65).

A Constituição, ao instituir o mandado de segurança coletivo,

autorizou que a impetração seja por “partido político com representação no Congresso Nacional ou organização sindical, entidade de classe” ou “associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados” (art. 5º, LXX Constituição). A Ação Civil Pública, para proteção do meio ambiente, do consumidor, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, de qualquer outro interesse difuso ou coletivo, da ordem econômica e da economia popular, e da ordem urbanística, pode ser proposta pelo:

I- Ministério Público;

II- União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

III- autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

IV- associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há, pelo menos, 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” (art. 5º da Lei 7.347/85).

Da lei de procedimento administrativo extrajudicial, denominada inapropriadamente pelo legislador brasileiro de “lei de processo administrativo”, constam como legitimados os seguintes:

I- pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação;

II- aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;

III- as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;

IV- as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos. (Lei 9.784/99, art. 9º).

Acesso obrigatório: direitos subjetivos e interesses legítimos

Segundo Bandeira de Mello, interesse legítimo configuraria:

aquele em que a norma em questão (a) foi posta no interesse geral, e não no interesse individual. Este é o mais tradicional dos critérios. Foi defendido, entre outros autores mais antigos, por Zanobini, ou (b) consiste em uma norma de ação e não norma de relação, conforme propôs Guicciardi. De acordo com este autor, as normas de ação apenas regulam objetivamente o proceder da Administração, e delas derivam os interesses legítimos. As normas de relação disciplinam situações derivadas de relações jurídicas entre o indivíduo e o Estado, e delas emanam os direitos subjetivos.¹⁵

O interesse legítimo estaria relacionado com comportamentos da Administração Pública, gerais e impessoais (abstratos ou concretos), positivos ou negativos, que, pela sua própria natureza, interferissem na esfera da sociedade ou de uma coletividade. Estão, pois, intimamente vinculados a interesses difusos e coletivos, e o que almejam controlar equipara-se (não equivale-se) ao direito objetivo. Daí a proximidade entre interesse legítimo e controle objetivo e, conseqüentemente, na atribuição de legitimidade *ad causam* extraordinária para a proteção judicial correspondente.¹⁶

Decorre disso, também, o paralelo entre interesse legítimo e o *recours pour excès de pouvoir*, quando voltado para anulação de atos administrativos gerais.¹⁷ O sistema alemão, dito “subjetivo”, também não desconhece a proteção judicial de interesses legítimos, ao admitir a impugnação dos atos administrativos, não só os individuais, mas igualmente os gerais, desde que concretos.¹⁸

¹⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 21. ed. São Paulo:Malheiros, 2006, p. 905.

¹⁶ O regime do controle objetivo da atuação administrativa facilita a impugnação judicial de atos normativos; em contrário, no regime subjetivo, é pouco provável demonstrar um interesse individual em nulificar um ato normativo, geral por excelência (OBSERVATOIRE, La justice administrative en Europe, p. 51).

¹⁷ O sistema francês de controle objetivo da legalidade administrativa, embora permita que haja controle dos atos administrativos gerais, concretos ou abstratos, em sede de contencioso judicial administrativo, não afasta a necessidade de o autor justificar o seu interesse; não leva automaticamente à ação popular (MELLO, op. cit., p. 905). O sistema francês é, tão somente, compatível com a ideia de que não haveria necessidade de demonstração de interesse individual para questionar a validade de atos administrativos, já que a proteção dos direitos do cidadão seria uma consequência do controle objetivo da legalidade, o que abre espaço para as ações coletivas em geral, especialmente as populares.

¹⁸ No sistema alemão, os atos administrativos devem ser concretos e não exatamente individuais; podem atingir uma pessoa ou um fato (MAURER, Hartmut. Elementos de Direito Administrativo Alemão, p. 94). De acordo com o § 35, frase 1, da VwVfG, é determinante a concretude do objeto de regulação, não a

Os direitos subjetivos têm como pressuposto natural a existência dos interesses legítimos; são considerados direitos subjetivos porque neles há individualização de um bem comum alcançado pela expressão “interesses legítimos”. Todo comportamento da Administração repercute em três níveis, progressivamente: geral abstrato (difuso), geral concreto (coletivo) e individual. O direito subjetivo é aquele constituído neste terceiro nível, originado de um comportamento da Administração que interfere diretamente na esfera individual do cidadão, mas que, para tanto, necessariamente, já interferira, em um nível preliminar, em maior ou menor grau, na esfera da sociedade ou de uma coletividade.

Isso, porém, só se torna evidente quando o bem perseguido pelo cidadão exige da Administração a modificação de um comportamento que, até então, vinha dispensando indistintamente à sociedade ou a uma coletividade. Entretanto, há situações em que o exercício do direito reclamado não necessita da alteração de um comportamento daquela natureza; isso ocorre não devido à existência de uma categoria de direitos subjetivos públicos unicamente individuais, mas sim porque, naquele caso, os pontos controvertidos são estritamente individuais. Nesse contexto, Bandeira de Mello definiu direito subjetivo:

No Brasil, haver-se-á de considerar que está em pauta argüição de direito subjetivo quando (a) a ruptura da legalidade cause ao administrado um agravo pessoal do qual estaria livre se fosse mantida íntegra a ordem jurídica ou (b) lhe seja subtraída uma vantagem a que acederia ou a que pretenderia aceder nos termos da lei e que pessoalmente desfrutaria ou faria jus a disputá-la se não houvesse ruptura da legalidade, nada importando que a ilegalidade argüida alcance a um ou a um conjunto de indivíduos

individualidade dos destinatários (Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist). No § 35, frase 2, da VwVfG, está registrado que “um ato administrativo que se dirige a um círculo de pessoas determinado ou determinável segundo características gerais concerne à qualidade jurídico-pública de um objeto ou ao seu uso pela comunidade” (Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbar Personkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft). A necessidade do interesse individual como condição da ação judicial contra a Administração Pública, afastando o cabimento da ação popular, decorreria do artigo 19, IV, da Lei Fundamental: “Quem for lesado nos seus direitos por ato de autoridade pública [...]” (SOMMERMANN, Karl-Peter. La Justicia Administrativa en la Alemania, p. 48).

*conjuntamente afetados, por se encontrarem na mesma situação objetiva e abstrata.*¹⁹

Disso resulta que, no Brasil, o que se pretende alcançar com a expressão “interesse legítimo” está incluído na noção do direito subjetivo público e individual para cujo exercício necessita-se do reconhecimento prévio e incidental de um interesse difuso ou coletivo e que pode ser postulado em qualquer ação individual ou mesmo nas ações coletivas sobre “interesse individual homogêneo”, mediante procedimento comum aplicável aos litígios de direito privado em ambos os casos.

Não obstante, lembre-se de que o sistema brasileiro convive, ainda, com a proteção judicial dos interesses difusos e coletivos - sempre presentes na noção de interesse legítimo -, via ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo, em que somente os aspectos difusos ou coletivos são examinados, configurando-se, por conseguinte, num procedimento em que não seria necessária a demonstração de lesão ou risco de lesão a direito subjetivo. Assegura-se, pois, no sistema brasileiro de jurisdição una, a proteção judicial de interesses legítimos e de direitos subjetivos, mantida a linguagem do sistema italiano. Também não se questiona a necessidade de um procedimento judicial especializado que considere a natureza de direito público tanto dos interesses legítimos quanto dos direitos subjetivos, sejam estes *in natura* sejam por prestações reparatórias.

Acesso facultativo: interesses difusos e interesses coletivos

A proteção judicial de interesses coletivos está assegurada constitucionalmente, via ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo.

A classificação dos interesses coletivos em interesse difuso, coletivo e individual homogêneo, existente na legislação brasileira e no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, resume-se no seguinte:

Interesses ou direitos difusos são os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou vinculadas, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base.

¹⁹ MELLO, 2006, p. 907.

O interesse individual homogêneo é o “que envolve direitos individuais, divisíveis, que possuam um ponto de fato ou de direito em comum”. Dessa maneira, os litígios coletivos podem surgir a partir de uma atuação administrativa ou de uma omissão correspondente; a partir de um ato material da Administração ou de um ato administrativo propriamente dito.

Haverá interesse difuso sempre que, dessa ação ou omissão administrativa, resultar dano a bem pertencente, de forma indivisível, a toda sociedade, como, por exemplo, ao meio ambiente. Haverá interesse coletivo quando o dano atingir apenas um segmento da sociedade, também de forma indivisível, e, finalmente, haverá interesse individual homogêneo quando atingir, de forma análoga, direitos subjetivos individuais, portanto divisíveis, de um elevado número de pessoas. Por exemplo, um ato administrativo que concede uma licença de construção de um aeroporto pode atingir, indistintamente, toda coletividade (meio ambiente) ou um segmento da sociedade (direito de vizinhança) ou, ainda, atingir interesses individuais (desvalorização das propriedades na vizinhança).

Da indivisibilidade dos interesses difusos e coletivos, extrai-se a natureza unitária (objetiva) do litígio que se pretende solucionar; da divisibilidade dos interesses individuais homogêneos, a natureza plúrima (subjetiva), também denominados litígios de massa.

3.3. Subordinação do ingresso em juízo à prévia postulação administrativa

Evitar que a subordinação do ingresso em juízo à prévia postulação administrativa seja utilizada como meio de dificultar ou inviabilizar a tutela judicial efetiva

A jurisprudência interpreta o princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no artigo 5º XXXV da Constituição Federal (a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão), de modo que a prévia postulação na esfera administrativa não seja considerada uma condição para o ingresso em juízo. Recentemente, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Federais passou a admitir como condição da ação o prévio requerimento administrativo, sob o fundamento de que, enquanto não houver requerimento e resistência ao mesmo, não haveria sequer lide para ser solucionada pelo Judiciário.

A lei de procedimentos administrativos dispõe que “salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo”, mas que “havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso” (art. 61).

3.4. Pretensões admissíveis

O que se almeja com a denominada “jurisdição de contencioso pleno”, do sistema francês, ou com a categoria dos “direitos subjetivos”, do modelo italiano, é assegurado, no Brasil, em qualquer procedimento judicial, cumulativamente ou não com as pretensões de anulação (*recours pour excès de pouvoir*) ou o equivalente a “interesse legítimo”. Logo, as decisões judiciais serão de anulação, de prestação (obrigação de fazer ou reparatória), de omissão ou meramente declaratórias, de acordo com a natureza da pretensão deduzida e a sua real necessidade para satisfação do direito. Isso decorre do princípio da tutela judicial efetiva (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).

Tem-se conhecimento de uma única exceção à regra segundo a qual as pretensões anulatórias estão sujeitas aos mesmos procedimentos das demais categorias de pretensão: a que está na Lei dos Juizados Federais, onde o seu procedimento especial e sumário, incabível para defesa de interesses coletivos, é também inapropriado para pretensões anulatórias, embora sem prejuízo da possibilidade da postulação destas ocorrer em via distinta e comum.

Pretensão de anulação

A pretensão de anulação de ato administrativo está associada à noção de direito potestativo, espécie do gênero “direito subjetivo” e para cujo exercício independe uma contraprestação. Deve-se ter em vista, ainda, a existência de pretensões anulatórias com pressupostos e efeitos diferenciados em função da natureza ou mesmo do que se compreende como ato administrativo e ato impugnável, que, no Brasil, alcança não somente os individuais (obviamente concretos), como também os gerais, tanto os dirigidos indistintamente à sociedade (atos abstratos), quanto os dirigidos a um dos seus segmentos (atos concretos).

No direito brasileiro, com respeito à impugnação ou anulação de atos administrativos gerais (abstratos ou concretos) fundada na ilegalidade, além da possibilidade do seu reconhecimento judicial em caráter incidental à proteção de direito subjetivo individual (controle concreto e difuso), também está previsto um controle judicial abstrato (!) e difuso (!) via ação popular. Se o fundamento da invalidade for constitucional, acrescente-se, ainda, um controle judicial - abstrato e concentrado - perante o Supremo Tribunal Federal (STF).

Ignorar a necessidade de um procedimento judicial para a anulação de atos administrativos gerais (abstratos e concretos) que seja diferenciado e autônomo em relação ao procedimento para proteção de direitos subjetivos individuais, uma opção política do legislador brasileiro, traz consequências que não foram suficientemente dimensionadas e enfrentadas pela doutrina. Refiro-me ao reconhecimento judicial da invalidade de ato administrativo geral (abstrato ou concreto), em caráter incidental à proteção de direito subjetivo individual.

Pretensão de prestação

As pretensões de prestação enquadram-se na noção de direitos subjetivos (*stricto sensu*, contrapondo-se aos direitos potestativos), cujo exercício depende de uma contraprestação de dar, fazer ou não fazer, vale dizer, de comportamentos positivos ou negativos da Administração. Nesse contexto, as pretensões de prestações examinadas neste tópico são as de dar coisa certa (infungível), as de coisa incerta (fungível), as de obrigação de fazer fungíveis e de fazer infungíveis. Compreendem, pois, as pretensões reparatórias (indenização em espécie) e as destinadas à edição de atos administrativos.

O direito brasileiro não estabelece óbices para o reconhecimento judicial (núcleo declaratório das decisões judiciais) de qualquer espécie de pretensão de prestação, inclusive as de obrigação de fazer infungíveis; contudo, impõe restrições à efetividade (realização prática) desse reconhecimento, frequentemente em nome do interesse público, que são percebidas na fase de execução de sentenças ou quando das medidas de urgência. Tomem-se, por exemplo, a proibição de execução forçada para entrega de dinheiro, salvo no caso de condenação de pequeno valor, e a suspensão de medidas provisórias ou de execução de sentenças de obrigação de dar coisa, de fazer ou de não fazer, para evitar grave lesão à ordem pública.

Portanto, em nome do interesse público, existe a real possibilidade das decisões judiciais contra a Administração não passarem de títulos meramente declaratórios. E essa possibilidade vem se tornando realidade em alguns estados e municípios da Federação, envoltos em dificuldades orçamentárias. É uma característica do sistema brasileiro de justiça administrativa aparentar ser demasiadamente garantista, frustrando, em seguida, o cidadão que, na fase executiva de sentenças, descobre que o seu direito declarado é de difícil ou impossível realização.

O sistema brasileiro seria compatível até mesmo com uma pretensão de prestação individual que, para satisfação, dependesse da edição de um ato administrativo geral e abstrato. Entretanto, na prática, dificilmente prosperaria, senão via reparatória, não por falta de autorização legislativa, mas sim por falta de operatividade! Nesse ponto, o tratamento correto a ser dispensado pelo legislador processual à edição de atos administrativos deve ser o mesmo que propus às pretensões anulatórias, único com chances de efetividade.

Pretensão de omissão

A regra do artigo 461 do CPC é aplicável às causas de interesse da Administração: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer **ou não fazer**, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

Pretensão de declaração

O artigo 4º do CPC assim prescreve:

O interesse do autor pode limitar-se à declaração:

I - da existência ou da inexistência de relação jurídica;

II - da autenticidade ou falsidade de documento.

Parágrafo único. É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.

4. ATUAÇÃO DO TRIBUNAL

4.1. Princípios processuais

Princípio do contraditório

A Constituição prevê expressamente o princípio do contraditório: “LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A Lei 9.784/99 (procedimento administrativo) assegura ao administrado “formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente” (art. 3º, III).

No Brasil, o contraditório não está necessariamente vinculado à ideia de oralidade nem à de imediação.

Princípio inquisitório (iniciativa do juiz em matéria probatória)

Segundo o artigo 130 do CPC, “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.” Há, ainda, previsão para prova de ofício nos seguintes dispositivos do CPC:

Art. 342. O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.

Art. 440: “O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.

Art. 437: O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida.

Art. 399: O juiz requisitará às repartições públicas em qualquer tempo ou grau de jurisdição: I - as certidões necessárias à prova das alegações das partes; II - os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, o Estado, o Município, ou as respectivas entidades da administração indireta.

Art. 382: O juiz pode, de ofício, ordenar à parte a exibição parcial dos livros e documentos, extraindo-se deles a suma que interessar ao litígio, bem como reproduções autenticadas.

O ônus da prova está assim distribuído (art. 130):

I- ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II- ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui, de maneira diversa, o ônus da prova quando: I- recair sobre direito indisponível da parte; II- tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Tais regras são aplicáveis aos litígios de direito privado e aos de interesse da Administração Pública. O artigo 29 da Lei 9.784/99 (procedimento administrativo) impõe que:

As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.

Princípio dispositivo quanto ao objeto do litígio e à disponibilidade por parte do cidadão

O exercício do direito à prestação jurisdicional, mesmo em sede de jurisdição administrativa, deve ser livre. Dessa forma, ainda que um ato do poder público prejudique o cidadão, este não pode ser compelido a litigar contra a Administração. Da mesma forma, se o administrado não possuir interesse em uma prestação jurisdicional integral, deve ser autorizado a delimitar o objeto do litígio de acordo demandando o Estado apenas em relação aos pontos que considerar conveniente. Trata-se de outra face do princípio da demanda²⁰ (tratado, muitas vezes, como sinônimo), sendo certo que consiste em exigência “inerente ao sistema de tutela jurisdicional (art. 2º, 262 do CPC) e corresponde à ideia de que o titular da pretensão

²⁰ “Chama-se demanda ao ato pelo qual alguém pede ao Estado a prestação de atividade jurisdicional. Pela demanda começa a exercer-se o direito de ação e dá-se causa à formação do processo. Só por exceção existe, em nosso direito, processo civil sem demanda que o instaure: é o princípio da iniciativa da parte (ne procedat iudex ex officio; nemo iudex sine actore), consagrado no art. 262.” In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. 22. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 9. No presente trabalho, utilizar-se-ão, indistintamente, os termos princípio da demanda e princípio dispositivo.

insatisfeita é o melhor juiz da conveniência e oportunidade de postular meios para a satisfação (princípio da demanda)²¹.

Isso porque, como afirma Leonardo Greco²², a necessidade de provocação para a atuação jurisdicional decorre do respeito à liberdade humana, como forma de preservação da vida privada e das relações jurídicas pessoais. Dessarte, ninguém pode ser compelido a exercer um direito, pois a parte é livre para, apesar de sentir-se prejudicada, não buscar a satisfação de sua pretensão.²³

Deliberação secreta e fundamentação das decisões

A interpretação do artigo 93, IX, da Constituição é no sentido de que não só os julgamentos em si, mas também os debates entre os juízes sejam públicos. Ademais, é da tradição legislativa brasileira prever o recurso de embargos infringentes que tem por pressuposto, justamente, o voto vencido. A única exceção é o julgamento pelo Tribunal do Júri (crimes contra a vida), tendo-se em conta que a própria Constituição garante o sigilo da votação (art. 5º, XXXVIII, b).

Princípio da oralidade

O Código de Processo Civil (CPC) prevê duas finalidades para a sessão oral – conciliação e instrução (arts. 447 e 448). Quanto à instrução, limita-se, em audiência, (sessão oral) aos seguintes meios de prova: “I - o perito e os assistentes técnicos responderão aos quesitos de esclarecimentos, requeridos no prazo e na forma do artigo 435; II - o juiz tomará os depoimentos pessoais, primeiro do autor e depois do réu; III - finalmente, serão inquiridas as testemunhas arroladas pelo autor e pelo réu.” (art. 452). A colheita dessas provas é realizada direta e pessoalmente pelo juiz (art. 446, II). Após a instrução, há previsão para debates entre as partes (art. 454).

Embora haja possibilidade de o juiz convocar as partes para esclarecimentos (art. 342: “O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa”), não há previsão expressa no

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 150.

²² GRECO, 2005, p. 240.

²³ PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. 6. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 115.

CPC de um debate entre juiz e partes entre si, apenas entre as partes ou diretamente entre o juiz e cada uma das partes (sistema presidencialista).

Princípio da paridade de armas quanto aos prazos, aos atos de comunicação processual e às despesas processuais

A legislação processual estabelece, em favor da Fazenda Pública, as seguintes vantagens quanto aos prazos, aos atos de comunicação processual e às despesas processuais:

I. prazo processual em quádruplo para defesa e em dobro para recurso (art. 188 doCPC);

II. intimação pessoal e não pela imprensa oficial (art. 38 da Lei Complementar 73/93);

III. quando vencida, critério diferenciado para fixar o valor da condenação dos honorários de sucumbência (art. 20, § 4º do CPC);

IV. proibição da sua condenação ao pagamento dos honorários de sucumbência nas execuções não embargadas (art. 1º - D da Lei 9.494/97);

V. dispensa da antecipação das despesas dos atos processuais (art. 27 do CPC);

VI. dispensa do depósito prévio para interposição de recursos (art. 1º - A da Lei 9.494/97).

No entanto, no procedimento dos juizados federais, não há qualquer tratamento diferenciado quanto aos prazos:

Não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos, devendo a citação para audiência de conciliação ser efetuada com antecedência mínima de trinta dias (art. 9º da Lei 10.259/2001).

