



UNIUBE
Universidade de Uberaba



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DE MINAS GERAIS**

REVISTA JURÍDICA
UNIJUS

ISSN 1518-8280

R. Jur. UNIJUS	Uberaba-MG	V.9	n. 11	Nov. 2006	p. 1-256
----------------	------------	-----	-------	-----------	----------



UNIJUS

Universidade de Uberaba

Reitor

Prof. Marcelo Palmério

Vice-Reitora

Profa. Elsie Barbosa

Pró-Reitor de Ensino Superior

Profa. Inara Barbosa Pena Elias

Pró-Reitor de Pesquisa,
Pós-Graduação e Extensão

Prof. José Bento Alves

Diretor do Curso de Direito

Prof. Pérsio Henrique Barroso

Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba

Coordenadora: Sandra Maria da Silva – Promotora de Justiça

REVISTA JURÍDICA UNIJUS

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

Editoração e publicação pela UNIUBE.

Periodicidade semestral.

Os trabalhos apresentados exprimem conceitos da responsabilidade dos seus autores, coincidentes ou não com os pontos de vista da coordenação da Revista.

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Catálogo elaborado pelo Setor de Referência da Biblioteca Central da UNIUBE

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

v.

Semestral.

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

ISSN 1518-8280

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

CDD: 340

Conselho Editorial

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

Coordenador Editorial

Jurandir Sebastião

Os trabalhos podem ser enviados para:

Universidade de Uberaba – UNIUBE

Curso de Direito

Prof. Jurandir Sebastião - Coordenador Editorial da Revista

Av. Nenê Sabino, 1801 – Bairro Universitário

CEP 38.055-500 – Uberaba-MG

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

E-mail: malthus@terra.com.br

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

Coordenadora: Dra. Sandra Maria da Silva

Rua Segismundo Mendes, n.º 175 - Centro

CEP 38.010-140 – Uberaba-MG

Telefone (0xx34) 3313.6423 - Fax (0xx34) 3333.8996

E-mail: sandras@netsite.com.br

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



SUMÁRIO

EDITORIALp. 7

ARTIGOS:

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICO/
HOSPITALAR E O ÔNUS DA PROVA

Jurandir Sebastiãop. 13

RÁDIOS COMUNITÁRIAS: DIREITO
FUNDAMENTAL À INFORMAÇÃO E
COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL

Paulo Fernando Silveirap. 51

A PROTEÇÃO DA VIDA PRIVADA, DA INTIMIDADE
E DO SEGREDO NO DIREITO BRASILEIRO
E COMPARADO

Hidemberg Alves da Frotap. 79

ICMS ECOLÓGICO: INSTRUMENTO ECONÔMICO
PARA A GESTÃO AMBIENTAL

Mariana Oliveira Pintop. 109

AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS Nº 41/03 E
Nº 19/98 E A FIXAÇÃO DE SUBTETO DOS
SERVIDORES PÚBLICOS – HERMENÊUTICA
CONSTITUCIONAL

Roberto de Abreu e Silvap. 129

A ARBITRAGEM NOS TRIBUNAIS ESTATAIS –
10 ANOS DE JURISPRUDÊNCIA

Fernando da Fonseca Gajardonip. 143

AS FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE
CONFLITO E O ENSINO DO DIREITO

Antônio Hélio Silvap. 155

A FUNÇÃO SOCIAL DA LINGUAGEM JURÍDICA
ATRAVÉS DOS TEMPOS

Gustavo Félix Grizzutip. 163



UNIJUS

SUMÁRIO

POLÍTICA ECONÔMICA, PLANEJAMENTO E
DECISÃO FINANCEIRA: PARÂMETROS PARA
O DESENVOLVIMENTO PÚBLICO E PARA
O INVESTIMENTO PRIVADO

Andréa Queiroz Fabri.....p. 175

DIREITO POSTO E PRESUPOSTO NA FORMAÇÃO
DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Renato Franco de Almeidap. 183

É POSSÍVEL A RECUPERAÇÃO DO PRESO?

Marcos Francisco Pereira.....p. 189

RELAÇÃO HOMOAFETIVA E A REGRA DE
INELEGIBILIDADE DE CÔNJUGE

Marli Martins de Assisp. 203

DA AÇÃO PENAL

Cláudio Réche Iennacop. 217

A NOVA DISCIPLINA DO RECURSO DE AGRAVO

Luiz Henrique Borges Varella.....p. 225

O EXCESSO DE FORMALISMO PROCESSUAL E
SEUS REFLEXOS NEGATIVOS NA PRESTAÇÃO
DA TUTELA JURISDICIONAL

Leone Trida Senep. 241



Mais uma edição da Revista Jurídica UNIJUS, editada pela Universidade de Uberaba – UNIUBE – em parceria, para produção intelectual, com o Ministério Público de Minas Gerais, via Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba, vem a lume. Desta feita, é a 11^a.

A UNIJUS, revista jurídica construída como extensão do Curso de Direito, tem dupla finalidade. Distintas, mas indissociavelmente interligadas: a de *informar*, como método dedutivo; e a de *divulgar*, como método indutivo. A primeira, mediante leitura de temas jurídicos variados, constitui-se em *forma* de instrução, em *aperfeiçoamento* técnico e em *fonte* de referências. A segunda se insere na área do Direito como espaço gráfico aberto à divulgação dos trabalhos técnicos/profissionais elaborados pelos graduandos, pelos graduados, pelos pós-graduados, pelos professores e pelos operadores do Direito em geral, diante da constatação de que trabalhos dessa natureza, não obstante a correção, o fundamento, o avanço e a oportunidade da idéia ou da crítica, na ordem prática, não ensejam publicação isolada como livro ou opúsculo, quer pelo óbice do custo, quando próprio, quer pela ausência de retorno comercial às empresas de editoração. Mas, diante do efetivo mérito dessas produções intelectuais individuais, não podem elas ficar ocultas, nem relegadas ao ostracismo. Essa finalidade de *divulgação* não é secundária. É tão importante quanto a primeira – de *informação*. Daí a razão pela qual o Reitor da Universidade de Uberaba não mede esforços para a manutenção da publicação periódica.