Vale ressaltar que, enquanto o Código de Processo Civil (CPC) disciplina genericamente o processo, apenas incluindo alguns dispositivos específicos que garantem tratamento diferenciado à Administração, a Lei de Juizados

Especiais Federais, que confere o mesmo tratamento às partes, destina-se, quase exclusivamente, à jurisdição administrativa.

4.2. Organização do processo

Direito à audiência

O cidadão tem o direito de ser ouvido (interrogado) a qualquer tempo e de ser cientificado previamente do início de qualquer processo que contra ele correr, como garantia da oportunidade de defesa.

O artigo 3º, II, da Lei 9.784/99 garante ao administrado o direito de “ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas”.

O Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94) garante ao advogado o direito de dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição (art. 7º, VIII), além de poder examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento (art. 7º, XIII).

Direito de terceiros interessados intervirem no processo

A intervenção de terceiros não se confunde com a intervenção litisconsorcial. Na intervenção litisconsorcial, o que ingressa é considerado uma parte principal, postulando em nome próprio direito próprio. Isso pode ocorrer em litisconsórcio unitário (unidade de litígio) ou simples (pluralidade de litígios). No caso de litisconsórcio unitário, esse ingresso pode ocorrer a qualquer tempo, sendo que o legitimado recebe o processo no estado em que se encontrar. No caso de litisconsórcio simples isso não ocorre, pois o ingresso encontra limites (art. 264 do CPC), para que não haja risco de ofensa ao princípio do juiz natural nem seja permitido aos autores que “escolham” o juiz sem se sujeitarem a uma regra de distribuição prévia.

Na intervenção de terceiros, o que ingressa vem postular direito alheio

em nome próprio. O direito *sub judice* não lhe pertence, mas é do seu interesse que uma das partes seja a vencedora. Isso ocorre quando há risco da decisão futura atingir direta ou indiretamente os seus interesses. A denominação típica utilizada é a de “assistente qualificado” (interesse direto) e de “assistente simples” (interesse indireto). O momento do ingresso pode ser a qualquer tempo, sujeitando-se, porém, ao processo no estado em que se encontrar. São espécies de intervenção de terceiros no Código de Processo Civil (CPC):

a) Assistência

Art. 50. Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la.

Parágrafo único. A assistência tem lugar em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus da jurisdição, mas o assistente recebe o processo no estado em que se encontra.

b) Oposição

“Art. 56. Quem pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu, poderá, até ser proferida a sentença, oferecer oposição contra ambos.”

c) Nomeação à autoria

“Art. 62. Aquele que detiver a coisa em nome alheio, sendo-lhe demandada em nome próprio, deverá nomear à autoria o proprietário ou o possuidor.”

d) Denúnciação da lide

Art. 70. A denúnciação da lide é obrigatória:

I - ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta;

II - ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada;

III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

e) Chamamento ao processo

Art. 77. É admissível o chamamento ao processo: I - do devedor, na ação em que o fiador for réu;

II - dos outros fiadores, quando para a ação for citado apenas um deles; III - de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum.

f) Recurso do terceiro interessado

“Art. 499, § 1º. Cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.”

g) Embargos de terceiros

Art. 1.046. Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos.

No artigo 54, o Código de Processo Civil (CPC), embora faça menção à expressão “assistência”, na verdade, dispõe sobre “intervenção litisconsorcial”:

Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente, toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido. Parágrafo único. Aplica-se ao assistente litisconsorcial, quanto ao pedido de intervenção, sua impugnação e julgamento do incidente, o disposto no art. 51.

O litisconsórcio passivo necessário está previsto no artigo 47 do CPC: “Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo”. Um exemplo de relação jurídica que exige o litisconsórcio passivo necessário é a cobrança de dívida não

solidária indivisível ou de condomínio indivisível. Não há litisconsórcio necessário quando um direito alheio aos autos é diretamente atingido; trata-se de terceiro e a ele é facultada a intervenção, nada mais.

Solução contrária parece ter encontrado o Código Processual Administrativo Modelo para Ibero-América:

Será parte demandada: [...] as pessoas ou entidades titulares de situações jurídicas derivadas diretamente da disposição ou ato em relação ao qual se dirige a pretensão, e, no caso do art. 18.2, aquelas que puderem resultar diretamente afetadas pelo cumprimento da obrigação (art. 11,1, c).²⁴

Também, de maneira distinta, dispõe o referido Código Modelo a respeito dos terceiros interessados, chegando a admitir a intervenção de terceiros para situações que, no Brasil, seriam típicas de intervenção litisconsorcial (art. 12,1, a).²⁵ Nesse caso, a vulnerabilidade do princípio do juiz natural é absoluta, pois, se, de um lado, é possível que várias pessoas postulem direitos análogos contra a Administração em processos separados, de outro lado, sempre que uma delas obtiver uma decisão favorável ou o processo for distribuído para um juiz favorável, vários outros poderão “pedir carona”. A isso acrescenta-se o fato de que a sentença desfavorável somente produz coisa julgada entre as partes (art. 45, 1),²⁶ porém a sentença favorável pode beneficiar várias outras pessoas (arts. 47, 3 e 48).²⁷

Direito à produção de provas

Na Lei 9.784/99, artigo 3º, III, é direito do administrado “formular alegações e *apresentar documentos antes da decisão*, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente”. O seu artigo 38 está assim redigido:

O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo. § 1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão. § 2º Somente

²⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, 2005, p. 103.

²⁵ Ibid., p. 104.

²⁶ Ibid., p. 115.

²⁷ Ibid., p. 116.

poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

Ônus da prova da Administração Pública quanto aos fatos que fundamentam o seu comportamento

O Código de Processo Civil (CPC) assim dispõe sobre o ônus da prova:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

No artigo 29, §1º, da Lei 9.784/99, que trata sobre o procedimento administrativo, lê-se: “o órgão competente para a instrução fará constar dos autos os dados necessários à decisão do processo”. Em complemento, o artigo 37 da Lei 9.784/99 determina que:

Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, a obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.

Dever de colaboração das partes

A propósito, prevê o CPC que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade” (art. 339). Prevê, ainda, que:

Além dos deveres enumerados no art. 14, compete à parte: I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; II - submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária; III - praticar o ato que lhe for determinado (art. 340).

Em relação a qualquer pleito, descreve que compete ao terceiro: “I -

informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento; II - exibir coisa ou documento que esteja em seu poder” (art. 341). O artigo 4º, IV, da Lei 9.784/99 (procedimento administrativo) impõe aos administrados o dever “de prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos”.

Direito do cidadão de obter informações necessárias à sua defesa junto à Administração Pública e a terceiros

O CPC (art. 399) autoriza ao juiz requisitar das repartições públicas em qualquer tempo ou grau de jurisdição: “I - as certidões necessárias à prova das alegações das partes; II - os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, o Estado, o Município, ou as respectivas entidades da administração indireta”.

No mesmo dispositivo, prescreve, ainda, que:

§ 1º Recebidos os autos, o juiz mandará extrair, no prazo máximo e improrrogável de 30 (trinta) dias, certidões ou reproduções fotográficas das peças indicadas pelas partes ou de ofício; findo o prazo, devolverá os autos à repartição de origem. § 2º As repartições públicas poderão fornecer todos os documentos em meio eletrônico conforme disposto em lei, certificando, pelo mesmo meio, que se trata de extrato fiel do que consta em seu banco de dados ou do documento digitalizado.

O artigo 39 da Lei 9.784/99 (procedimento administrativo) dispõe que:

quando for necessária a prestação de informações ou a apresentação de provas pelos interessados ou terceiros, serão expedidas intimações para esse fim, mencionando-se data, prazo, forma e condições de atendimento.

Do seu parágrafo único consta que, “não sendo atendida a intimação, poderá o órgão competente, se entender relevante a matéria, suprir de ofício a omissão, não se eximindo de proferir a decisão.”. Existe, ainda, remédio constitucional específico para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do administrado, manejável em caso de recusa da Administração Pública. Trata-se do *habeas data*, com previsão constitucional no artigo 5º, LXXII e regulado pela Lei 9.507/97.

Possibilidade da conciliação das partes

O Código de Processo Civil (art. 277) prevê expressamente a possibilidade de conciliação da “Fazenda Pública” nos procedimentos sumários:

O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias, sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro.

A possibilidade de conciliação nos procedimentos ordinários está no artigo 331, que, além de não citar expressamente a “Fazenda Pública”, lembra haver exceções de causas que não admitem transação:

Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

Descreve Galati que:

No ano de 1997, mais precisamente em 10 de julho, a Lei 9.469 ^{3/4} DOU de 11 de julho de 1997 ^{3/4} regulamentou o disposto no inciso IV do art. 4º da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993. O texto legal tratou da intervenção da União nas causas em que figurassem, como autores ou réus, entes da administração indireta, regulou os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária e revogou as Leis 8.197/91 e 9.081/95. Esse diploma resultou da aprovação pelo Congresso Nacional da Medida Provisória n. 1.561-6, de 1997 e consignou que: ‘O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim como requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas. § 1º. Quando a causa envolver

valores superiores ao limite fixado no caput, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Ministro de Estado ou titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, no caso da União, ou da autoridade máxima da autarquia, da fundação ou da empresa pública. § 2º. Não se aplica o disposto neste artigo às causas relativas ao patrimônio imobiliário da União. Art. 2º. O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, fundações ou empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos, homologáveis pelo Juízo, nos autos dos processos ajuizados por essas entidades, para o pagamento de débitos de valores não superiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em parcelas mensais e sucessivas até o máximo de trinta. § 1º. O saldo devedor da dívida será atualizado pelo índice de variação da Unidade Fiscal de Referência (UFIR), e sobre o valor da prestação mensal incidirão os juros à taxa de doze por cento ao ano. § 2º. Inadimplida qualquer parcela, pelo prazo de trinta dias, instaurar-se-á o processo de execução ou nele prosseguir-se-á, pelo saldo. Art. 3º. As autoridades indicadas no caput do art. 1º poderão concordar com pedido de desistência da ação, nas causas de quaisquer valores, desde que o autor renuncie expressamente ao direito sobre que se funda a ação (art. 269, inciso V, do Código de Processo Civil). Art. 4º. Não havendo Súmula da Advocacia-Geral da União (arts. 4º, inciso XII, e 43, da Lei Complementar nº 73, de 1993), o Advogado-Geral da União poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais quando a controvérsia jurídica estiver sendo iterativamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Superiores. [...]. O Decreto Federal 2.346, de 10 de outubro de 1997, trouxe em seu art. 7º: Art. 7º. O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim como requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para a cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas. Ressalva o § 2º do art. 7º que não se aplica o disposto neste artigo às causas relativas ao patrimônio imobiliário da União e às de natureza fiscal. ' 28

²⁸ GALATI, 2007, pp. 22-24.

No procedimento especial instituído pela Lei dos Juizados Federais, o ato de citação objetiva justamente facultar o réu a participar de uma audiência de conciliação (art. 9º da Lei 10.259/2001). Está previsto expressamente que, para tal finalidade:

Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais (art. 10, parágrafo único, da Lei 10.259/2001).

Anota Galati, ainda, que:

“De seu turno, o Decreto 4.250, de 27 de maio de 2002, regulamentou a representação judicial da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais para atuação diante dos Juizados Especiais Federais e definiu a competência do Advogado-Geral da União, a quem se atribuiu competência para expedir instruções e diretrizes básicas para a conciliação, a transação e a desistência do pedido e do recurso, se interposto. Esta a redação do art. 2º: ‘Compete ao Advogado-Geral da União expedir instruções referentes à atuação da Advocacia-Geral da União e dos órgãos jurídicos das autarquias e fundações nas causas de competência dos Juizados Especiais Federais, bem como fixar as diretrizes básicas para conciliação, transação, desistência do pedido e do recurso, se interposto. § 1º - Respeitadas as instruções e diretrizes fixadas pelo Advogado-Geral da União, os Procuradores-Gerais da União, da Fazenda Nacional e do Instituto Nacional do Seguro Social poderão expedir instruções específicas para as respectivas procuradorias. § 2º - As empresas públicas da União observarão as instruções e diretrizes fixadas pelo Advogado-Geral da União para atuação nos Juizados Especiais Federais, podendo propor a este normas específicas e adaptadas a seus estatutos e à sua natureza jurídica.’ Em complemento às disposições normativas citadas, o Advogado-Geral da União expediu a Portaria 505, de 19 de junho de 2002 (DOU, 24 de junho de 2002), delimitando os casos passíveis de transação, não interposição ou desistência de recurso no âmbito dos Juizados, cujo art. 3º trouxe a seguinte redação: ‘A transação ou a não interposição ou desistência de recurso poderá ocorrer quando: I - inexistir qualquer controvérsia quanto ao direito aplicado; II - houver reconhecimento de erro administrativo por autoridade competente.

*§ 1º - Os valores envolvidos nas conciliações ou transações não poderão exceder ao teto previsto no art. 3º da Lei 10.259/2001. § 2º - Inclui-se no referido teto a soma de 12 (doze) parcelas vincendas, quando for o caso.*²⁹

4.3. Densidade de controle

Controle de legalidade formal e material

O controle da observância dos limites do poder discricionário atende aos seguintes critérios:

- I- vedação do arbítrio;
- II- vedação do tratamento desigual;
- III- controle do desvio de poder;
- IV- proporcionalidade;
- V- razoabilidade.

4.4. Sentenças

Congruência da decisão com as pretensões formuladas pelo cidadão

O princípio da congruência pode ser visualizado em algumas regras do CPC. No artigo 128, verifica-se que: “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”; no artigo 293: “Os pedidos são interpretados restritivamente”; no artigo 459: “O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor”, e no parágrafo único: “Quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida”. Por último, no artigo 460, *caput*: “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

²⁹ GALATI, 2007, p. 18.

Obrigações de responder a todas as questões apresentadas pelas partes

É imperativo constitucional a fundamentação das decisões judiciais, especialmente para que possam ser controladas e submetidas a uma impugnação (art. 93, IX, da Constituição). Segundo Greco, esse dever atende à dupla exigência:

de um lado, as partes e o público têm o direito de conhecer as razões que sustentam a decisão e de verificar se essa fundamentação é logicamente consistente e se é capaz de convencê-los de que o juiz empenhou-se para que a decisão fosse a mais acertada e a mais justa possível; de outro lado, o juiz tem o dever de demonstrar que examinou todos os argumentos relevantes de fato e de direito apresentados pelas partes, porque somente assim terão estas a certeza de que o contraditório participativo foi respeitado, ou seja, de que o juiz efetivamente considerou toda a atividade desenvolvida pelas partes para incluir na sua decisão.³⁰

A Lei 9.784/99, de procedimento administrativo extrajudicial, assegura ao administrado “formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente” (art. 3º, III). Essa mesma lei regulamenta a motivação dos atos administrativos sempre que:

I- neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III- decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

³⁰ GRECO, 2005, p. 254.

Dispõe, ainda, que:

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, nesse caso, serão parte integrante do ato. § 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados. § 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito. (art. 50).

O Superior Tribunal de Justiça, todavia, já cristalizou entendimento de que “o órgão julgador não está obrigado a se pronunciar sobre todos os argumentos deduzidos pelas partes, mormente quando adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia”.³¹

Possibilidade de condenar a parte vencida, inclusive a Administração Pública, ao pagamento das despesas do processo

O CPC prevê que “a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.” (art. 20). Essa regra é aplicável simultaneamente aos particulares e à Administração Pública, porém há exceções. A Lei 9.494/97, artigo 1º-D, dita:

Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas”; ea Lei 8.036/90, art. 29-C, determina que: “Nas ações entre o FGTS e os titulares de contas vinculadas, bem como naquelas em que figurem os respectivos representantes ou substitutos processuais, não haverá condenação em honorários advocatícios.

Efeitos das sentenças [limites subjetivos (*inter partes*) ou objetivos (*erga omnes*) da coisa julgada]

A coisa julgada somente atinge aqueles que participaram efetivamente do processo ou, em situações excepcionais, os substituídos processualmente (art. 472 do CPC). O artigo 474 do CPC impõe que a coisa julgada alcança

³¹ STJ. AgRg no REsp 930.968/SP. 1ª Turma. Julgamento: 04/12/2007. Publicação: 19/12/2007, p. 1161. Rel. Min. José Delgado.

os fatos deduzidos e os que deveriam ter sido deduzidos (“passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”).

Os terceiros interessados, atingidos diretamente e que ingressarem no feito enquanto não transitada em julgado a decisão, sujeitam-se à sua qualidade de coisa julgada. As consequências sofridas por terceiros que não tenham ingressado no feito podem ser evitadas ou sanadas via embargos de terceiros (ação autônoma de conhecimento que protege o direito de posse, art. 1046 do CPC). A outra alternativa é o terceiro ingressar com uma ação nova, já que, embora a decisão possa surtir efeitos, não gera coisa julgada contra ele.

As decisões transitadas em julgado não serão executadas se contrárias ou se passarem a ser contrárias à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF):

Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

[...] II – inexigibilidade do título [...]

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.

Em sede de mandado de segurança, o artigo 15 da Lei 1.533/51 prescreve que “a decisão do mandado de segurança não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais”. Essa regra reforçou a tese segundo a qual o mandado de segurança é inspirado no *recours pour excès de pouvoir*³² e que, assim, deveria ser o único procedimento para impugnar atos administrativos, especialmente os gerais. Autoriza o cidadão a rediscutir a questão, em outro processo, mas sob uma perspectiva diversa da pretensão anulatória ou condenatória de ato administrativo - a da pretensão reparatória.

32 ARAGÃO, J. Guilherme de. A justiça administrativa no Brasil. Rio de Janeiro: EBAP, 1955, p. 25.

Em outras palavras, a lei limita a coisa julgada aos aspectos de validade do ato administrativo, excluindo do seu alcance a pretensão de prestação reparatória correspondente, ainda que o pedido, no mandado de segurança, tenha sido julgado improcedente.

O Supremo Tribunal Federal (STF) foi mais longe e firmou o entendimento de que a decisão em mandado de segurança nunca faria coisa julgada em detrimento do cidadão (Súmula 304/STF), mas isso porque partia da premissa de que, no mandado de segurança, não há jurisdição plena (Súmula 269/STF).

Com respeito à coisa julgada nas ações coletivas, a legislação está assim disposta:

a) Lei de Ação Popular

A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível 'erga omnes', exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; nesse caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (art. 18 da Lei 4.717/65)

b) Lei da Ação Civil Pública

A sentença civil fará coisa julgada 'erga omnes', nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (art. 16 da Lei 7.347/85)

c) Código de Defesa do Consumidor

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - 'erga omnes', exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - 'ultra partes', mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do

inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - 'erga omnes', apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada 'erga omnes' ou 'ultra partes' a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. (Lei 8.078/90)

Segundo o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, a sentença fará "coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova" e:

Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de dois anos contados da descoberta

de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar seu resultado.

Nas ações de interesse individual homogêneo, “em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação de indenização a título individual”. Nota-se, portanto, que o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América preocupou-se em restringir a coisa julgada nos casos de improcedência, sempre admitindo, entretanto, a definitividade do julgado no caso de procedência.

Penso que as decisões que versam sobre impugnação ou obrigação de editar ato administrativo geral (interesses coletivo e difuso) devem gerar coisa julgada *erga omnes*. As decisões que asseguram direitos subjetivos, ainda que fundadas em ato administrativo geral, e as referentes à impugnação ou obrigação de editar ato administrativo individual e, também, as decisões que estejam associadas à proteção de direitos subjetivos, ainda que, em ambos os casos, haja interesse da sociedade ou de uma coletividade, estão sujeitas, todas elas, à coisa julgada *inter partes*, não obstante a coisa julgada *erga omnes* fosse altamente recomendável quanto aos aspectos difusos e coletivos reconhecidos incidentalmente. Todo terceiro que se sentir prejudicado possui o direito de invocar a garantia ao devido processo legal, ainda que isso represente insegurança jurídica.

4.5. Medidas cautelares

O Código de Processo Civil (CPC) dispõe sobre as medidas de urgência satisfativas e conservativas que são requeridas na pendência de um processo de conhecimento:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

As medidas cautelares preparatórias estão previstas no artigo 796 e seguintes do CPC, havendo referência a cautelares nominadas e inominadas (poder geral de cautela do juiz). A lei dos juizados federais dispõe que “o juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, deferir medidas cautelares no curso do processo, para evitar dano de difícil reparação” (art. 4º da Lei 10.259/2001). No entanto, as medidas de urgência contra a Administração Pública vêm sofrendo diversas restrições legais. A conferir:

a) Lei 2.770/56

Art. 1º. Nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem a obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro, não se concederá, em caso algum, medida preventiva ou liminar que, direta ou indiretamente, importe na entrega da mercadoria, bem ou coisa.

b) Lei 4.348/64

Art. 1º. Nos processos de mandado de segurança, serão observadas

as seguintes normas: [...] b) a medida liminar somente terá eficácia pelo prazo de (90) noventa dias a contar da data da respectiva concessão, prorrogável por (30) trinta dias quando provadamente o acúmulo de processos pendentes de julgamento justificar a prorrogação.

Art. 2º. Será decretada a perempção ou a caducidade da medida liminar "ex officio" ou a requerimento do Ministério Público, quando, concedida a medida, o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo, deixar de promover, por mais de (3) três dias, os atos e diligências que lhe cumprirem, ou abandonar a causa por mais de (20) vinte dias.

Art. 5º. Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.

c) Lei 5.021/66

"Art. 1º. § 4º Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias."

d) Lei 8.437/92

Art. 1º. Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeito, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

§ 2º. O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.

§ 3º. Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

§ 4º. Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado.

§ 5º. Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários.

Art. 2º. No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

e) Lei 9.494/97

Art. 1º. Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil (CPC) o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único, e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

Relação entre as tutelas de urgência e as tutelas de conhecimento quanto ao cabimento das pretensões, admitindo-se medidas de suspensão, de conservação ou de prestação

No Brasil, são admitidas medidas conservativas ou satisfativas, nestas incluindo-se as medidas de suspensão ou de prestação, e adequadas à pretensão formulada no processo de conhecimento, de acordo com a necessidade do caso concreto.

Medidas cautelares autônomas (preparatórias)

Admitem-se medidas preparatórias conservativas ou satisfativas, com ou sem oitiva prévia do demandado, de acordo com a necessidade concreta.

Celeridade proporcional à necessidade concreta

Não há uma regra legal, no sistema brasileiro, que imponha expressamente a celeridade do procedimento de acordo com a necessidade concreta.

Ponderação entre interesses públicos e privados, a partir do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*

A ponderação requer exame do caso concreto. Nas restrições legais ao poder de cautela do juiz contra a Administração Pública, há verdadeira presunção (absoluta) de que a medida ofenderia o interesse público. Afora os exemplos acima citados, a legislação processual permite a interpretação

de que a procedência das medidas de urgência depende sempre de uma ponderação entre interesse público e privado, a partir do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

5. RECURSOS, APELAÇÃO E CASSAÇÃO

Direito à revisão de decisão judicial junto a tribunal de instância superior

No Brasil, o princípio do duplo grau está compreendido no conceito do direito à tutela judicial efetiva. Além disso, os recursos para uma instância superior estão previstos na Constituição. A exceção é para algumas causas de competência originária dos tribunais superiores. Além disso, também não vem sendo admitido o recurso para uma instância superior se a decisão impugnada estiver de acordo com a jurisprudência predominante.

Caráter excepcional do efeito suspensivo do pedido de revisão de decisão judicial junto a tribunal de instância superior jurisdicional, o qual depende dos mesmos requisitos da tutela de urgência

No recurso de apelação, que é o interposto contra sentenças, a regra é o seu recebimento no efeito devolutivo e suspensivo, independentemente da existência do *periculum in mora* (art. 520 do CPC). Contudo, no recurso de agravo de instrumento, que é o interposto contra decisões incidentais, o artigo 527, III, do CPC diz que o “tribunal *ad quem* poderá atribuir efeito suspensivo (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão”. Por sua vez, o artigo 558 está assim disposto:

O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

O recurso especial, para o Superior Tribunal de Justiça (STJ) em matéria federal, e o extraordinário, para o Supremo Tribunal Federal (STF) em matéria constitucional, são recebidos somente no efeito devolutivo (art. 542, § 2º do

CPC). Quanto às ações rescisórias, que são as ações autônomas de impugnação das sentenças transitadas em julgado, o artigo 489 do CPC prescreve que:

O ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela.

Na ação de mandado de segurança, a apelação ou o duplo grau de jurisdição, necessário para confirmar a decisão, não impedem a execução provisória da sentença (art. 12 da Lei 1.533/51), salvo se houver risco de dano à ordem pública – interesse público (art. 4º da Lei 4.348/64). Na ação popular, tem-se que:

A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo (art. 19 da Lei 4.717/65).

Na ação civil pública, o recurso contra a sentença somente será recebido no efeito suspensivo no caso de risco de dano: “o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte” (art. 14 da Lei 7.347/85). No procedimento especial dos juizados federais, valendo-se da Lei 9.099/95, artigo 43, o recurso contra as sentenças terá somente efeito devolutivo, podendo o juiz dar-lhe efeito suspensivo, para evitar dano irreparável para a parte.

Voluntariedade do pedido, pela Administração Pública, de revisão de decisão judicial junto a tribunal de instância superior

No Brasil, existe o duplo grau de jurisdição obrigatório, de modo que a sentença contra os interesses da Administração Pública só tem efeito (ou mesmo existência) depois de confirmada pela instância superior. Existem algumas exceções a essa regra: (a) causas de pequeno valor; (b) questões pacificadas pela jurisprudência predominante.

Afastamento de obstáculos excessivos no acesso a tribunal de instância superior competente para rever decisão judicial

1. Taxas e custas

2. Demais requisitos de admissibilidade.

Espécies de pretensão: nulidade (error in procedendo) e reforma (error in iudicando)

Admite-se, no Brasil, ambas as situações.

6. EXECUÇÃO DE SENTENÇAS

A execução de sentenças condenatórias de dinheiro contra as entidades administrativas estatais e autárquicas, geridas por normas de direito público (pessoas jurídicas de direito público), está sujeita a um procedimento diferenciado, imposto pela Constituição Federal (CF) e pelo Código de Processo Civil (CPC). São executadas por meio de uma requisição – precatório – que é apresentada pelo tribunal ao órgão administrativo devedor, que, por sua vez, promove a inclusão do valor na proposta orçamentária, e esta, uma vez aprovada, viabiliza a liberação dos recursos para pagamento no ano seguinte.

A falta de pagamento ou de inclusão da verba em orçamento autoriza o sequestro de valores, porém tão somente no caso de credores mais antigos serem preteridos por credores mais novos. No mais, os agentes públicos responsáveis pelo atraso ou descumprimento estão sujeitos a crime de responsabilidade ou, no caso de a entidade devedora ser um ente da Federação (Estados ou Municípios), há, ainda, o risco de uma intervenção federal. Em caráter excepcional, contra a Administração Pública Federal e nas causas de pequeno valor (40 salários-mínimos), há previsão constitucional e regulamentação legal da execução forçada, sendo o devedor citado para pagamento em 60 dias, sob pena de “sequestro” da importância necessária. Na prática, as instituições administrativas devedoras têm incluído espontaneamente, no seu orçamento, verba suficiente para o pagamento futuro de condenações de pequeno valor, de modo a evitar a execução forçada e a viabilizar o pagamento voluntário dentro dos 60 dias. Esse pagamento voluntário ocorre por meio da denominada Requisição de Pequeno Valor (RPV). Estão sujeitas ao procedimento comum de execução forçada aplicável a entes privados:

1. as execuções de sentença de dinheiro contra entidades

administrativas de capital misto ou privado (ainda que controladas politicamente pela Administração, como as sociedades de economia mista e as empresas públicas);

II. as execuções de sentença de dinheiro contra entidades privadas, ainda que estejam no exercício de função pública ou que a sentença verse sobre questão de direito público. As execuções de sentença de obrigação de fazer ou de dar coisa certa (que não seja dinheiro), contra qualquer entidade administrativa, estão, igualmente, sujeitas ao procedimento comum de execução forçada aplicável a entes privados, incluindo-se os meios de coerção psicológica, contra a entidade e contra o agente responsável. Entretanto, existe a possibilidade de a execução ser suspensa indefinidamente diante da ofensa à ordem pública social ou econômica, alegada em um procedimento singelo que corre perante a Presidência do Tribunal.

7. SOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS

Na legislação brasileira, há as seguintes passagens sobre arbitragem e Administração Pública:

a) Lei nº 5.662/71, artigo 5º (BNDES)

A empresa pública Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE) poderá efetuar todas as operações bancárias necessárias à realização do desenvolvimento da economia nacional nos setores e com as limitações consignadas no seu Orçamento de Investimentos, observado o disposto no artigo 189 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Parágrafo único. As operações referidas neste artigo poderão formalizar-se no exterior, quando necessário, para o que fica a empresa pública Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE) autorizada a aceitar as cláusulas usuais em contratos internacionais, entre elas, a de arbitramento.

b) Decreto-lei nº 1.312/74, artigo 11 (empréstimos)

O Tesouro Nacional contratado diretamente ou por intermédio de agente financeiro poderá aceitar as cláusulas e condições usuais nas operações com organismos financiadores internacionais, sendo válido o compromisso geral e antecipado de dirimir por arbitramento todas as dúvidas e controvérsias derivadas dos respectivos contratos.

c) Lei nº 8.693/93, artigo 1º, § 8º (transporte ferroviário)

Art. 1º. A Rede Ferroviária Federal S.A. (RFFSA) e a Rede Federal de Armazéns Gerais Ferroviários S.A. (Agef) transferirão à União, atendidas as condições previstas nesta lei, a totalidade das ações de sua propriedade no capital da Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU) e da Empresa de Trens Urbanos de Porto Alegre S.A. (Trensurb). [...] § 8º Dos aditivos a contratos de crédito externo constará, obrigatoriamente, cláusula excluindo a jurisdição de tribunais estrangeiros, admitida apenas a submissão de eventuais dúvidas e controvérsias delas decorrentes à justiça brasileira ou a arbitragem, nos termos do art. 11 do Decreto-Lei nº 1.312, de 15 de fevereiro de 1974.

d) Lei nº 9.472/97, artigo 93, XV (telecomunicações): “Art. 93. O contrato de concessão indicará: (...) XV - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.”

e) Lei nº 8.987/95, artigo 23-A (concessões)

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).

f) Lei nº 9.478/97, artigo 43, X (petróleo)

Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: (...) X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional.

g) Lei nº 10.848/04, artigo 4º, § 6º (CCEE)

Art. 4º. Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei. [...] § 6º. As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a

CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo.

h) Lei nº 11.079/04, artigo 11 (PPP)

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: [...] III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rogério Pacheco. As prerrogativas da Administração Pública nas ações coletivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARRETO, Ireneu Cabral. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 3. ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2005.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 jan. 2015.

_____. Lei nº 1.533/51, Lei nº 4.348/64 e Lei nº 5.021/66. Dispõem sobre o Mandado de Segurança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1533.htm. Acesso em:

_____. Lei nº 4.717/65. Dispõe sobre a Ação Popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm. Acesso em:

_____. Lei nº 5.869/73. Apresenta o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acesso em:

_____. Lei nº 7.347/85. Dispõe sobre a Ação Civil Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm. Acesso em:

_____. Lei nº 8.078/90. Especifica o Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em:

_____. Lei nº 8.437/92 e Lei nº 9.494/97. Detalham as Medidas Cautelares – restrições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8437.htm e http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9494.htm. Acesso em:

_____. Lei nº 8.906/94. Dispõe sobre o Estatuto do Advogado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm. Acesso em:

_____. Lei nº 9.784/99. Apresenta a Lei de Procedimento Administrativo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm. Acesso em:

- ____. Lei nº 10.259/2001. Dispõe sobre os Juizados Especiais Federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em:
- ____. Lei Complementar nº 35/79. Especifica a Lei Orgânica da Magistratura. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em:
- ____. Medida Provisória no 2.180-35. Dispõe sobre os Privilégios da Fazenda Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2180-35.htm>. Acesso em:
- CÚPULA JUDICIAL IBERO-AMERICANA. Código de Ética Modelo para Ibero-América. Disponível em: <http://aplicaext.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducao/textos_fotos/etica/CodigoEtica.pdf?PHPSESSID=a2ed42a670b9744c2c083a0c47e22e5d> Acesso em: 22 jan. 2008.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; CASSAGNE, Juan Carlos. La justicia administrativa en Iberoamérica. Buenos Aires: Lexis, 2005.
- GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo. In: GRECO, Leonardo. Estudos de Direito Processual. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 225-286.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder Judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ANEXO

PROTOCOLO DE SPEYER

A TUTELA JUDICIAL EFETIVA NA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA³³

PRINCÍPIOS GERAIS

A Jurisdição administrativa é inerente ao princípio do Estado de Direito. Neste sentido se baseia nos princípios seguintes:

- a- acesso efetivo por parte dos cidadãos;
- b- imparcialidade;

³³ Texto aprovado na reunião científica, ocorrida no dia 20 de setembro de 2006, entre os professores doutores David Capitant (França); Hermann-Josef Blanke (Alemanha), Jesús María Casal Hernández (Venezuela), Karl-Peter Sommermann (Alemanha), Leonardo Greco (Brasil), Pedro Aberastury (Argentina), Ricardo García Macho (Espanha) e Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva (Brasil) e, ainda, os doutorandos e alunos Fernando Gama de Miranda Netto (Brasil), Heinz Karl Meditz (Áustria), Lippold Frhr. v. Bredow (Alemanha) e Szymon Mazur (Alemanha), quando da realização da – Missão Científica do Grupo de Pesquisa Efetividade da Jurisdição (GPEJ-CNPq/UFF), na Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, entre os dias 18 e 29 de setembro de 2006.

- c- independência;
- d- paridade de armas;
- e- publicidade;
- f- prazo razoável.

ORGANIZAÇÃO DOS TRIBUNAIS

A Independência implica um conjunto de prerrogativas do magistrado e de condições institucionais que assegurem a absoluta autonomia na adoção e cumprimento de suas decisões.

Existência de regras objetivas e impessoais para a delimitação das competências territoriais e funcionais dos tribunais.

Instituição ao menos de uma instância superior de controle jurisdicional.

Assistência judiciária gratuita aos necessitados.

Facultatividade do patrocínio judicial por advogado.

Proximidade geográfica dos tribunais para facilitar o acesso à jurisdição administrativa pelos cidadãos.

Juízo monocrático ou colegiado de 1º grau

ACESSO AO TRIBUNAL

Alcance da tutela - objetos do recurso

As causas envolvendo decisões ou outro comportamento da Administração Pública ou entes privados no exercício do poder público.

Espécies de interesses tuteláveis

Acesso obrigatório: direitos subjetivos e interesses legítimos.

Acesso facultativo: interesses difusos e interesses coletivos

Subordinação do ingresso em juízo à prévia postulação administrativa

Evitar que a subordinação do ingresso em juízo à prévia postulação administrativa seja um utilizado como meio de dificultar ou inviabilizar a tutela judicial efetiva.

Pretensões admissíveis

Pretensão de anulação

Pretensão de prestação

Pretensão de omissão

Pretensão de declaração

ATUAÇÃO DO TRIBUNAL

Princípios processuais

Princípio do contraditório

Princípio inquisitório (iniciativa do juiz em matéria probatória)

Princípio dispositivo quanto ao objeto do litígio e à disponibilidade por parte do cidadão

Deliberação secreta e fundamentação das decisões

Princípio da oralidade

Princípio da paridade de armas quanto aos prazos, aos atos de comunicação processual e às despesas processuais.

Direito a advogado: patrocínio jurídico facultativo e patrocínio gratuito aos necessitados

Organização do processo

Direito à audiência

Direito de terceiros interessados intervirem no processo

Direito à produção de provas

Ônus da prova da Administração Pública quanto aos fatos que fundamentam o seu comportamento

Dever de colaboração das partes

Direito do cidadão de obter informações necessárias a sua defesa junto à Administração Pública e a terceiros.

Possibilidade da conciliação das partes

Densidade de controle

Controle de legalidade formal e material

Controle da observância dos limites do poder discricionário, atendendo-se aos seguintes critérios:

a- vedação do arbítrio;

b- vedação do tratamento desigual;

c- controle do desvio de poder;

d- proporcionalidade;

e- razoabilidade.

Sentenças

Congruência da decisão com as pretensões formuladas pelo cidadão.

Obrigação de responder a todas as questões apresentadas pelas partes.

Possibilidade de condenar a parte vencida, inclusive a Administração Pública, ao pagamento das despesas do processo.

Efeitos das sentenças [limites subjetivos (inter partes) ou objetivos (erga omnes) da causa julgada]

Medidas cautelares

Relação entre as tutelas de urgência e as tutelas de conhecimento

quanto ao cabimento das pretensões, admitindo-se medidas de suspensão, de conservação ou de prestação.

Medidas cautelares autônomas (preparatórias)

Celeridade proporcional à necessidade concreta.

Ponderação entre interesses públicos e privados, a partir do “*fumus boni iuris*” e do “*periculum in mora*”.

RECURSOS, APELAÇÃO E CASSAÇÃO

Direito à revisão de decisão judicial junto a tribunal de instância superior.

Caráter excepcional do efeito suspensivo do pedido de revisão de decisão judicial junto a tribunal de instância superior jurisdicional, o qual depende dos mesmos requisitos da tutela de urgência.

Voluntariedade do pedido, pela Administração Pública, de revisão de decisão judicial junto a tribunal de instância superior.

Afastamento de obstáculos excessivos no acesso a tribunal de instância superior competente para rever decisão judicial.

Espécies de pretensão: nulidade (*error in procedendo*) e reforma (*error in iudicando*)

EXECUÇÃO DE SENTENÇAS

SOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS

COTAS ELEITORAIS E AÇÕES AFIRMATIVAS

*Sidney Pessoa Madruga - Procurador Regional da República
(PRR2). Procurador Regional Eleitoral Substituto*

1 INTRODUÇÃO

Em grande parte das democracias representativas do ocidente vigoram leis destinadas a garantir a presença das mulheres na vida política, de forma a assegurar um número mínimo de cadeiras nos parlamentos. São as chamadas “políticas de cotas”, presentes em vários países da Europa e da América Latina.

No Brasil, a reserva de vagas de candidatura para mulheres está em vigor desde as eleições municipais de 1996, estabelecida pela Lei n. 9.100/95, de iniciativa da então Deputada Federal Marta Suplicy, que assim dispunha: “Vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deverão ser preenchidas por candidaturas de mulheres.” (art. 11, § 3º).

Esse dispositivo deu margem a discussões a respeito de sua eventual inconstitucionalidade, sob a alegação que se estabelecera um tratamento diferenciado para o sexo feminino. Falava-se até em uma cota discriminatória, de caráter individualista, não universal.

Dois anos depois, a Lei n. 9.504/97, denominada Lei das Eleições, estabeleceu nova distinção, além de estender essa medida para os demais cargos eleitos por voto proporcional: “Art. 10, § 3º - Do número de vagas resultantes das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação **deverá reservar** o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo”. (grifou-se).

Assumiu-se uma concepção universalista e assim evitaram-se questionamentos judiciais, no que tange a constitucionalidade da norma em referência, ao se estabelecer a mesma regra de representação para os dois sexos, tratados de forma igualitária, ainda que, intrinsecamente, a regra fosse destinada às candidaturas do gênero feminino.

A grande celeuma, no entanto, foi o uso das palavras **“deverá reservar”**, uma vez que os Partidos ficaram obrigados a reservar as vagas, mas não a preenchê-las. O resultado foi um notável esvaziamento do instituto que não funcionou a contento até que nova modificação sobreviesse no cenário legislativo nacional com a minirreforma eleitoral, Lei n. 12.034/2009, em virtude, sobretudo, da participação decisiva do movimento feminista, da Secretaria de Política para Mulheres e de outros representantes e organizações da sociedade civil.

A Lei n. 12.034, de 29 de setembro de 2009, estabeleceu uma pequena, mas fundamental modificação na Lei das Eleições, a qual restou assim redigida: “Art. 10, § 3º - “Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação **preencherá** o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo”. (grifou-se).

A alteração promovida pela minirreforma eleitoral pareceu de pequena monta, mas a mudança do verbo “reservar” para “preencher” foi substancial para a política de cotas. Com a nova redação, os partidos ficam obrigados – no ato de registro da lista de candidaturas – a apresentar no mínimo 30% de candidaturas de cada sexo, o que, de forma indireta, representa a obrigatoriedade em se preservar as cotas femininas.

2 A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA: IMPERATIVIDADE DA NORMA

O legislador, portanto, fixou, em definitivo, um percentual obrigatório de vagas a serem preenchidas para ambos os sexos, de forma a estimular a participação feminina, mais ampla possível, no acesso aos mandatos eletivos e obrigar os partidos políticos a darem efetividade ao mencionado dispositivo de lei.

E assim caminhou o Tribunal Superior Eleitoral no Recurso Especial n. 784-32.20106.14.0000/PA, de 12/08/2010, da Relatoria do então Ministro Arnaldo Versiani, que decidiu que a norma “tem caráter imperativo quanto à observância obrigatória dos percentuais mínimo e máximo de cada sexo”.¹

E mais. Na oportunidade, o TSE, por seis votos contra um, findou por estabelecer verdadeiro *leading case*, ao decidir, em resumo, que:

I) Os partidos e coligações são **obrigados** a cumprir a exigência fixada pelo § 3º, do art. 10, da L. n. 9.504/97, no sentido de preencher os percentuais definidos para cada sexo. Não se trata, portanto, de preceito programático, e sim de norma com eficácia imediata;

II) O cálculo dos percentuais deverá considerar o numero de candidatos **apresentados, lançados**, pelos partidos ou coligação, não se levando em conta os limites estabelecidos no § 1º, do art. 10, da LE;

III) Cabe ao Partido/Coligação providenciar essa regularização, não podendo esse ajuste ser realizado pelo TSE. “**E, a rigor, o atendimento dessa norma deve ocorrer no momento do pedido de registro de candidatura**”, nas palavras do Ministro Relator;

IV) Caso a legenda não tenha atingido o percentual **terá de acrescentar candidatas do sexo feminino ou subtrair, se possível, as candidaturas masculinas**.

Nas eleições majoritárias de 2014, não foi diferente, muito pelo contrário, pois o TSE ampliou seu entendimento e decidiu que os percentuais de

¹ EMENTA: Candidatos a eleições proporcionais. Preenchimento de vagas de acordo com os percentuais mínimo e máximo de cada sexo. 1. O § 3º do art. 10 da Lei nº 9.504/97, na redação dada pela Lei nº 12.034/2009, passou a dispor que, “do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo”, substituindo, portanto, a locução anterior “deverá reservar” por “preencherá”, a demonstrar o atual caráter imperativo do preceito quanto à observância obrigatória dos percentuais mínimo e máximo de cada sexo. 2. O cálculo dos percentuais deverá considerar o número de candidatos efetivamente lançados pelo partido ou coligação, não se levando em conta os limites estabelecidos no art. 10, caput e § 10, da Lei nº 9.504/97. 3. Não atendidos os respectivos percentuais, cumpre determinar o retorno dos autos ao Tribunal Regional Eleitoral, a fim de que, após a devida intimação do partido, se proceda ao ajuste e regularização na forma da lei. Recurso especial provido. (Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial n. 784-32.20106.14.0000/PA, de 12/08/2010, da Relatoria do Ministro Arnaldo Versiani). Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em: 6 out. 2015.

gênero previstos no art. 10, § 3º, da Lei n. 9.504/97 devem ser observados tanto no momento do registro da candidatura quanto em eventual preenchimento de vagas remanescentes ou na substituição de candidatos², como, também, que a reserva percentual busca assegurar maior equilíbrio e representatividade de gênero no cenário político do país.³

Como visto, o cálculo “formal” da cota feminina deve ser evitado sob pena de se inviabilizar, mais uma vez, a aplicabilidade do princípio isonômico entre os ambos os sexos. A cota por gênero, portanto, não pode ser calculada com base no número de pedidos de registro, mas sim quanto ao número de vagas efetivamente apresentadas pelo Partido ou Coligação, desconsiderando-se, por conseguinte, o número de chapas registradas.⁴

² EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2014. REGISTRO DE CANDIDATURA. INDEFERIMENTO. CARGO. DEPUTADO FEDERAL. VAGA REMANESCENTE. PERCENTUAIS MÍNIMOS DE GÊNERO. ART. 10, § 3º, DA LEI Nº 9.504/97. NÃO OBSERVÂNCIA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Os percentuais de gênero previstos no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97 devem ser observados tanto no momento do registro da candidatura quanto em eventual preenchimento de vagas remanescentes ou na substituição de candidatos, conforme previsto art. 19, § 7º, da Resolução-TSE nº 23.405/2014. 2. In casu, não se verifica ser possível o deferimento da candidatura do ora Agravante para concorrer à vaga remanescente, porquanto isso importaria o descumprimento das quotas de gênero determinadas pela legislação eleitoral. [...] 5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (Embargos de Declaração em Recurso Especial Eleitoral nº 55188, Acórdão de 23/10/2014, Relator(a) Min. LUIZ FUX, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 23/10/2014). Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em: 6 out. 2015.

³ ELEIÇÕES 2014. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. CANDIDATO A DEPUTADO FEDERAL. SERVIDOR PÚBLICO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTO INDISPENSÁVEL. COMPROVANTE DE DESINCOMPATIBILIZAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE PERCENTUAIS PARA CANDIDATURA DE CADA SEXO. SUBSTITUIÇÃO DE CANDIDATO POR OUTRO DO MESMO GÊNERO. IMPOSSIBILIDADE NO CASO. REGISTRO DE CANDIDATURA INDEFERIDO. 1. Conquanto se discuta nos autos a apresentação de documentação necessária para comprovar a desincompatibilização, há questão jurídica antecedente suficiente ao deslinde da causa, razão pela qual se conhece do recurso como especial. 2. O art. 19, § 7º, da Res.-TSE nº 23.405/2014 (art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997) tem como finalidade garantir o pluralismo e, ao fazer reserva percentual para cada sexo, busca assegurar maior equilíbrio na representatividade de gêneros no cenário político. 3. A observância dos percentuais mínimo e máximo de candidaturas por sexo é indispensável para garantir a efetividade da citada norma, não merecendo guarida a alegação de que se trata de substituição de candidato por outro do mesmo gênero. 4. A conclusão regional está em harmonia com a jurisprudência deste Tribunal Superior, segundo a qual, não ultrapassado o prazo para substituição, “os percentuais de gênero previstos no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97 devem ser observados tanto no momento do registro da candidatura, quanto em eventual preenchimento de vagas remanescentes ou na substituição de candidatos” (RESpe nº 214-98/RS, rel. Min. Henrique Neves da Silva, julgado em 23.5.2013). 5. Decisão agravada mantida pelos próprios fundamentos. 6. Negado provimento ao agravo regimental. (Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 160892, Acórdão de 11/11/2014, Relator(a) Min. GILMAR FERREIRA MENDES, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 11/11/2014). Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em: 6 out. 2015.

⁴ Por evidente que certas situações reclamam temperamento, quando, v.g., tratar-se de candidatura única aos cargos proporcionais. Nesses casos, razoável entender-se que não se pode “obrigar” o Partido, que

Em outras palavras: ou se preenche a cota ou se impõe um corte nas candidaturas do sexo masculino até se atingir o percentual estabelecido em lei, além de se acrescer o número de candidaturas femininas.

E essa nova *postura jurídica* foi adotada, a partir das eleições municipais de 2012, em outros Tribunais eleitorais pátrios, a exemplo do TRE/AM⁵; TRE/RJ⁶;

apresentou apenas um candidato, a desistir dessa candidatura ou buscar registrar outra do sexo oposto. Entendimento perfilado pelo TRE/CE, em 2012, em consonância com o parecer emanado da Procuradoria Regional Eleitoral, com a seguinte ementa: RECURSO ELEITORAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. DEMONSTRATIVO DE REGULARIDADE DE ATOS PARTIDÁRIOS (DRAP). CANDIDATURA AOS CARGOS PROPORCIONAIS. ELEIÇÕES 2012. MALFERIMENTO AO ART. 10, §3º DA LEI Nº 9.504/97. NÃO OCORRÊNCIA. INEXIGIBILIDADE DO DISPOSITIVO QUANDO SE TRATA DE CANDIDATURA ÚNICA. PROVIMENTO DO APELO. I. Em se tratando de candidatura única aos cargos proporcionais, torna-se inexigível a observância do art. 10, § 3º da Lei nº 9.504/97.2. Entendimento diverso obrigaria a agremiação partidária a desistir de sua única candidatura ou, necessariamente, requerer nova candidatura de sexo oposto. Inexigibilidade fundada no princípio da razoabilidade. [...] Tribunal Regional Eleitoral do Ceará. Recurso Eleitoral n. 3916. Relatora Maria Iracema Martins do Vale. DJe, 06 ag. 2012. Disponível em: <<http://www.tre-ce.jus.br>>. Acesso em: 6 out. 2015.

⁵ RECURSO ELEITORAL. REGISTRO DE COLIGAÇÃO. ELEIÇÕES 2012. IMPUGNAÇÃO. INOBSERVÂNCIA DOS PERCENTUAIS DE CANDIDATURA POR SEXO. ART. 10, § 3º, DA LEI 9.504/97. NORMA IMPOSITIVA QUE NÃO VIOLA A AUTONOMIA PARTIDÁRIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I – Cumpre ao partido político observar as normas relativas ao registro de candidatura, uma vez que regulam a atuação dos partidos políticos como órgãos do Estado na escolha dos integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo, fugindo à questão meramente interna corporis e não violando a autonomia dos partidos políticos. II – O § 3º do art. 10 da Lei 9.504/97, na redação dada pela Lei 12.034/2009, passou a dispor que, “do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo”, substituindo, portanto, a locução anterior “deverá reservar” por “preencherá”, a demonstrar o atual caráter imperativo do preceito quanto à observância obrigatória dos percentuais mínimo e máximo de cada sexo. III – O cálculo dos percentuais deverá considerar o número de candidatos efetivamente lançados pelo partido ou coligação, não se levando em conta os limites estabelecidos no art. 10, caput e § 1º, da Lei 9.504/97. IV – Uma vez oportunizado à coligação regularizar a falha em seu pedido de registro em sede de contestação à impugnação, não cabe sanar a falha em sede recursal. Inteligência da Súmula 3 do TSE (TRE/AM – RE n. 56-70.2012, Rel. Juiz Dimis da Costa Braga, PSSSES: 06/08/2012). (grifou-se). Disponível em: <<http://www.tre-am.jus.br>>. Acesso em: 6 out. 2015.

⁶ Confira inteiro teor da Consulta n. 152-94.2012.6.19.0000, respondida pelo Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, em 12/07/2012, ao Partido Humanista da Solidariedade (PHS), no termos do voto-mérito do Relator Luis Roberto Ayoub, que ora se reproduz em parte, verbis: “Outrossim, em relação aos limites mínimos de candidatos para cada sexo, os percentuais de 30 e 70% devem estar presentes já no momento de apresentação do DRAP (Demonstrativo de Regularidade dos Atos Partidários). E tal ocorre porque o art. 37, § 12, inciso IV, da Resolução TSE n. 23.373/12 estabelece que o Cartório Eleitoral certificará a observância de tais percentuais, sob pena de indeferimento do DRAP do partido ou coligação, desde que oportunizado o prazo de 72 horas para eventual regularização da relação de candidatos, como insculpido no art. 38 da mesma Resolução. Certo é que acaso indeferido o registro individual de algum pretense candidato, deve a agremiação observar o percentual para cada sexo se desejar preencher a vaga daí remanescente. De igual modo, na substituição de candidatos e nos requerimentos de registro efetuados no prazo subsidiário de 48 horas, previsto no art. 11, § 4º da Lei nº 9.504/97, deve ser respeitada a proporção de 70 e 30% para cada um dos sexos. Em resumo, o percentual a que se refere o Consultante deve ser observado já na relação de nomes escolhidos na convenção partidária, uma vez que se trata de requisito indispensável para o deferimento do DRAP do partido ou coligação. Em momento posterior ao deferimento do DRAP, deve também ser respeitado o percentual nas hipóteses de preenchimento de vaga remanescente e substituição de candidatos, não se

TRE/RN⁷; TRE/MG⁸.

3 A SUB-REPRESENTAÇÃO POLÍTICA DAS MULHERES

A sub-representação das mulheres no âmbito do legislativo e nos demais espaços sociais de poder é uma realidade entre nós, seja em decorrência de fatores como a falta de capacitação política e de recursos financeiros, seja por força de um inegável e machista ranço cultural-ideológico.

Não se afigura admissível, *v.g.*, que a metade da população brasileira seja representada por pouco mais de 5% dos membros do Congresso Nacional.

Cabe, portanto, à sociedade, movimentos sociais e agremiações políticas, ademais dos operadores de Direito, contribuírem para a mudança desse *status quo*. Enfrentar e travar o bom combate contra essa **espécie de discriminação e sub-representação da mulher no cenário político nacional**.

E essa discriminação resta patente, diante da análise de casos concretos.

admitindo que aquele partido ou coligação que teve registro de candidato de um dos sexos indeferido, preencha a vaga com candidato do outro sexo, acaso tal procedimento ocasione em inobservância do percentual.” (grifou-se). Disponível em: <<http://www.tre-rj.jus.br>>. Acesso em: 6 out. 2015.

⁷ RECURSO ELEITORAL - REGISTRO DE CANDIDATURA - COLIGAÇÃO - NÃO OBSERVÂNCIA DOS PERCENTUAIS DE REGISTRO DE CANDIDATOS DE CADA SEXO - DESCUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ART. 10, § 3º, DA LEI DAS ELEIÇÕES E ART. 20, § 2º DA RESOLUÇÃO-TSE 23.373/11 - INTIMAÇÃO PARA REGULARIZAÇÃO DA FALHA APONTADA - NÃO ATENDIMENTO - PRECLUSÃO TEMPORAL - JUNTADA DE NOVOS DOCUMENTOS NA FASE RECURSAL - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES - PREENCHIMENTO DAS VAGAS REMANESCENTES ATÉ O PRAZO FINAL PARA O REGISTRO DE CANDIDATURAS - IMPROVIMENTO DO RECURSO. Os partidos políticos e coligações devem preencher, quando do registro de suas candidaturas, o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo (Art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97). O prazo do art. 10, § 5º, da Lei nº 9.504/97 (vagas remanescentes) não se presta para correção de não atendimento do disposto no § 3º do mesmo artigo. Impossibilidade de juntada de documentos na fase recursal, quando o Juízo a quo facultou a juntada dos documentos antes do indeferimento do registro de candidatura. Improvimento do Recurso. (TRE/RN. RE n. 137-86.2012.6.20.0004, Acórdão n. 14442/2012, Rel. Juiz Verlano de Queiroz Medeiros: 14/08/2012). (grifou-se). Disponível em: <<http://www.tre-rn.jus.br>>. Acesso em: 6 out. 2015.

⁸ Recurso em Registro de Candidatura. Eleições de 2012. Percentuais para candidatura de cada sexo. Nova redação do art. 10, § 3º da Lei n. 9504/97. Obrigatoriedade do preceito. O art. 10, § 3º, da Lei das Eleições, prevê a obrigatoriedade do atendimento aos percentuais ali previstos, os quais têm por base de cálculo o número de candidatos efetivamente lançados pelos partidos e coligações. Recurso a que se dá provimento para indeferir o demonstrativo de regularidade de atos partidários do PRP de Planura para as eleições proporcionais de 2012. (RECURSO ELEITORAL nº 58776, Acórdão de 21/08/2012, Relator(a) FLÁVIO COUTO BERNARDES, Relator(a) designado(a) CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMAZ, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 21/08/2012). Disponível em: <<http://www.tre-mg.jus.br>>. Acesso em: 6 out. 2015.

Por exemplo, veja-se um levantamento do TSE no que tange as candidaturas femininas apresentadas nas eleições gerais de 2014, no Estado do Rio de Janeiro:

Quadro de candidaturas: Eleições 2014 - Rio de Janeiro

Cargo	Sexo	Qtde	%
Governador	Masculino	6	85,71
	Feminino	1	14,29
Subtotal		7	
Vice-Governador	Masculino	6	85,71
	Feminino	1	14,29
Subtotal		7	
Senador	Masculino	6	85,71
	Feminino	1	14,29
Subtotal		7	
Deputado Federal	Masculino	636	73,27
	Feminino	232	26,73
Subtotal		868	
Deputado Estadual	Masculino	1226	71,40
	Feminino	491	28,60
Subtotal		1717	
Senador 1º Suplente	Masculino	4	57,14
	Feminino	3	42,86
Subtotal		7	
Senador 2º Suplente	Masculino	6	85,71
	Feminino	1	14,29
Subtotal		7	
Subtotal		2620	
Total Geral		2620	

Fonte: Tribunal Superior Eleitoral

Observe-se que **conforme diminui o grau de visibilidade no cenário político de determinado cargo a cota feminina ganha espaço.**

Em verdade, no Rio de Janeiro, a cota feminina só ultrapassou o mínimo legal, no caso de vagas para 2º suplente de Senador! E isso no caso do Estado do Rio de Janeiro, localizado na região sudeste, onde a participação das mulheres, no

quadro geral, é superior quando comparado às regiões Norte e Nordeste, em que os percentuais são tradicionalmente menores!

Realidade que merece ser repensada pela sociedade brasileira, sobretudo pelo Parlamento, na medida em que as mulheres compõem 51% da população e 52% do eleitorado do país, mas que na Câmara dos Deputados, por exemplo, possuem uma representação de apenas 10% (de 513 Deputados, apenas 51 são mulheres)!⁹

Ao que parece, no entanto, esse quadro de baixa representatividade somente agora foi capaz de sensibilizar nossos mandatários políticos, eis que, por ocasião da votação da reforma política, iniciada no primeiro semestre de 2015, o plenário do Senado Federal aprovou, em segundo turno, a Proposta de Emenda à Constituição 98/2015, que estabelece cotas para mulheres nos legislativos municipais, estaduais e federal, exceto no Senado. As regras foram estabelecidas para as três legislaturas seguintes àquela em que a PEC for promulgada. Na primeira legislatura subsequente, a cota seria de pelo menos 10%; na segunda, de 12%; e na terceira, de 16%.¹⁰

4 AÇÕES AFIRMATIVAS E COTAS DE GÊNERO: *EMPOWERMENT*

A **ação afirmativa**, que tem nas cotas – *in casu*, às cotas eleitorais – um dos seus muitos instrumentos de direitos humanos, é uma das muitas alternativas para se buscar romper este círculo vicioso, ou, dito de outra forma, para que proporcione “empoderamento” (*empowerment*) dos segmentos sociais marginalizados. Neste sentido, dar vozes, dar lugar, dar espaço condigno e igual às mulheres na política é dever. Não necessariamente porque as mulheres possuam um grau de gerenciamento melhor, ou consideradas mais sensíveis aos reclames sociais, ou mais imunes a corrupção, não. Esses fatores são positivos e só corroboram a necessidade de se garantir essa ocupação de espaços de poder.

⁹ Em data recente, a Organização das Nações Unidas (ONU), divulgou uma pesquisa denominada “Mulheres na Política 2015”, na qual se constata que o Brasil está na 124ª posição, num ranking de 188 países, no tocante à igualdade de gênero e à participação política das mulheres, o que nos coloca na última posição em termos de representação feminina entre os países da América do Sul. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/mapa-de-mulheres-na-politica-reflete-progresso-lento-em-igualdade-de-genero/>>. Acesso em: 6 out. 2015.

¹⁰ Essa aprovação deu-se no dia 25/08/2015 e até a data de entrega do presente artigo para publicação (7/10/2015) ainda não havia sido submetida à Câmara dos Deputados, uma vez que, por se tratar de uma PEC, igualmente necessita passar por dois turnos de votação na Câmara, antes de ser promulgada pelo Congresso Nacional.

Mas sim porque a diferença entre os gêneros é capaz de produzir experiências diferenciadas e necessárias a todo o corpo social.

No caso das **cotas eleitorais por sexo**, esta espécie de **ação afirmativa** busca criar condições para o estabelecimento de um maior equilíbrio entre homens e mulheres no plano da representação política. A natureza das ações afirmativas, como o autor teve a oportunidade de defender em obras literárias específicas sobre o tema, além de **compensatória e distributiva**, ora se destina igualmente ao combate das **relações sociais de subordinação**.¹¹

Então, num primeiro plano, as cotas eleitorais são medidas compensatórias que possibilitam que mais mulheres ocupem espaço político no cenário municipal, estadual e federal. Num segundo, são medidas distributivas que buscam assegurar a igualdade entre homens e mulheres.

Ademais, entende o autor dessas linhas que hodiernamente as ações afirmativas caminham para além da busca de igualdade de oportunidades, ultrapassando o seu caráter compensatório e distributivo (e de incremento no fator diversidade), mas destinadas também a alcançar as relações de subordinação institucionalizadas no meio social e que coloca, ou melhor condiciona, a permanência de certos grupos em verdadeira desvantagem histórica, principalmente quando se trata da questão de gênero.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse é o posicionamento adotado pela bancada feminina no Congresso Nacional que, ao lado de diversas organizações de mulheres, tem propostas concretas que objetivam a incentivar, cada vez mais, a participação de mais mulheres no âmbito do legislativo e em outras esferas de repartição de poder. Tomem-se ainda como exemplos, iniciativas voltadas para a implantação de cotas por sexo na composição de cargos de direção e gerência nos órgãos públicos e privados.

Postura que, sem dúvida, fortalecerá nossa sociedade, em nome de uma verdadeira democracia racial, econômico-social e de gênero. Uma democracia

¹¹ MADRUGA, Sidney Pessoa. Discriminação Positiva: ações afirmativas na realidade brasileira. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. Cf. ainda: MADRUGA, Sidney. Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas. São Paulo: Saraiva, 2. ed. (no prelo).

plena em que o **empoderamento feminino** seja entendido não como um privilégio, mas como uma necessidade, ou melhor, como um consectário natural do próprio Estado brasileiro, que tem como um dos seus objetivos construir uma sociedade livre, **justa** e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, **sexo**, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, CF/88).

E ao se defender uma sociedade desprovida de preconceitos, no âmbito social, econômico e político, vale ressaltar o pioneirismo do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, em admitir que a cota de gênero possa ser preenchida por **pré-candidata transexual**, cujo registro de candidatura foi deferido, por unanimidade, pela Corte, mediante judicosa relatoria da Desembargadora Ana Tereza Basílio, nas eleições gerais de 2014.¹²

Há que se caminhar, portanto, para a consecução da plena igualdade substancial entre homens e mulheres, e as cotas eleitorais surgiram nesse sentido.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Amazonas. Recurso Eleitoral n. 56-70.2012. Relator Dimis da Costa Braga. DJe, 06 ag. 2012. Disponível em: <<http://www.tre-am.jus.br>>. Acesso em: 6 out. 2015.

_____. Tribunal Regional Eleitoral do Ceará. Recurso Eleitoral n. 3916. Relatora Maria Iracema Martins do Vale. DJe, 06 ag. 2012. Disponível em: <<http://www.tre-ce.jus.br>>. Acesso em: 6 out. 2015.

_____. Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. Recurso Eleitoral n. 58776. Relator. Flávio Couto Bernardes. DJe, 21 ag. 2012. Disponível em: <<http://www.tre-mg.jus.br>>. Acesso em: 6 out. 2015.

_____. Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro. Consulta n. 152-94.2012.6.19.0000. Relator Luis Roberto Ayoub. DJe, 12 julho 2012. Disponível em: <<http://www.tre-rj.jus.br>>. Acesso em: 6 out. 2015.

_____. Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro. Registro de Candidatura n. 206106. Relatora Ana Tereza Basílio. DJe, 01 ag. 2014. Disponível em: <<http://www.tre-rj.jus.br>>. Acesso em: 6 out. 2015.

¹² Cf. Ementa: REGISTRO DE CANDIDATURA. DRAP. ELEIÇÕES 2014. PROPORCIONAIS. PREENCHIMENTO DA COTA DE GÊNERO PRÉ-CANDIDATA TRANSEXUAL. DEFERIMENTOS. (REGISTRO DE CANDIDATURA nº 206106, Acórdão de 01/08/2014, Relator(a) ANA TEREZA BASILIO, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 01/08/2014). Disponível em: <<http://www.tre-rj.jus.br>>. Acesso em: 6 out. 2015.

_____. Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte. Recurso Eleitoral n. 137-86.2012.6.20.0004. Relator Verlano de Queiroz Medeiros. DJe, 14 ag. 2012). Disponível em: <<http://www.tre-rn.jus.br>>. Acesso em: 6 out. 2015.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial n. 784-32.20106.14.0000 (Pará). Relator Arnaldo Versiani. DJe, 12 ag. 2010. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em: 6 out. 2015.

_____. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 160892. Relator Gilmar Ferreira Mendes. DJe, 11 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em: 6 out. 2015.

_____. Embargos de Declaração em Recurso Especial Eleitoral n. 55188. Relator Luiz Fux. DJe, 23 out. 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em: 6 out. 2015.

MADRUGA, Sidney Pessoa. Discriminação Positiva: ações afirmativas na realidade brasileira. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

_____. Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas. São Paulo: Saraiva, 2. ed. (no prelo).

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. Mapa “Mulheres na Política 2015”. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/mapa-de-mulheres-na-politica-reflete-progresso-lento-em-igualdade-de-genero/>>. Acesso em: 6 out. 2015.

A INCIDÊNCIA DO ICMS NOS CONTRATOS DE AFRETAMENTO

Thereza Christina Loss Fonseca Mattos¹ e Décio Machado Borba Netto²

Resumo: Visa explicar e buscar o entendimento da incidência do ICMS nos contratos de afretamento, tipos de contratos, características do ICMS e princípios norteadores. Vale ressaltar que a abordagem tem como escopo a incidência do ICMS nos contatos de afretamentos.

Palavras-chave: Incidência; ICMS; contratos de afretamento; princípios; normatização;

INTRODUÇÃO

O contrato de afretamento é um dos mais antigos contatos conhecidos e vem passando por modificações ao longo da história do comércio, adaptando as novas evoluções tecnológicas.

Na Antiguidade, o povo na busca de suas grandes conquista se lançava ao mar, evidente que naquela época tudo era feito de maneira rudimentar, pois não havia meios técnicos suficientes para navegar.

Há documentos que relatam que o contrato de afretamento reaparece a partir da Era Medieval, conceituando e fazendo as distinções entre as diferentes funções: como a do armador proprietário de um ou de mais navios, do capitão e do proprietário das cargas transportadas, eram definidas pelo costumes e o comércio marítimo, começou a expandir cada vez mais, ganhando maior importância.

¹ Graduada pela UNESA, pós graduando em Direito Público e advogada em direito bancário e consumidor.

² UNESA, da Pós Graduação em Direito Público - Professor da disciplina de DIREITO CONSTITUCIONAL.

Na Era das Grandes Navegações ou Descobrimentos Marítimos, onde Portugal e Espanha disputavam os oceanos Pacífico, Índico e Atlântico com dois objetivos principais: descobrir uma nova rota marítima para as Índias e encontrar novas terras. A partir daí Portugal acidentalmente descobre o Brasil, tendo perdido a rota para as Índias e procurou abrigo durante uma tempestade, ao qual nomeou o Porto Seguro que só após percebeu o equívoco que não estava no continente pretendido.

Sendo assim, a navegação marítima primitiva apresentava alguns problemas como: déficit tecnológico, alta mortalidade, desconhecimento de rotas marítimas, navegação apenas costeira e somente enquanto havia luz solar e etc.

Com desenvolvimento marítimo em 1807, surgiu o código francês, considerado como primogênito, pois consubstanciou a mudança de paradigma em relação ao objeto do Direito Mercantil, sendo assim, se inicia uma nova etapa na evolução deste ramo.

Surge no Brasil em 1850, o Código Marítimo que visa a regulamentar a atividade marítima, sendo influenciado pelo Código Comercial Francês. E daí por diante, surgiram outras legislações complementares para regulamentar o direito marítimo e a navegação.

A cerca das espécies de contratos de afretamentos, podemos destacar: contrato de afretamento a casco nu e contrato de afretamento por tempo. O primeiro é aquele que tem como características a utilização, uma espécie de arrendamento do navio por um determinado tempo, no qual o proprietário dispõe de seu navio ao frete a casco nu, o qual assume a posse e o controle do mesmo, mediante uma retribuição – hire – pagável em intervalos determinados durante o período do contrato³.

Já o segundo, é aquele que tem como características a utilização, uma espécie de arrendamento do navio por um determinado tempo no qual o proprietário ou armador disponente coloca o navio completamente armado, equipado e em condição de navegabilidade, a disposição do afretador por tempo, o qual assume a posse e o controle do mesmo (gestões náutica e comercial) mediante uma retribuição – hire – pagável em intervalos determinados durante o período do contrato. É um contrato de utilização dos serviços do navio⁴.

³ SALGUES, Oto. Contratos de afretamento e transporte no Direito Marítimo . JusNavigandi, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em:<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4022>>. Acesso em: 23 mar. 2010.

⁴ SALGUES, Oto. Contratos de afretamento e transporte no Direito Marítimo . JusNavigandi, Teresina,

Abordaremos ainda, a incidência do ICMS nos contratos de afretamentos, destacamos: Casco Nu e Por Tempo, apontando suas características. Além disso, trataremos dois princípios fundamentais no ICMS: princípio da seletividade e o princípio da não cumulatividade.

Em suma, o trabalho adotará como metodologia as pesquisas exploratórias - consultas de livros, Códigos, Constituição Federal, jurisprudência e material da internet -, descritiva e explicativa.

TIPOS DE CONTRATOS DE AFRETAMENTO

O que seria contrato de afretamento?

De acordo com professor José Haroldo dos Anjos⁵: O contrato de afretamento ou fretamento é um contrato pelo qual uma pessoa, o fretador, coloca à disposição de outra pessoa, o afretador, seu navio ou partes dele, mediante o pagamento de uma soma denominada de frete.

Nesse mesmo sentido, Samir Keedi e Paulo de Mendonça lecionam que o afretamento é o ato de alugar, arrendar, tomar para si um navio para operá-lo ou embarcá-lo, podendo ser realizado por um armador ou embarcador que necessita de um navio⁶.

São partes contratantes nos contratos de afretamento, de um lado, o armador, que corresponde à figura do fretador e, do outro, o afretador. O armador é a pessoa física ou jurídica que arma a embarcação com o objetivo de explorá-la comercialmente. Já afretador é aquele que toma a embarcação em afretamento, mediante o pagamento de frete, para explorar a atividade de transporte de mercadorias.

Natureza Jurídica do Contrato de Afretamento: é um contrato misto de locação de coisas e prestação de serviços. O contrato de afretamento deve ser feito por escrito e pode ser na totalidade ou em parte o navio. No primeiro caso, o instrumento do contrato chama-se carta-partida ou carta de fretamento e no segundo conhecimento de transporte marítimo.

ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4022>>. Acesso em: 23 mar. 2010.

⁵ ANJOS, José Haroldo; GOMES, Carlos Rubens Caminha. In: *Curso de Direito Marítimo*. Rio de Janeiro. Renovar. 1992. p.135-142.

⁶ KEED, Samir; MENDONÇA, Paulo C. C. de. *Transportes e Seguro no Comércio Exterior*. 2ª ed. São Paulo: Aduaneiras, 2000. p. 97.

O contrato de afretamento ou fretamento é um contrato pelo qual uma pessoa, o fretador, coloca à disposição de outra pessoa, o afretador, seu navio ou partes dele, mediante o pagamento de uma soma denominada de frete. É um contrato misto de locação de coisas e prestação de serviços, variando os dois conforme a modalidade apresente.

No entanto, abordaremos resumidamente os tipos de contratos de afretamento e destacando apenas dois tipos: contrato de afretamento a casco nu e contrato de afretamento por tempo determinado.

Contrato de Fretamento de Pequenas Praças a Bordo: Trata-se de variedade de embarcadores, cada um com suas mercadorias, cujo contrato de transporte é evidenciado pelo conhecimento de embarque.

Contrato de Fretamento por Viagem ou *Voyage Charter Party*: É quando o navio é contratado para uma única viagem, tendo a origem e destinos definidos, para transportar uma determinada quantidade de carga em data estipulada. É uma espécie de prestação de serviço do que de locação de coisa. Poderá ser total ou parcial dependendo do número de viagem.

Contrato de Fretamento *Trip Charter*: Fretamento idêntico ao anterior, mas a duração em vez de ser estipulada em viagem, o é o tempo, sendo assim, utiliza a carta partida, empregadas por tempo determinado.

Contrato de Transporte de Volume ou COA ou *Contract of Afreightment*: É quando carrega um volume de carga muito grande, podendo ser homogênea ou heterogênea, podendo ser negociadas repetidas viagens durante certo período de tempo. Nesse caso, o mais comum é contratar um navio com capacidade de transporte. Como por exemplo: Se um Moinho de trigo brasileiro pretende importar um total de 500 mil toneladas do cereal, num período de 10 meses, acolhendo assim, mil toneladas do cereal, num período de 10 meses, portanto recebendo 50 mil toneladas cada mês, o seu diretor comercial pode procurar uma empresa armadora e com ela fechar o contrato um COA.⁷

Portanto, passaremos a destacar os seguintes contratos:

Contrato de Fretamento a Casco Nu ou Bareboat Charter Party: Conforme, a Lei 9432/97 em seu art. 02, I conceitua que: contrato em virtude do qual o afretador tem a posse, o uso e o controle da embarcação, por tempo

⁷ ANJOS, José Haroldo; GOMES, Carlos Rubens Caminha. In: *Curso de Direito Marítimo*. Rio de Janeiro. Renovar.1992.p.135-142.

determinado, incluindo o direito de designar o comandante e a tripulação. Portanto, trata-se de um contrato de aluguel, normalmente por períodos longos como, por exemplo: mais de 7 anos. Tanto a gestão náutica quanto a comercial ficam por conta do afretador, que receberá o casco do navio, e será responsável por tripulá-lo, prover mantimentos, pagar seguros (não todos), abastecer, etc.

A relação jurídica contratual: o proprietário do navio e afretador a casco nu. O primeiro poderá ser: pessoa física ou jurídica, em nome de quem a propriedade da embarcação é inscrita na autoridade marítima e, quando legalmente exigido, no Tribunal Marítimo. Já o segundo, é a figura do afretador a casco nu, que poderá ser: pessoa física ou jurídica que muito embora não seja o proprietário do navio, arma e detém o total controle do navio (gestões náutica, de pessoal e comercial) assumindo a posição de armador disponente (ou armador pro *hac*vice – armador beneficiário⁸.

A eventual relação com terceiros e suas consequências⁹:

(1) Nos casos de danos causados ao navio: a responsabilidade do afretador a casco nu será aquela do direito civil, que regem os contratos;

(2) Quanto aos fretes gerados pelo navio durante o período do contrato: o proprietário do navio, por não ter a posse do mesmo, não terá direito aos fretes. Estes são do afretador a casco nu;

(3) Pelos atos do comandante e tripulação: o proprietário do navio não é responsável, perante os embarcadores e /ou consignatários, posto que, são eles prepostos do afretador a casco nu;

(4) Os conhecimentos de embarque (*Bill of lading*) assinados pelo comandante vinculam o afretador a casco nu e não o proprietário, e o afretador neste caso é para todos os efeitos o transportador das mercadorias;

(5) Nos casos de colisão ou abalroação pelo navio: responderá o afretador a casco nu perante terceiros (e da mesma forma perante o proprietário).

Contrato de Fretamento por Tempo ou *Time Charter Party*: Conforme, a

⁸ SALGUES, Oto. Contratos de afretamento e transporte no Direito Marítimo . JusNavigandi, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em:<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4022>>. Acesso em: 23 mar. 2010.

⁹ SALGUES, Oto. Contratos de afretamento e transporte no Direito Marítimo . JusNavigandi, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em:<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4022>>. Acesso em: 23 mar. 2010.

Lei 9432/97 em seu art. 02, II conceitua que: contrato em virtude do qual o afretador recebe a embarcação armada e tripulada, ou parte dela, para operá-la por tempo determinado. Em outras palavras, os professores Samir Keed e Paulo Mendonça afirmam que o contrato de afretamento de um navio por determinado espaço de tempo, suficiente para uma ou mais viagens, envolvendo, também assinatura de um *charterparty*¹⁰.

No entanto, trata-se de um contrato de aluguel, onde o fretador disponibilizará ao afretador a embarcação durante certo período de tempo. O armador é responsável por manter os seguros, mantimentos, tripulação em ordem (caracterizada pela gestão náutica). Já a gestão comercial a responsabilidade é do afretador, que deverá abastecer e pagar o combustível e despesas portuárias.

Quanto à responsabilidade civil, vale destacar que o afretador responderá pelos eventuais danos ocasionados à mercadoria transportada. Assim, como o fretador responderá, perante terceiros, pelos prejuízos e perdas causados a outrem.

CARACTERÍSTICAS DO ICMS

Em primeiro lugar qual é o conceito de tributo?

“Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada, conforme art. 03 do CTN”.

O que seria atividade administrativa plenamente vinculada?

Conforme o professor Rosa Junior ¹¹:

Tributo vinculado é aquele cuja obrigação tem por hipótese de incidência uma situação dependente de uma atividade estatal específica, relativa ao contribuinte (taxas e contribuições de melhoria, segundo o art, 145, II e III da CF e arts. 77 e 81 do CTN).

De outro lado, tributo não-vinculado é aquele cuja obrigação tem por

¹⁰KEED, Samir; MENDONÇA, Paulo C. C. de. Transportes e Seguro no Comércio Exterior. 2ª ed. São Paulo: Aduaneiras, 2000. p. 97.

¹¹JUNIOR. Luiz Emygdio F. da Rosa Junior. Manual De Direito Tributário. Renovar. 2000. p.211-212 apud cf e ctn.

hipótese de incidência uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte impostos – CF, art. 145, I e CTN, art.16.

Logo, concluímos que se o tributo for vinculado ele sofre interferência do Estado, como são os casos: das taxas, contribuições de melhoria, contribuições (PIS e COFINS) e empréstimos compulsórios. O que não ocorre nos seguintes impostos: (ICMS, IPI), não tem vinculação do Estado, pois são impostos regulatórios de mercado.

Qual é o conceito de ICMS?

O ICMS é o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação cuja competência dos Estados e do Distrito Federal, sendo regido pela não cumulatividade.

O ICMS deverá ser criado por lei ordinária. Vale destacar que a Lei Complementar nº 87/1996 não é inconstitucional, uma vez que esse diploma legal apenas estruturou o imposto ICMS.

O fato gerador para a incidência do ICMS é a circulação de mercadoria, além de incidir sobre determinados serviços, como por exemplo: uma prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal, serviço de comunicação, energia elétrica e importação de mercadoria, ainda que o importador não seja contribuinte habitual do ICMS, prevista LC 87/1996 c/c art. 155, II da C/88.

De acordo com art. 1º do RICMS/RJ destacamos a incidência do imposto sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive fornecimento de alimentação e bebida em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

III - prestações onerosas de serviços de comunicação por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

IV - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos municípios;

V - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos municípios, quando a legislação aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.

VI - SUSPENSO

Parágrafo único - O imposto incide também sobre:

- 1. a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja sua finalidade;*
- 2. o serviço prestado no exterior, ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;*
- 3. a entrada, no território do Estado, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrente de operações interestaduais.*

Sendo assim, se ocorreu o fato gerador, poderá exigir o recolhimento do ICMS, porém observando o momento de sua ocorrência, hipóteses previstas no art. 03 do RICMS/RJ.

A base de cálculo do ICMS é o valor da operação de circulação ou o preço da prestação de serviço. Em outras palavras, é o valor empregado para encontrar o valor a ser pago pelo ICMS. Como por exemplo: se o valor da venda da mercadoria é de R\$100,00, o ICMS DE 18% não é acrescido ao montante (não será cobrado R\$118,00 o que seria cálculo “por fora”). Por ser calculado “por dentro”, o preço cobrado do adquirente será de R\$100,00e a nota trará um simples destaque de R\$18,00, significando que esse valor, a ser recolhido ao Fisco, está embutido no preço. Vale mencionar que nas operações entre contribuintes com produto destinado á industrialização ou à comercialização, o IPI não é incluído na base do ICMS.

Nas alíquotas internas são fixadas por cada Estado e DF; o Senado Federal por meio de Resolução pode fixar as alíquotas mínimas e máximas. As alíquotas interestaduais, incidentes quando a mercadoria ou serviço é vendido para o contribuinte do ICMS localizado em outro Estado ou D, são fixadas pelo Senado.

PRINCÍPIOS NORTEADORES, APLICABILIDADE DA NORMA E A JURISPRUDÊNCIA

Na Constituição Federal em seus arts. 150 a 152 admite o direito de tributar e de repartir esse poder entre os entes políticos. Porém, os limites dado pela Constituição Federal são chamados de Princípios Constitucionais Tributários. Tem como escopo de proteção para o contribuinte contra o poder de tributar. Conforme a explicação da professora Cleide Previtalli¹² além de nortear a atividade do Estado na sua função de tributar, também age como seu freio, impondo-lhe limites em relação aos contribuintes, a fim de outorgar à vida social o necessário equilíbrio.

Desta forma, destaco dois princípios constitucionais: Princípio da não-cumulatividade e Princípio da seletividade.

O Princípio da não-cumulatividade - constitui que o ICMS será compensado em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestações de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas operações anteriores pelo mesmo ou outro Estado.

Vale destacar que esse princípio em casos de isenções ou não incidência, não implica em crédito para compensação com o montante devido nas operações seguintes e acarretará em anulação do crédito relativo às operações anteriores.

Previsão: Art. 155, parágrafo 2 da CF e art. 19 da LC 87/1996.

Já o Princípio da seletividade, constitui acerca de bem essencial, como por exemplo: alimentos da cesta básica devem ter alíquota baixa ou mesmo isenta, enquanto que o imposto sobre mercadoria não essencial deve ser maior como, por exemplo: cigarro. Esse princípio tem como escopo de orientar a estipulação das alíquotas diferenciadas do ICMS, utilizando a essencialidade do produto. Além de utilizar como justificativa a redução da carga tributária dos produtos considerados essenciais. Logo, ICMS pode ser seletivo.

Previsão: Art. 155, parágrafo 2 da CF.

Observação: Em relação do Princípio da Anterioridade, destaca-se que o ICMS o respeita, todavia a alíquota do ICMS sobre combustíveis

¹² CAIS, Cleide Previtalli. O processo tributário. 5. ed. rev., ampl. e atual. com a Reforma Process São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 896 p.2007, p. 40

respeitará apenas a anterioridade nonagésima, em caso de redução ou restabelecimento de alíquotas nos termos do art. 155, parágrafo 04, IV da CF.

ESTUDO DE CASO

O Caso 1- FAZENDA ESTADUAL x BOURBON OFFSHORE MARÍTIMA S/A¹³

Trata-se de auto de infração, pois a Bourbon Offshore teria deixado de submeter à tributação os valores relativos a serviços de transporte com incidência de ICMS. O serviço prestado pela de Transporte Aquaviário, sob a forma de Contrato de Fretamento, entre o território do Estado do Rio e as plataformas de exploração de petróleo situadas no mar territorial e na plataforma continental. Destacando que não sofre incidência do imposto e, em consequência, limita-se a recolher imposto unicamente em relação ao diferencial de alíquota. Já a Fazenda Estadual sustenta que há incidência do ICMS acerca do contrato celebrado entre a Contribuinte e a Petrobrás S.A., embora denominado contrato de afretamento, caracteriza operação de transporte, estando, portanto, sujeito à incidência do imposto estadual, de acordo com a Cláusula Primeira do Convênio 105/97.

A questão discutida é se o lançamento envolvendo cobrança de ICMS e multa por ter deixado de recolher o ICMS incidente sobre serviços de afretamento?

O Caso 2- TECHNIP BRASIL – ENGENHARIA, INSTALAÇÕES E APOIO

MARÍTIMO S.A. x FAZENDA ESTADUAL¹⁴

Trata-se de lançamento tributário que a Technip Brasil teria deixado de oferecer a tributação o valor de receitas pertinentes à prestação de serviço de transporte aquaviário de características intermunicipais e abrangência entre o litoral e plataformas de exploração de petróleo. A Primeira Câmara deste Eg. Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, deu parcial provimento ao recurso, para exigir o imposto e aplicar penalidade, com redução, em conformidade com a Lei 2.881/97. A Technip Brasil em grau de recurso requer:

¹³ http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/content/conn/UCMServer/path/Contribution%20Folders/conselho/inteiroTeor/ConselhoPleno/2012/2%C2%BA%20Semestre/35911_BOURBOM_OFFSHORE_MARITIMA_SA.pdf

¹⁴ http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/content/conn/UCMServer/path/Contribution%20Folders/conselho/inteiroTeor/ConselhoPleno/2011/2%C2%BA%20Semestre/35646_MARFLEX_NAVEGACAO_LTDA.pdf

não há incidência do ICMS sobre contrato de afretamento de embarcações e as operações realizadas não caracterizam serviços de transporte.

A questão é se incide ICMS sobre o contrato de afretamento de embarcações?

Em primeiro, lugar tem que ter em mente que há dois tipos de contratos:

Casco Nu – que é o uso da embarcação - não há incidência de ICMS, porque não há de se falar em serviço de transporte e sim contrato de locação de bens móveis. Destacando ainda que as empresas prestadoras de serviços de apoio marítimo às plataformas de petróleo, em regra não promovem circulação de mercadorias e tampouco prestam serviço de transporte interestadual, intermunicipal ou de comunicação que estariam sujeitos ao ICMS.

Afretamento Por Tempo – que é o uso da embarcação armada e tripulada. Aqui se verifica que não se está diante de mera locação de bens móveis, mas sim de prestação de serviço consistente no fornecimento de embarcação com tripulação para o exercício de atividade meio em relação à Contratante.

Dessa forma, afigura-se legítima a exigência do crédito tributário, para ambos os casos. De acordo com a decisão recente do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n.º 181.266-4, em setembro de 2008, o Ministro Relator Gilmar Mendes deixou assentada a possibilidade de incidência de ICMS sobre a atividade de afretamento marítimo, pois se trata de contrato de transporte, pouco importando o nomen juris utilizado nesses contratos.

No tocante a questão do afretamento de embarcações, o TJRJ decidiu pela incidência do imposto de ISS, porém, o STJ, por sua Primeira Turma, acolheu o recurso da empresa interessada, abrindo margem para dias teses¹⁵:

Que o navio é o bem móvel para fins tributários, sendo assim, STF determinou que não pode admitir o ISS sobre a locação de embarcações e

Nas modalidades de afretamento nos quais existe, além da locação da embarcação, a prestação de uma diversidade de serviços, o imposto não incide, pois é inadmissível o desmembramento de tais atividades albergadas por esse contato complexo e por que é específica atividade de afretamento não consta da lista de serviços tributáveis pelos Municípios.

¹⁵ MACHADO, Hugo de Brito. Não incidência do ISS no afretamento de embarcações. Revista Dialética de Direito Tributário n°173, p.85-94.ano:2010.

Logo, podemos afirmar que é irrefutável a coerência das teses que afirmam a não incidência de ISS sobre afretamento de embarcações. O navio como sabido é um bem móvel e a locação de bens móveis não pode ser considerado serviço.

Por outro prisma, mesmo na modalidade de fretamento nas quais estão incluídos alguns serviços, é presente o equívoco acerca do desmembramento destes, visto que seria inexecutável a determinação do valor do imposto. Portanto, o contato de afretamento não se faz a menção da separação que seria necessária para identificá-la a base de cálculo do imposto. Além disso, em tais contatos é evidente a predominância da locação do bem móvel, que não cabe de nenhum modo no conceito de serviço.

Deste modo é cristalino o entendimento que o afretamento de embarcações submete-se ao regime da locação de coisas e por esse motivo não pode ser tributado pelos Municípios, isso é não incide ISS e sendo assim, não consta a lista de serviços tributáveis aprovada pela lei complementar nº116/2002.

Vejamos algumas jurisprudências sobre o tema:

TRIBUTÁRIO. CONTRATOS DE AFRETAMENTO DE EMBARCAÇÃO. ICMS. NÃO INCIDÊNCIA. CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INTERPRETAÇÃO. ÓBICE DA SÚMULA 5/STJ. 1. Não incide o ICMS nos contratos de afretamento de embarcação, por não se enquadrarem na hipótese prevista do art. 2º, II, da LC n.º 87/96. Precedente: REsp 79.445/ES, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, DJ 13/04/1998. 2. O Tribunal de origem, após analisar os elementos dos autos, concluiu que o contrato em exame é de afretamento por tempo. Portanto, rever essa premissa encontra óbice na Súmula 5/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - AgRg no REsp: 1091416 RJ 2008/0213658-9, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 22/10/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: Dje 29/10/2013).

TRIBUTÁRIO. ICMS. LOCAÇÃO DE NAVIO. A LOCAÇÃO DE NAVIO, EMBORA ARMADO E EQUIPADO, NÃO SE CONFUNDE COM O CONTRATO DE TRANSPORTE DE CARGA, ESTANDO A SALVO DA INCIDÊNCIA DO ICMS. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

(REsp 79.445/ES, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 24/3/1998, DJ 13/4/1998).

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS SOBRE A ÁREA DOS RESPECTIVOS TERRITÓRIOS, INCLUÍDAS NESTES AS PROJEÇÕES AÉREAS E MARÍTIMA DE SUA ÁREA CONTINENTAL, ESPECIALMENTE AS CORRESPONDENTES PARTES DA PLATAFORMA CONTINENTAL, DO MAR TERRITORIAL E DA ZONA ECONÔMICA EXCLUSIVA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 5 DO ARTIGO 194 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E DO § 4 DO ARTIGO DA LEI ESTADUAL N 2.657, DE 26.12.1996, QUE REGULA O ICMS NAQUELA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. 1. Alegação de que tais normas violam os artigos 20, V e VI, 22, I, 155, II, 150, VI, 146, I, III, "a" e 155, § 2, XII, "d", da Constituição Federal. 2. Fundamentação consideravelmente abalada com as objeções da ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA e do GOVERNADOR DO ESTADO, que, a um primeiro exame, demonstraram a inocorrência de qualquer das violações apontadas na inicial. Medida cautelar indeferida. Plenário. Decisão unânime. (ADI 2080 MC, Relator (a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2002, DJ 22-03-2002 PP-00029 EMENT VOL-02062-01 PP-00119 DJ 12- PP-0000L).

Podemos concluir que não há incidência do ICMS sobre contrato de afretamento de embarcações e as operações realizadas não caracterizam serviços de transporte. Como não incide ISS afretamento de embarcações submete-se ao regime da locação de coisas e desse modo, não pode ser tributado pelos Municípios. Entretanto, incide ICMS acerca da prestação de serviço consiste no fornecimento de embarcação com tripulação para o exercício de atividade meio em relação à contratante.

4. CONCLUSÃO

O contrato de afretamento é um dos mais antigos contratos e exerce papel primordial no crescimento da economia, visto que a maioria das operações é de circulação de mercadoria, importação, exportação se processa por via marítima. Assim, entendemos que a natureza jurídica do afretamento de embarcações é mista, destacando dois prismas: locação de bens móveis, sendo aplicadas as normas que regem o contrato de locação e de prestação de serviço, sendo aplicadas as normas que regem o contrato de prestação de serviço.

Quanto à incidência do ICMS, no que se refere ao afretamento a casco nu, não há dúvida quanto a sua não incidência, pelas razões acima já elencadas. O afretamento por viagem, a incidência se mostra clara em

razão do próprio dispositivo legal que afirma que o fretador se obriga a colocar a embarcação por inteiro ou parte dela, tripulada, à disposição do afretador **para efetuar transporte** em uma ou mais viagens.

Quanto à última espécie, afretamento por tempo, o uso discordar de parte da jurisprudência que entende pela incidência do ICMS. Isso porque, após o recebimento do navio em condições de navegabilidade o afretador assume a posse e o controle da embarcação (gestões náutica e comercial), descaracterizando a prestação de serviço de transporte.

Além disso, o fato de o fretador possuir o navio e o comandante não, quer dizer que necessariamente está prestando um serviço de transporte. A embarcação poderá desenvolver tão-somente um serviço de apoio marítimo que, por sua vez, não se confunde com o transporte de carga ou pessoas, o que afasta a incidência do ICMS.

Ainda podemos afirmar que quanto ao ICMS destacamos dois princípios basilares: Princípio da Seletividade e da Não Cumulatividade, primeiro constitui acerca de bem essencial, a alíquota será menor e, conseqüentemente, se for o bem de menor essencialidade, a alíquota é maior. São consideradas para os tributos indiretos, isto é, aqueles em que o ônus tributário repercute no consumidor final. O princípio da seletividade visa promover justiça fiscal. Já o segundo é por expressa determinação constitucional do conceito da não-cumulatividade confere ao contribuinte o direito amplo de fruir do abatimento sem reservas ou condições além daquelas estritamente previstas no texto da Constituição. art.155, parágrafo 2,I, do CF/88.

Foram abordados de forma sintetizada os tipos de contratos de afretamento: Contrato de Fretamento de Pequenas Praças a Bordo, Contrato de Fretamento por Viagem ou *Voyage Charter Party*, Contrato de Fretamento *Trip Charter*, Contrato de Transporte de Volume ou COA ou *Contract of Afreightment*. Destacando os seguintes contratos: Casco Nu e Por Tempo.

Por fim, a incidência do ICMS sobre contrato de afretamento de embarcações e as operações realizadas não caracterizam serviços de transporte. A não incidência do ISS nos contratos de afretamento, pois são submetidos ao regime da locação de coisas e, portanto, não pode ser tributado pelos Municípios. Todavia, incide ICMS sobre contrato de afretamento quando há prestação de serviço consiste no fornecimento de embarcação com tripulação para o exercício de atividade meio em relação à contratante.

REFERÊNCIA:

- ANJOS. José Haroldo; GOMES. Carlos Rubens Caminha. In: _Curso de Direito Marítimo. Rio de Janeiro. Renovar.1992.p.135-142.
- BAPTISTA. Luiz Olavo E outros. Direito empresarial e outros estudos de direito em Homenagem ao professor José Alexandre Tavares Guerreiro,2011.Quartier Latin p.51.
- CAIS, Cleide Previtali. O processo tributário. 5. ed. rev., ampl. e atual. com a Reforma Proces São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 896 p.2007, p. 40.
- CARVALHO, Paulo de Barros, "A Regra-Matriz do ICM", inédita, 1981
- JUNIOR. Luiz Emygdio F. da Rosa Junior.Manual De Direito Tributário. Renovar. 2000. p.211-212 apud cf e ctn.
- KEED, Samir; MENDONÇA, Paulo C. C. de. Transportes e Seguro no Comércio Exterior. 2ª ed. São Paulo: Aduaneiras, 2000. p. 97.
- SALGUES Oto. Contratos de afretamento e transporte no Direito Marítimo. Jusnavigandi, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em:<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4022>>. Acesso em: 23 mar. 2010.

MEIOS ELETRÔNICOS

<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/Completo.pdf>

http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/content/conn/UCMServer/path/Contribution%20Folders/conselho/inteiroTeor/ConselhoPleno/2012/2%C2%BA%20Semestre/35911_BOORBOM_OFFSHORE_MARITIMA_SA.pdf

http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/content/conn/UCMServer/path/Contribution%20Folders/conselho/inteiroTeor/ConselhoPleno/2011/2%C2%BA%20Semestre/35646_MARFLEX_NAVEGACAO_LTDA.pdf

http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/faces/menu_structure/legislacao/legislacao-estadual-navigacion/coluna2/RegulamentoDoICMS?_afLoop=770487475953000&datasource=UCMServer%23dDocName%3A80968&_adf.ctrl-state=7ddky8hav_228#TITULO_II

http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/faces/menu_structure/legislacao/legislacao-estadual-navigacion/coluna2/RegulamentoDoICMS?_afLoop=773050626863000&datasource=UCMServer%23dDocName%3A80968&_adf.ctrl-state=7ddky8hav_256#TITULO_

HAVERÁ UM DIREITO INTERNACIONAL À DEMOCRACIA?

(Breve análise do caso Nicarágua v. Estados Unidos, da intervenção dos Estados Unidos no Panamá, da intervenção no Haiti e da Intervenção dos Estados Unidos no Iraque)

Viviane Pleyzy¹

1. INTRODUÇÃO

Em muitos documentos internacionais tem sido afirmada a defesa de um Princípio Democrático². Tanto através da atuação da ONU como através

¹ Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Eleitoral pela Universidade Cândido Mendes. Assessora jurídica do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro.

² O art. 21.º, n.º 3 da Declaração Universal dos Direitos do Homem enfatiza a vontade do povo como fundamento da autoridade dos poderes públicos e as eleições honestas e periódicas mediante sufrágio universal e igual, enquanto processo de expressão dessa mesma vontade popular. O art. 21.º, n.º 1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem preconiza que a participação política dos cidadãos nos negócios públicos do seu país expressa a existência de um direito dos povos à autodeterminação governativa interna, o qual encontra expressão na democracia. O par. 8 da Declaração de Viena da Conferência Mundial sobre os Direitos do Homem dispõe que “a democracia, o desenvolvimento e o respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais são interdependentes e reforçam-se mutuamente”. O par. 74 do referido documento diz que “os intervenientes no domínio da cooperação para o desenvolvimento deverão ter presente a inter-relação de reforço mútuo entre o desenvolvimento, a democracia e os direitos humanos”. O art. 25.º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos dispõe: “Todo cidadão tem o direito e a possibilidade, sem nenhuma das discriminações referidas no artigo 2.º e sem restrições excessivas: a) de tomar parte na direção dos negócios públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; b) de votar e ser eleito, em eleições periódicas, honestas, por sufrágio universal e igual escrutínio secreto, assegurado a livre expressão da vontade dos eleitores; c) de aceder, em condições gerais de igualdade, às funções públicas do seu país”. Os par. 3 e 4 do preâmbulo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem preconizam que a preservação das liberdades fundamentais “repousa essencialmente, por um lado, num regime político verdadeiramente democrático e, por outro, numa concepção comum e no comum respeito dos direitos do Homem. O art. 1.º da Carta Democrática Interamericana afirma que “os povos da América têm direito à democracia e os seus Governos a obrigação de a promover e defender”. Além dos documentos descritos acima, existem, ainda, uma vasta gama de resoluções da ONU a respeito da matéria, algumas das quais serão citadas nesta pesquisa.

dos blocos regionais, a Democracia demonstra ser um valor que importa à Comunidade Internacional.

Contudo, nem sempre foi esse o pensamento prevalecente sobre a escolha do regime político de um Estado. Durante algum tempo, sob o contexto histórico da Guerra-Fria, o regime político seguido por um Estado, bem como a respectiva ideologia constitucional, eram tidos como indiferentes para o Direito Internacional Público, constituindo matérias que somente diziam respeito ao âmbito interno deste Estado. Qualquer ingerência nesses assuntos constituía violação à Soberania estatal.

Com a dissolução do bloco soviético e o fim do antagonismo entre os blocos capitalistas e socialistas parece ter ocorrido uma mudança de espírito por parte da Comunidade Internacional no tocante à matéria. Uma nova interpretação dos textos internacionais surgiu fomentando a instauração de regimes democráticos, levando a afirmação por parte da doutrina, principalmente norte-americana, pela existência de um direito à democracia³.

Certo é que vários textos internacionais fazem referência à Democracia. E se existe um Direito à Democracia deve ser delimitado o seu conteúdo, âmbito de proteção e de que forma este Direito é exigível. E sobre esse enfoque as resoluções da Assembleia Geral e do Conselho de Segurança da ONU têm demonstrado qual direcionamento a seguir.

Pode-se, no entanto, notar uma tentativa por parte da doutrina, mormente a norte americana, de estabelecer ao referido Direito um conteúdo mais amplo do que o extraído das diversas decisões dos Tribunais Internacionais e das Resoluções da ONU, bem como dos próprios Princípios estabelecidos na Carta das Nações Unidas.

A História nos proporciona alguns exemplos de intervenções militares em países, demonstrações expressas de ingerência em assuntos internos, sob o pretexto de defesa de regimes democráticos. Essas intervenções, por suas características peculiares, a doutrina tem denominado de Intervenções Democráticas, Ideológicas ou contra a tirania⁴ e são o objeto desta pesquisa.

³ Dr.^a Maria de Assunção do Vale Pereira, na obra *A Intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo*, cita alguns autores norte-americanos que defendem a existência de um direito à democracia como GREGORY H. FOX/BRAD R. ROTH, *Introduction: the spread of liberal democracy and its implications for international Law*, in *Democratic Governance and International Law*; KARIN VON HIPPEL, *Democracy by force*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000; W. MICHAEL REISMAN, *Why Regime Change is (Almost Always) a Bad Idea?*, *AJIL*, vol.98, 2004; e THOMAS FRANCK, *The Emerging Right to Democratic Governance*, *AJIL*, vol. 81, 1992.

⁴ No sentido de distinguir as intervenções humanitárias das intervenções democráticas, PEREIRA, Maria

Para os que defendem a Intervenção Democrática, a Democracia é a única forma de garantir a paz mundial, combater o terrorismo e promover a defesa dos Direitos Fundamentais⁵. Em que pese esses argumentos, alguns questionamentos se impõem.

Preliminarmente, que Democracia estamos a proteger? Qual o seu conteúdo? Ora, é sabido que os regimes mais diversos se autodenominam democráticos e que sob a roupagem de uma Democracia formal podem existir governos tiranos. A defesa de um Direito de tamanha importância certamente exige uma definição de um conteúdo mínimo. E nesse aspecto parece distante um consenso da Comunidade Internacional que diverge no seu conteúdo⁶, a exceção de relacioná-lo à existência de eleições livres e honestas. Será o critério majoritário suficiente para caracterizar uma Democracia?

Se existe um Direito à Democracia, esse Direito justifica intervenções militares em países em detrimento do Princípio da Não Ingerência e da Proibição do Uso da Força?

Sendo a Democracia, em moldes simplórios, o “governo do povo”, será que pode ser imposta por via externa?

São tais perguntas que esta pesquisa visa a contribuir singelamente

de Assunção do Vale. A intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo. Coimbra, 2009; e LOPES, José Alberto de Azeredo. Entre solidão e intervencionismo: Direito de Autodeterminação dos povos e reações de estados terceiros. Porto, 2003.

⁵ “Fox e Roth apontam quatro razões principais para a democratização: a democracia como meio de proteção dos direitos do homem; a democracia como factor de prevenção de conflitos internos, ao afastar políticas de exclusão; a democracia como chave para a paz entre os Estados; e a democracia como factor de realização de direitos emergentes na sociedade internacional (como acontece com a proteção do ambiente, a defesa dos direitos dos indígenas ou a luta contra a corrupção), sujeitos regimes supõem “uma importante participação popular na formulação de estratégias para implementar as obrigações do Estado” (GREGORY H. FOX / BRAD R. ROTH, Introduction: the spread of liberal democracy and its implications for international Law, in Democratic Governance and International Law, Cambridge: Cambridge University Press, 2000 apud PEREIRA, Maria de Assunção do Vale. A intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo. Coimbra, 2009.

⁶ Corroborando tal afirmação, basta lembrar os debates que antecederam a aprovação da Resolução intitulada “Promoção do Direito à Democracia” na Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas em 1999. Muitos Estados reagiram contrariamente à invocação de um direito à Democracia quando este modelo for necessariamente o representativo. O que levou o representante da Índia a afirmar que não havia um modelo único de Democracia e que este era uma forma de governo que decorria da vontade do povo, não podendo por isso ser imposta, especialmente pelo exterior. O representante do Paquistão sustentou que o governo democrático deve “antes do mais e principalmente tomar em consideração as tradições e cultura de um país”, devendo ter-se presentes “os particularismos nacionais e regionais”, assim como os vários “antecedentes históricos, culturais e religiosos”. E nesse sentido, em fevereiro de 2001, a Assembléia Geral adotou a resolução 2000/47 em que declarou reconhecer e respeitar a riqueza e diversidade da comunidade de democracias do mundo e que não há um modelo universal único de Democracia. (LOPES, José Alberto de Azeredo. Entre solidão e intervencionismo: Direito de Autodeterminação dos povos e reações de estados terceiros. Porto, 2003).

para as suas respostas. Para tanto, analisaremos brevemente, num primeiro momento, o caso Nicarágua v. Estados Unidos e a Intervenção dos Estados Unidos no Panamá. A escolha destes casos se justifica por demonstrar o pensamento vigente à época no seio das Nações Unidas de que o regime político seguido por um país é assunto que importa ao Direito interno do mesmo, não cabendo qualquer ingerência por parte da Comunidade Internacional nestes assuntos.

Depois, analisaremos a Intervenção no Haiti, a qual abordaremos de forma mais detalhada por se tratar de um intervenção lícita, uma vez que autorizada pela ONU, com o objetivo de restaurar a Democracia no país, demonstrando uma mudança de postura quanto ao pensamento de que o regime político de um país não interessa ao Direito Internacional Público.

Por fim, analisaremos a Intervenção dos Estados Unidos no Iraque, em que assim como os demais casos descritos, o pretexto democrático foi utilizado como justificativa.

Alertamos, porém, que em todos os casos dos quais trata esta pesquisa, houve outras justificativas para além da defesa da Democracia, contudo, é sobre a alegação da defesa deste Direito que voltaremos nossa atenção em especial.

2. BREVE ANÁLISE DO CASO NICARÁGUA V. ESTADOS UNIDOS

O caso Nicarágua v. Estados Unidos foi o primeiro caso em que o Tribunal Internacional de Justiça se pronunciou de forma direta acerca da Proibição do recurso à força nas relações internacionais.

Em síntese, o caso versava sobre o apoio prestado pelos Estados Unidos à oposição armada contra o governo Sandinista nicaraguense, um governo que teve sua origem numa revolução popular e que contava com o apoio de Cuba e da antiga URSS. O caso ocorreu sob o contexto da Guerra Fria⁷.

Os Estados Unidos eram acusados de apoiar as atividades militares e paramilitares que objetivavam por termo ao Governo Sandinista através dos UCLAs (Unilaterally Controlled Latin Assets), um grupo *"integrado por militares dos Estados Unidos, bem como nacionais de países latino-americanos não identificados, pagos pelos Estados Unidos e que atuavam sob instruções diretas do pessoal militar ou dos serviços de informações*

⁷ Para uma análise mais detalhada do caso ver PEREIRA, Maria de Assunção do Vale. A intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo. Coimbra, 2009

*deste país*⁸. Suas atividades incluíam a minagem de portos, ataques a oleodutos, a instalações petrolíferas e bases navais.

Além do apoio aos UCLAs, também era imputados aos Estados Unidos o incentivo aos “Contras”, *“termo usado para designar os que lutam contra o actual Governo (sandinista) nicaraguenho, que os americanos combatiam, por entenderem que promovia activamente a revolução sem fronteiras em toda a América Central (zona estratégica para a defesa dos Estados Unidos)”*⁹.

A defesa dos Estados Unidos era baseada na alegação de legítima defesa coletiva em resposta aos ataques armados sofridos por El Salvador, Honduras e Costa Rica, imputados a Nicarágua¹⁰.

Por ocasião da decisão do TIJ (Tribunal Internacional de Justiça), os Estados Unidos haviam abandonado o processo, dentre outros argumentos, em virtude da incompetência do Tribunal para tratar da matéria. Alegavam que a Nicarágua imputava aos Estados Unidos atos que constituíam ingerência em assuntos internos e ameaça à paz, sendo, portanto, matéria afeta ao Conselho de Segurança da ONU. Tal argumento deixava os Estados Unidos numa posição muito confortável, tendo em vista que no Conselho de Segurança sempre poderia recorrer ao seu poder de veto^{11 12}.

O TIJ reafirmou o Princípio da não-intervenção esclarecendo que *“envolve o direito de todo o Estado conduzir seus assuntos sem ingerência*

⁸ CIJ Recueil, 1986, p. 45, par. 75 apud PEREIRA, Maria de Assunção do Vale. A intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo. Coimbra, 2009.

⁹ CIJ Recueil, 1986, p.44, par. 73 apud PEREIRA, Maria de Assunção do Vale. A intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo. Coimbra, 2009.

¹⁰ Quanto à legítima defesa, o Tribunal entendeu que embora tenha ficado comprovado a existência de apoio à oposição naqueles países por parte de Nicarágua, não caracterizou esse apoio como ataque armado que justificaria o exercício da legítima defesa.

¹¹ “Aliás, a Nicarágua tinha apresentado ao CS uma proposta de resolução, em 1982, em que apelava ao fim do apoio aos contras e ao respeito pelos princípios da não agressão e da não intervenção, proposta esta que foi vetada pelos Estados Unidos; e uma outra, em 1984, em que pedia a esse órgão que condenasse a minagem dos principais portos da Nicarágua e apelasse ao fim desses comportamentos. Esta última conseguiu treze votos favoráveis – em que se incluíam alguns dos aliados tradicionais dos Estados Unidos – e até a abstenção do Reino Unido, não tendo sido aprovada em virtude do veto norte-americano”. (T. D. GILL, *Litigation Strategy in the Nicaragua Case at the International Court in International Law at a Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, cit., pp. 207-208 apud PEREIRA, Maria de Assunção do Vale. A intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo. Coimbra, 2009).

¹² Esse argumento foi rechaçado de forma unânime pelo Tribunal sob a justificativa de que o TIJ possui funções estritamente judiciais enquanto o CS, políticas; nada obstante que ambos os órgãos possam exercer suas funções no mesmo caso.

externa”¹³, e acrescentou que “este princípio proíbe a todo o Estado ou grupo de Estados de intervir directa ou indirectamente nos assuntos internos de um outro. A intervenção proibida deve, portanto, incidir sobre matérias sobre as quais o princípio da soberania dos Estados permite a cada um decidir livremente. É assim com a escolha do sistema político, econômico, social e cultural e a formulação das relações externas. A intervenção é ilícita quando a propósito dessas escolhas, que devem permanecer livres, utiliza meios de coação”¹⁴.

O Tribunal, concluiu, ainda, que não há no Direito internacional qualquer direito que possibilite uma intervenção coativa em favor de oposição existente em um Estado e que esses atos constituem violação do princípio da não-intervenção¹⁵.

No caso *Nicarágua v. Estados Unidos*, o TIJ teve a possibilidade de se manifestar a respeito de princípios basilares do Direito Internacional, permitindo-nos concluir que ainda é um Direito baseado na Soberania estatal, proibindo qualquer ingerência em assuntos internos e, principalmente, na liberdade de escolha de um regime político, mesmo que sob o rótulo de um regime ditatorial. A adesão a uma ideologia particular não permite que um Estado contrário a ela preste auxílio à oposição política de um Estado. Não existe no Direito Internacional qualquer direito de intervenção em um Estado para além do permitido nas Cartas das Nações Unidas, quicá a oposição política ou a não adesão a uma ideologia particular, pelo que tais atos constituem violação ao Princípio da proibição do uso da força.

Portanto, neste contexto, podemos afirmar que o regime político de um Estado é matéria afeta a sua Soberania interna e, nesse sentido, indiferente para o Direito Internacional Público.

3. BREVE ANÁLISE DA INTERVENÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS NO PANAMÁ

A intervenção dos Estados Unidos no Panamá ocorreu em dezembro de 1989 e, dentre outras justificativas¹⁶, visava o restabelecimento da

¹³ CIJ Recueil, 1986, p. 106, par. 202 apud PEREIRA, Maria de Assunção do Vale. *A intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo*. Coimbra, 2009.

¹⁴ CIJ Recueil, 1986, p. 108, par. 205 apud PEREIRA, Maria de Assunção do Vale. *A intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo*. Coimbra, 2009.

¹⁵ CIJ Recueil, 1986, p. 109-110, par. 209 apud PEREIRA, Maria de Assunção do Vale. *A intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo*. Coimbra, 2009.

¹⁶ Além da motivação de restabelecer um regime democrático, foi alegada legítima defesa, que a intervenção

democracia no país¹⁷. O poder de fato no Panamá era exercido pelo General Noriega. Sua ascensão política ocorreu durante o mandato do General Torrijos (1968-1981), aliado dos Estados Unidos. Com a sua morte, Noriega torna-se o homem forte do regime de forma que os presidentes subsequentes são meros fantoches. O Governo e o parlamento são controlados pelo Ditador.

No início do exercício do seu poder de fato, Noriega era um forte aliado dos Estados Unidos, mas na segunda metade da década de 80 as relações com esse Estado tornam-se pouco amistosas, sobretudo por causa do Canal do Panamá. O Canal do Panamá liga o oceano Atlântico ao oceano Pacífico, zona estratégica para os interesses comerciais norte-americanos que esteve sob a administração dos Estados Unidos até 1999. Em todo histórico da intervenção americana no Panamá esse aspecto foi decisivo.

Acrescente-se, ainda, que para contribuir com o colapso das relações entre esses Estados, Noriega foi acusado por dois tribunais americanos de tráfico de drogas para os Estados Unidos.

Em maio de 1989, Endora, candidato opositor do regime então vigente e apoiado pelos Estados Unidos, vence as eleições no Panamá. Noriega cancela todo o processo eleitoral sob a justificativa de não se tratar de uma eleição justa, tendo em vista o apoio dos Estados Unidos à oposição e o fato deste Estado ter decretado sanções econômicas contra o país, cujo termo somente se daria com o afastamento do Partido Revolucionário Democrático do Poder.

Em outubro de 1989, houve uma tentativa de Golpe de Estado, apoiada pelos Estados Unidos, sem êxito.

Em dezembro de 1989, os Estados Unidos tomam a decisão de invadir o Panamá, dando início à operação *Just Cause*¹⁸.

foi feita para proteção de nacionais em perigo, o combate ao Tráfico de Entorpecentes, a detenção de Noriega e defesa da integridade do Tratado relativo ao Canal do Panamá. Tantas justificações somente vêm confirmar a ausência de um motivo legítimo a luz do Direito Internacional Público.

¹⁷ Nas palavras do então Presidente dos Estados Unidos, Ronald Reagan, de 11 de março de 1988: “a nossa política relativamente à situação no Panamá é clara: apoiamos fortemente uma rápida restauração da democracia e a retoma, pelas Forças de Defesa Panamianas, de um papel consistente com a democracia constitucional. (...) Até que um governo democrático seja restaurado no Panamá, os Estados Unidos não podem ter relações de normalidade com o regime (...)”. (PEREIRA, Maria de Assunção do Vale. A intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo. Coimbra, 2009, p. 523)

¹⁸ Para um exame mais detalhado da intervenção americana no Panamá ver PEREIRA, Maria de Assunção do Vale. A intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo. Coimbra, 2009 e LOPES, José Alberto de Azeredo. Entre solidão e intervencionismo: Direito de Autodeterminação dos povos e reacções de estados terceiros. Porto, 2003.

Mediante todo o exposto, estamos perante uma intervenção de carácter unilateral, que implicou o uso da força e realizada à margem da Carta das Nações Unidas. Foi nesse sentido que a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou a Resolução AG 44/240, de 29 de dezembro de 1989, sedimentando a desaprovação generalizada pela Comunidade Internacional da intervenção no Panamá. Donde se extrai que este órgão *“deplora vivamente a intervenção das forças armadas dos Estados Unidos no Panamá, que constitui uma violação flagrante do direito internacional e da independência, da Soberania e da integridade territorial dos Estados” e “exige a cessação imediata da intervenção e a retirada, do Panamá, das forças armadas de intervenção dos Estados Unidos”, bem como o cumprimento integral dos acordos Torrijos-Carter*^{19 20}.

Também no Conselho de Segurança houve tentativa de aprovação de uma resolução condenatória da invasão, mas que, obviamente, deparou-se com o veto americano.

Portanto, a reação internacional à intervenção foi negativa. A atuação americana foi considerada violadora aos Princípios previstos na Carta das Nações Unidas, principalmente da Proibição ao recurso a força. Na realidade, a ação movida pelos Estados Unidos no Panamá integra a noção de ato de agressão, prevista na Resolução 3314, de 14 de Dezembro de 1974, que dispõe se tratar de ato de agressão a *“invasão (...) do território de um Estado pelas forças armadas de outro Estado”* e que *“nenhuma consideração, independentemente da sua natureza, política, econômica, militar ou outra, pode justificar uma ato de agressão”*.

Dessa forma, podemos concluir, nesse contexto, que não é permitido, sob pretexto de restabelecer regimes democráticos, a intervenção no território de um Estado, constituindo ato de agressão e violador da Soberania Estatal.

4. BREVE ANÁLISE DA INTERVENÇÃO NO HAITI

A intervenção no Haiti foi o primeiro caso em que foi autorizado pelo Conselho de Segurança o uso da força para derrubar um regime e instaurar outro, democrático. E também foi a primeira vez que os Estados Unidos procuraram as Nações Unidas para usar a força na América, ao contrário do que aconteceu em Nicarágua, Granada e Panamá.

¹⁹ Pars. 1, 2 e 3 do dispositivo da resolução AG 44/240, de 29 de Dezembro de 1989 apud PEREIRA, Maria de Assunção do Vale. *A intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo*. Coimbra, 2009.

²⁰ O Tratado Torrijos-Carter visa à cessão gradual do controle do Canal do Panamá por parte dos Estados Unidos para os panamenhos.

Desde 1957, o Haiti viveu sob um regime ditatorial. Primeiro através da presidência de Duvalier e após a sua morte, o regime foi sucedido pelo seu filho Jean- Claude, conhecido como "*Baby Doc*". Esse período foi marcado, principalmente, por constantes violações de direitos humanos por parte da milícia designada *Volunteers for National Security*, mais conhecida como *tonton macoutes*.

Os Estados Unidos apoiavam o governo ditatorial como forma de impedir que se instaurasse um governo comunista, no entanto, mediante os excessos do regime e a pressão internacional, diminui a ajuda norte-americana ao Haiti, o que favoreceu o afastamento de Jean-Claude em 1986 e o início de uma democratização.

Em dezembro de 1990, sob a supervisão da ONU e da OEA, são realizadas eleições, cujo vencedor foi Jean-Bertrand Aristide, um padre católico. Após ser empossado, em 07 de fevereiro de 1991, o presidente depara-se com grande resistência por parte dos que apoiavam o regime anterior.

Em setembro de 1991, Aristide é afastado do Poder por um golpe militar, tendo assumido o Comandante-Chefe do Exército, Raoul Cédras. A Organização dos Estados Americanos se manifestou prontamente através de uma resolução condenando o regime instaurado, exigindo o retorno do presidente legitimamente eleito e recomendando um embargo econômico ao Haiti. No Conselho de Segurança da ONU não foi aprovado de imediato qualquer resolução, pois a China e a Índia consideraram significar envolvimento em áreas tradicionalmente de domínio reservado dos Estados. Portanto, do Conselho de Segurança somente resultou um documento condenando o golpe militar e apelando para o regresso do presidente eleito.

Já na Assembléia Geral, foi aprovada a resolução 46/7, de 11 de outubro de 1991, condenando a "*tentativa de substituir ilegalmente o Presidente constitucional do Haiti*" e exigindo a "*imediate restauração do governo legítimo do Presidente Jean-Bertrand Aristide*".

Em reação ao regime estabelecido, grande parte da população refugiou-se nos países vizinhos, principalmente nos Estados Unidos.

Tendo em vista a recusa de reintegração de Aristide e a grande quantidade de pessoas que procuravam refúgio em outros países, principalmente nos Estados Unidos, o Conselho de Segurança da ONU,

finalmente, aprovou a resolução 841 de junho de 1993 que chamava a atenção para “*crises humanitárias, incluindo a deslocação maciça de populações, que constituem ameaças à paz e segurança internacionais e agravam as ameaças existentes*” e determinava um embargo comercial de petróleo e armas ao Haiti, bem como o congelamento de todos os bens pertencentes ao governo ou às autoridades de fato.

Mediante os embargos, a junta militar no poder firmou acordos com o Presidente eleito (Aristide) visando uma transição pacífica para o estado democrático. Contudo, à medida que se aproximava a data para o regresso de Aristide, os representantes do governo do presidente eleito sofriam ataques por parte do poder estabelecido de fato.

Esse fato, aliado à situação dos refugiados que procuravam a costa dos Estados Unidos e à grave violação dos direitos do homem no território haitiano, denunciado por diversas ONGs, levam à aprovação pelo Conselho de Segurança da ONU da resolução 940 (1994) de 31 de julho de 1994 que autoriza o uso de “*todos os meios necessários*” para pôr fim ao governo instaurado e afirmando que a natureza “*única, complexa e extraordinária*” autoriza uma reação excepcional.

No início de setembro, o então presidente norte-americano, Bill Clinton comunica em discurso que a intervenção será efetivada em breve. Contudo o ex-presidente Jimmy Carter consegue um acordo garantindo o regresso de Aristide e evitando uma ocupação violenta. No dia 19 de setembro tem início a Operação Restaurar a Democracia (*Operation Restore Democracy*) com o envio de 15.000 tropas dos EUA ao Haiti ²¹.

O caso em tela se trata de uma força multinacional, uma vez que autorizada pelo Conselho de Segurança, conferindo licitude ao uso da força. Em que pese a designação de força multinacional, não podemos ignorar o papel de liderança dos Estados Unidos e toda sua disponibilidade em integrar uma força americana para realizar a intervenção, vide o número de tropas enviadas, permitindo afirmar em termos práticos que a intervenção foi mais americana que multinacional.

A resolução 940 do Conselho de Segurança traz-nos motivações até então inéditas, ou seja, a restauração da Democracia, rompendo com o

²¹ Para um análise mais detalhada da intervenção no Haiti ver OTERO, Paulo. *A democracia Totalitária: Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária. A influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI*. Cascais: PRINCIPIA, Publicações Universitárias e Científicas, 2001 e PEREIRA, Maria de Assunção do Vale. *A intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo*. Coimbra, 2009.

entendimento até então sedimentado de que a escolha do regime político se insere no âmbito do domínio reservado dos Estados.

A reação internacional foi majoritariamente positiva, à exceção da quase totalidade dos países americanos e da China que sustentavam, em síntese, que a defesa da Democracia deve estar de acordo com os Princípios que regem as relações internacionais e a Proibição do recurso à força.

Ao romper com o pensamento até então vigente, a resolução 940 do Conselho de Segurança exige uma criteriosa avaliação no sentido de saber se permite ser considerada como um precedente para outras intervenções com o mesmo objetivo.

Nesse ponto a doutrina é quase unânime em negar que a resolução possa ser vista como uma licença global para intervenções externas pelo uso da força nos assuntos internos de um Estado. Não devendo ser considerada como um precedente para outros casos. Reforçam, neste sentido, que intervenção somente foi autorizada mediante a ineficácia de outras medidas e o caráter singular e excepcional das circunstâncias que a determinaram ²².

Glenon alerta que legitimar uma intervenção com motivação de restaurar um regime democrático pode dar azo a abusos. Indica que pelo menos cinquenta Estados podem ser descritos como não democráticos e permitir intervenções numa escala tão ampla levaria a verdadeiro caos em escala internacional ²³.

Outro aspecto que merece atenção neste caso diz respeito a até que ponto a imposição da Democracia por vias externas pode ser eficaz. A experiência demonstra que o processo de implementação democrática no Haiti não foi fácil. Segundo Dr.^a Maria de Assunção do Vale Pereira, *"dificilmente se pode considerar que a imposição da democracia tenha sido um sucesso. Se mesmo quanto à sua dimensão formal/representativa – convocação de eleições periódicas –, as dificuldades foram muitas, noutros aspectos, como a promoção dos direitos do homem, elas foram acrescidas, já que não foram sanados vícios intrínsecos, nomeadamente o de manter o poder a qualquer preço. (...) Este é, precisamente, um caso em que as raízes do conflito sobreviveram à intervenção e o esforço da comunidade internacional não produziu os frutos desejados, em virtude*

²² É a posição defendida por OTERO, Paulo. A democracia Totalitária: Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária. A influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI. Cascais: PRINCIPIA, Publicações Universitárias e Científicas, 2001.

²³ MICHAEL J. GLENNON, Sovereignty and Community After Haiti: Rethinking the Collective Use of Force, AJIL, vol. 89, 1995, p. 71 apud PEREIRA, Maria de Assunção do Vale. A intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo. Coimbra, 2009.

de causas endógenas que não conseguiram ou não puderam tratar” ²⁴.

Paulo Otero, no entanto, mesmo não reconhecendo um Direito Internacional que permita a intervenção da Comunidade Internacional em favor da Democracia, conclui que o moderno Direito Internacional pode servir como instrumentos de blindagem antitotalitária dos regimes democráticos ²⁵.

De todo o exposto, concluímos que embora a resolução 940 do Conselho de Segurança que autorizou a intervenção no Haiti tenha, ao trazer motivações inéditas, rompido com a posição dominante de que o regime político de um Estado é matéria afeta a sua Soberania interna, não pode ser considerada um precedente, nem legitimadora de um direito geral de recurso à força para restabelecimento da Democracia. Se há um direito internacional à Democracia em fase gestacional, esse direito não se coaduna com o uso da força. E fica ainda uma reflexão sobre como implementar a Democracia em povos que não possuem a cultura democrática. Mais de uma década depois da intervenção no Haiti, o país não conseguiu estabilidade política, levando à saída do presidente do país em fevereiro de 2004, que recebeu asilo na África do Sul, e a um novo pedido de assistência das Nações Unidas para apoiar uma transição política pacífica.

5. BREVE ANÁLISE DA INTERVENÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS NO IRAQUE

Este caso também é conhecido como Segunda Guerra do Iraque ou Segunda Guerra do Golfo. Com o término da intervenção que teve como motivo a agressão do Iraque ao Kuwait na tentativa de anexá-lo ao seu território, o Conselho de Segurança da ONU procedeu à aprovação de diversas resoluções que determinavam o esclarecimento pelo Iraque da presença e produção em seu território de armas químicas, nucleares e biológicas.

O cumprimento destas resoluções dependia em larga medida da cooperação do Iraque, que foi determinado no teor destes textos. Contudo, mesmo tendo acordado o cumprimento destas resoluções, o Iraque teve uma atitude pouco cooperante.

²⁴ PEREIRA, Maria de Assunção do Vale. A intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo. Coimbra, 2009, p. 699.

²⁵ OTERO, Paulo. A democracia Totalitária: Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária. A influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI. Cascais: PRINCIPIA, Publicações Universitárias e Científicas, 2001, p. 254.

Em 05 de agosto de 1998, o Iraque anuncia a decisão de suspender toda cooperação com a Comissão Especial das Nações Unidas e a Agência Internacional de Energia Atômica.

Em 01 de outubro de 1998, o presidente Clinton assina *The Iraq Liberation Act*, em que é definida a política dos Estados Unidos em relação ao país. Dentre seus objetivos, inclui a remoção do regime de Saddam Hussein e a promoção de um governo democrático em substituição a esse regime.

A falta de cooperação do Iraque leva à condução da operação *Desert Fox* levada a cabo pelos Estados Unidos e Reino Unido em que são realizados diversos bombardeamentos aéreos no território Iraquiano.

Em novembro de 2002, o Iraque decide cooperar com as Nações Unidas cumprindo as resoluções do Conselho de Segurança. Em 2003, são apresentados relatórios em que fica demonstrada a não existência de armas de destruição maciça, tão pouco o seu desenvolvimento por parte do Iraque.

No entanto, os Estados Unidos insistiam na tese de que o Iraque possuía armas nucleares e em março de 2003, em discurso proferido, Bush anuncia que *"o ditador do Iraque e as suas armas de destruição maciça são uma ameaça para a segurança das nações livres. Ele é um perigo para os seus vizinhos, ele é patrocinador do terrorismo. Ele é um obstáculo ao progresso no Médio Oriente. Há décadas que é o cruel opressor do povo iraquiano"*²⁶. Bush exige a saída de Saddam Hussein do Poder sob pena de ação militar imediata.

No dia 20 de março de 2003 inicia-se a intervenção no Iraque, *Operation Iraq Freedom*. O regime de Saddam Hussein foi derrubado e o Estado passou a ser administrado pelas autoridades da Coligação²⁷.

O caso em tela versa sobre intervenção unilateral realizada sem autorização do Conselho de Segurança. Embora tenha sido alegado por parte das potências interventoras que o objetivo era proteger a população iraquiana de uma ditadura que não respeitava os direitos dos seus cidadãos, é muito claro que esse não foi o motivo determinante da ação. O desiderato

²⁶ Transcript of the Azores Island Summit – 16 March 2003 (www.milparts.net/azores-summit.html) apud PEREIRA, Maria de Assunção do Vale. A intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo. Coimbra, 2009.

²⁷ Para uma análise mais detalhada do caso ver PEREIRA, Maria de Assunção do Vale. A intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo. Coimbra, 2009.

era a destituição de Saddam Hussein que possuía armas de destruição maciça, revelando grande ameaça, e que apoiava o terrorismo.

Vale ressaltar que não ficou comprovada a existência de tais armas, em que pese à insistência americana de querer convencer do contrário. Ora, se tais armas existiram por que não foram utilizadas em reação aos ataques sofridos?

Está claro que o “motivo democrático” não teve um caráter preponderante desta ação, mas mediante sua existência vale tecer alguns comentários.

Como já tratado na análise dos casos anteriores, o direito à democracia não pode ser utilizado em detrimento da Proibição do recurso à força. E embora o Governo de transição iraquiana tenha conseguido realizar eleições em janeiro de 2005, ficou longe o estabelecimento de um regime democrático. Quanto à imposição externa da Democracia, trazemos à tona o célebre pensamento do antropólogo Robert Weaver Shirley de que “*se o Estado tenta impor uma nova cultura jurídica sobre a sociedade dominada, poderá causar enorme agitação e desmoralização, pois, do ponto de vista da cultura legal do povo, a nova lei pode ser tida como injusta e errada*”²⁸.

Nas eleições iraquianas não houve uma participação em massa de toda a população, o governo eleito não contou com a representação dos *sunitas* (grupo a que pertencia Saddam Hussein), tratando de um corpo político formado em sua totalidade por *xiitas* e *curdos*. Como designar de representativo um sistema que exclui parcela de sua população? O processo eleitoral é somente uma vertente da Democracia e que muitas vezes pode se demonstrar frágil.

As graves violações de direitos humanos permaneceram, a situação evoluiu para o estabelecimento de uma guerra civil, principalmente tendo em causa a rivalidade entre os grupos étnicos *sunitas* e *xiitas*.

Houve pessoas que foram coagidas a votar e outras que não votaram por receio fundado na própria vida. A identidade de alguns candidatos não era revelada porque temiam por sua própria integridade. As pessoas votavam mais movidas por razões étnicas do que políticas.

A realização das eleições no Iraque foi anunciada como a vitória da Democracia, mas o regime instaurado ficou longe de ser democrático, o

²⁸ SHIRLEY, Robert Weaver. Antropologia Jurídica, São Paulo, Saraiva, 1987 apud BARBOSA, Marco Antonio. Autodeterminação: Direito à Diferença. São Paulo: FAPESP, 2001.

processo eleitoral não pode ser considerado livre e honesto e corpo político tão pouco representativo daquele que de fato possui o Poder: o Povo.

De acordo com Juan Luis Cebrián, *"o fracasso desta experiência de exportação da democracia para um país em que impera uma sociedade teocrática e, em grande medida, quase tribal, deixa-nos como legado funesto a consolidação do dogma da guerra preventiva, que permite ao mais forte atacar quando, onde e como quiser, à margem de qualquer legalidade. Estamos perante um incremento do pensamento militarista no Ocidente e uma reprodução da lei do mais forte"* ²⁹.

Diante de todo o exposto, mais uma vez, viemos concluir pela impossibilidade, à luz do Direito Internacional Contemporâneo, de intervenções ditas democráticas. A intervenção no Iraque demonstra que Democracia não se traduz somente em realização de eleições e que a imposição por via externa de uma cultura democrática em povos que não a detêm é um caminho que muitas vezes só vem a agravar conflitos internos já existentes.

6. A DEMOCRACIA COMO VERTENTE INTERNA DO PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS

Da análise dos casos citados na presente pesquisa, podemos concluir que o Direito à Democracia não permite, conseqüentemente, a intervenção em países, salvo situações excepcionais, com o objetivo de restabelecer ou estabelecer regimes democráticos. Logo, Direito à Democracia não significa derrogação dos Princípios da Soberania, Não ingerência em assuntos internos e Proibição do uso da força, que formam o corpo normativo do Direito Internacional Público.

Contudo, em muitos Pactos e Tratados internacionais existem previsões referentes à Democracia. Podemos afirmar que a Democracia passou a ter relevância para o Direito Internacional revelando certa mudança de postura em relação ao pensamento tradicional de que era matéria afeta ao domínio reservado dos Estados. Se existe um Direito Internacional à Democracia, qual é o seu âmbito de proteção?

Tem sido afirmado pela doutrina que o Direito à Democracia é a

²⁹ CEBRIÁN, Juan Luis. El fundamentalismo democrático. Tradução de Lígia Calapez e Sofia Vilarigues. Porto: Campo das letras, 2005, p. 103.

vertente interna do Princípio da Autodeterminação dos Povos, premissa que passaremos a analisar.

O Princípio da Autodeterminação dos Povos, *lato sensu*, pode ser definido como “a liberdade de um povo de escolha de regime político, econômico e social como também, em certas circunstâncias, para o acesso à independência ou associação a um Estado, destacando-se de outro”³⁰.

É certo que na sua origem, e ainda hoje em alguns aspectos, seu conteúdo esteve longe de encontrar uma homogeneidade. Na Europa Ocidental, o Princípio era, e ainda o é, relacionado aos conceitos de liberdade, governo representativo e soberania popular. Já na Europa Central, ao conceito de nação, grupos étnicos e identidade cultural. Na África, seu conteúdo esteve ligado, durante o período pós-colonial, ao acesso a Independência.

Hoje, podemos falar em duas vertentes do Princípio da Autodeterminação. A vertente externa, que permite o acesso dos povos à estadualidade, e a interna, que se refere à liberdade de escolha de regime político, econômico e social.

Logo, a liberdade de escolha do regime político, bem como do sistema de Governo, está inserido no Princípio da Autodeterminação dos Povos, na sua vertente interna. Nesse ponto, parte da doutrina, mormente a norte-americana, tem relacionado o seu conteúdo a um direito à *democratic governance*.

A expressão democrática da autodeterminação pressupõe que a Democracia garante a melhor representação do Povo de um Estado e viabiliza a Paz e a Segurança Internacionais. O modelo democrático ocidental baseado em eleições livres e na regra da maioria, tem cada vez mais encontrado respaldo na prática internacional, levando a afirmação por parte da doutrina de que o Princípio da Autodeterminação corresponde ao direito de cada povo ser governado democraticamente.

Antonio Cassese, ao contrário, considera que o direito à Democracia é uma norma consuetudinária *in status nascendi*. Segundo o autor, “*é verdade que a Assembléia Geral, por diversas vezes, tem insistido no reforço da efectividade do princípio de eleições periódicas e genuínas, como pressuposto para a participação dos cidadãos e para o consentimento dos governados, e que, em certos casos onde se verificou a intervenção*

³⁰ ARANGIO-RUIZ, Diritto dei popoli Allá autodeterminazione, Egiur, IV, 1988 apud LOPES, José Alberto de Azeredo. Entre solidão e intervencionismo: Direito de Autodeterminação dos povos e reacções de estados terceiros. Porto, 2003.

das Nações Unidas, através, não só da Assembléia como do Conselho de Segurança, foi estabelecida a relação direta entre o direito de autodeterminação de um povo e a realização de eleições livres. Contudo, estas afirmações categóricas deparam com uma aplicação muito menos entusiasmante, pelo que se pode perguntar se não estamos perante elementos, ou “expressões fragmentárias”, de “uma opinio juris não confirmada pela prática estadual correspondente” ³¹. Acrescenta, ainda, que as intervenções para instauração da democracia decorreram mais de razões conjunturais que da convicção de uma obrigação internacional relativamente à democracia.

No mesmo sentido, José Alberto de Azeredo Lopes explica que a prática internacional tem procurado *“a realização da autodeterminação interna através de instrumentos democráticos de representação”*, mas ainda é prematura a afirmação de que se trata de uma obrigação internacional. Para o autor, Democracia representativa não é a única forma de assegurar *“a correspondência entre a vontade popular e a vontade governativa”*. Logo, *“Autodeterminação e Democracia representativa não são termos correspondentes, ou, necessariamente, coincidentes”* ³².

Concluimos, portanto, que a vertente interna do Direito de Autodeterminação dos Povos diz respeito à gestão democrática do Poder Político, mas esse modelo não é necessariamente a Democracia Representativa. O que é cabível numa parte do globo não o é em outra parte. A gestão democrática do Poder deve levar em conta as especificidades de cada Povo³³.

Em que pese as esparsas referências à Democracia nos textos internacionais, na prática, tem sido resumida a procedimentos eleitorais da vontade da população e está longe de ser considerada uma obrigação internacional. Com A. Cassesse, afirmamos que o Direito Internacional à Democracia é uma norma consuetudinária em *status nascendi* e suas vastas referências possuem mais um conteúdo político e moral do que essencialmente jurídico³⁴.

³¹ A. CASSESSE, Self-Determination of Peoples and the Recent Break-Up of USSR and Yugoslavia in Essays in Honour of Wang Tieya, R. St. John MacDonald ed., Dordrecht et al., 1994 apud LOPES, José Alberto de Azeredo. Entre solidão e intervencionismo: Direito de Autodeterminação dos povos e reacções de estados terceiros. Porto, 2003.

³² LOPES, José Alberto de Azeredo. Entre solidão e intervencionismo: Direito de Autodeterminação dos povos e reacções de estados terceiros. Porto, 2003, p. 159 e 160.

³³ Neste sentido, a Resolução 2000/47 da Assembléia Geral que reconhece e respeita a “riqueza e diversidade da comunidade de democracias do mundo” e afirma que “não há um modelo universal único de democracia”.

³⁴ Neste sentido, a Resolução 2001/41 da Comissão de Direitos Humanos que acentua a natureza política

O Direito à Democracia, no entanto, tende a ser progressivamente cada vez mais reconhecido. E nesse sentido as organizações internacionais regionais têm tido um papel significativo ao somente permitir o ingresso de países possuidores de regimes democráticos e condenar golpes de Estado autorizando medidas reativas por Estados terceiros.

Exemplo recente da atuação de organizações internacionais regionais foi a condenação, pela Organização dos Estados Americanos, do Golpe de Estado ocorrido no dia 28 de junho de 2009, em Honduras, que afastou o presidente eleito Manuel Zelaya e ocasionou a suspensão do país do quadro da organização.

No mesmo sentido, o governo Chavista na Venezuela também sofreu repreensões. Atentos ao disposto na Carta Democrática Interamericana, tanto a Corte Interamericana quanto a Comissão procederam a diversas recomendações a respeito do Governo de Hugo Chávez na Venezuela. É sabido que a Venezuela passava por grave crise política. O presidente Hugo Chávez tinha restringido a liberdade de expressão, o direito à oposição, dentre outras liberdades fundamentais. Acrescente-se, ainda, que através de plebiscito foi admitida a possibilidade do presidente se reeleger inúmeras vezes.

Nesse diapasão, o presidente sofreu severas críticas por parte da OEA. Tanto que no dia 30 de dezembro de 2009, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos publicou uma recomendação intitulada "*Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*"³⁵, em que determinou a promoção de direitos políticos sem discriminação, o respeito ao direito de oposição e a observância da lisura no processo eleitoral.

7. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, viemos concluir pela impossibilidade de um Direito à Democracia que legitime intervenções armadas em um Estado. Intervenções com o objetivo de instaurar a Democracia num país constituem atos de agressão e violações aos Princípios da Soberania Estatal, Proibição do Recurso à força e Não-Ingêrência em assuntos de âmbito reservado dos Estados.

do princípio da promoção de regimes democráticos.

³⁵ O teor da referida recomendação encontra-se disponível no site da Comissão Interamericana de Direito Humanos, <<http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2010/20V-10sp.htm>>.

A História demonstra o completo insucesso da “*Difusão da Democracia*”³⁶, que traz na sua essência a falsa concepção de que um sistema político pode ser aplicável em qualquer lugar e que possui a capacidade de resolver conflitos internacionais da modernidade. A Democracia eleitoral, em alguns casos, agrava conflitos internos já existentes num Estado.

De acordo com o historiador Eric Hobsbawm, a Democracia requer uma unidade política no seio da qual possa ser exercitada, essa unidade é o Estado conhecido como Estado-nação³⁷. Contudo, não podemos olvidar que outros Estados existem que fogem a essa caracterização. Existem Estados que possuem diversidade étnica, os que são teocráticos. Quanto a estes, a Democracia, nos moldes “ocidentais”, funciona mais como um catalisador dos conflitos existentes do que como forma de garantir a paz.

Não pretendemos convencer que regimes não democráticos são melhores que regimes democráticos, mas que o bem-estar de um Estado não depende exclusivamente da sua adesão a um regime político, por mais moralmente recomendável que seja.

A “cruzada democrática” é perigosa, realizada à margem do sistema jurídico internacional, possui uma retórica que esconde pretensões neoimperialistas e, infelizmente, revela soberba por parte dos países “ocidentais” em pretender impor sua cultura em outros lugares do planeta.

Defendemos que a Democracia, para o Direito Internacional Público, é mais uma diretriz política do que uma obrigação internacional. E que sua definição deve ser ampla o suficiente para abarcar as diversidades culturais existentes na Comunidade Internacional.

8. BIBLIOGRAFIA

Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Disponível em <http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2010/20V-10sp.htm>. Acesso em 22 de março de 2010.

BARBOSA, Marco Antonio. Autodeterminação: Direito à Diferença. São Paulo: FAPESP, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Almedina, 7 ed., 2010.

³⁶ A expressão é do historiador HOBBSAWM, Eric, *Globalisation, Democracy and Terrorism*. (Tradução de Miguel Romeira). Lisboa, 2008, p. 108.

³⁷ HOBBSAWM, Eric, *Globalisation, Democracy and Terrorism*. (Tradução de Miguel Romeira). Lisboa, 2008, p. 93.

- DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. Droit International Public. (Tradução de Vítor Marques Coelho). Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- CEBRIÁN, Juan Luis. El fundamentalismo democrático. (Tradução de Lúcia Calapez e Sofia Vilarigues). Porto: Campo das letras, 2005.
- HOBBSAWM, Eric. Globalisation, Democracy and Terrorism. (Tradução de Miguel Romeira). Lisboa, 2008.
- LOPES, José Alberto de Azeredo. Entre solidão e intervencionismo: Direito de Autodeterminação dos povos e reacções de estados terceiros. Porto, 2003.
- MESURE, Sylvie; RENAUT, Alain. Alter ego. (Tradução de José Luís Godinho). Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
- OTERO, Paulo. A democracia Totalitária: Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária. A influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI. Cascais: PRINCÍPIA, Publicações Universitárias e Científicas, 2001.
- PEREIRA, Maria de Assunção do Vale. A intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo. Coimbra, 2009.
- RAIMUNDO, Isabel. Imperativo Humanitário e Não-Ingêrência: Os novos desafios do Direito Internacional. Lisboa: Edições Cosmos, Instituto da Defesa Nacional, 1999.

Impressão e acabamento:
CPGRAF/SED
TRF 2ª Região