Os trabalhos acadêmicos que nos são remetidos para publicação continuam sendo analisados pelos prismas da *objetividade*, da *praticidade* e do aspecto de *vanguarda*. A objetividade, em relação ao assunto desenvolvido; a praticidade, como informações técnicas/doutrinárias atuais, para imediata aplicação; e o aspecto de vanguarda, como contribuição ao aprimoramento do mundo intelectual acadêmico ou profissional. O ideal é que o artigo contemple todas essas pretensões. Em não sendo possível, que atenda, ao menos, a uma delas. Daí o motivo pelo qual alguns dos trabalhos a nós remetidos, apesar da boa redação e/ou do bom nível de informação doutrinária, não puderam ser encartados nesta edição.

Sem dúvida que a redação inicial do artigo sempre poderá ser corrigida e aprimorada. Mas não a idéia, não a crítica, nem a percepção de avanço no tempo. Esses predicativos pertencem somente ao autor. E só ele deles pode dispor.

Para adiantamento ao leitor ávido, sobre o conteúdo desta 11^a edição, em resumo introdutório pode-se dizer:

a) – No artigo *RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICO/HOSPITALAR E O ÔNUS DA PROVA* –p. 13-50 –, de nossa autoria, analisamos a responsabilidade civil incidente nas relações médico/paciente, médico/hospital e hospital/paciente pelos prismas constitucional e infraconstitucional de proteção da *saúde* da pessoa humana, bem como a obrigação de *empenho* por parte do médico e, em especial, o *ônus da prova* em favor do paciente, em caso de conflito judicial. As análises, obedientes ao comando superior constitucional, partem dos conceitos de responsabilidade *subjetiva* e de responsabilidade *objetiva*, com base no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, incidentes sobre as atividades desempenhadas por médicos. e serviços prestados por estabelecimentos de saúde – os hospitais. Para melhor

utilização por parte de quem possa se interessar, em cada abordagem, há referências à doutrina e à jurisprudência aplicável, por meio de inúmeras notas de rodapé. Pode-se dizer que o artigo, no seu conjunto e pelo ângulo da ciência do Direito, é espécie de manual para discentes, docentes e para todos os profissionais da área da Saúde.

b) – No artigo *RÁDIOS COMUNITÁRIAS: DIREITO FUNDAMENTAL À INFORMAÇÃO E COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL* – p. 51-78 –, de autoria do Juiz Federal aposentado Paulo Fernando Silveira, a questão das rádios comunitárias é examinada a fundo, tanto pelo ângulo da *legalidade* de funcionamento, como pelo ângulo de *competência* legislativa municipal para autorizar esse mesmo funcionamento. O enfoque demonstra que dois, como escreve o autor, são os “*aspectos constitucionais concernentes à radiodifusão comunitária: I – O direito individual fundamental, garantido na Constituição, de acesso à informação, no seu aspecto dual de informar e de ser informado, caracterizando-se o espectro eletromagnético como bem público pertencente unicamente ao povo, atuando o governo como seu mero gestor. II – A competência do município, como ente político autônomo da federação, para legislar sobre o serviço de radiodifusão sonora, em frequência modulada, operada em baixa potência e cobertura restrita (pequeno alcance), com poder para autorizar, mediante alvará municipal, o funcionamento das rádios comunitárias*”. Além da exposição didática facilitando a compreensão do assunto, o artigo é rico em referências doutrinárias e jurisprudenciais.

c) – No artigo *A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE – DIREITO BRASILEIRO E JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRA* – p. 79-108 –, o autor Hidemberg Alves da Frota, advogado e pesquisador, demonstra que a *vida privada*, *lato sensu*, é tão ampla como é o próprio ser humano. Nela, os interesses individuais se inserem em verdadeiros círculos concêntricos, maiores ou menores, dependendo da direção do exame, abrangendo a *vida privada* em sentido estrito, assim como a *intimidade* e o *segredo*. Essa compreensão e convicção de direito a preservar é unânime em todos os povos cultos, envolvendo todos os processos de *comunicação* individual ou de massa, os interesses domésticos e *familiares*, e os interesses materiais/comerciais (fiscal, financeiro, etc.). Não obstante a vastidão do assunto abordado e a riqueza das informações coletadas, o autor, em natural modéstia, limita-se, no resumo introdutório, a dizer que “*o artigo analisa as informações sigilosas do direito à privacidade, à luz do Direito brasileiro e do Direito Comparado*”.

d) – No artigo *ICMS ECOLÓGICO: INSTRUMENTO ECONÔMICO PARA A GESTÃO AMBIENTAL*, da advogada e mestra em Políticas Públicas e Gestão Ambiental, Mariana Oliveira Pinto – p. 109-128 –, a autora discorre sobre os critérios ambientais de repartição do ICMS Ecológico e revela por que ele pode ser considerado um importante instrumento de políticas ambientais no âmbito da administração pública municipal para a promoção do desenvolvimento sustentável. A pesquisa ainda traz, a partir das experiências positivas desse instrumento no Estado de Minas Gerais, algumas recomendações para seu aperfeiçoamento e para difusão em outros estados da federação brasileira. Não se trata de imposto novo. Mas, sim, da forma de *incentivar* e de *compensar* aqueles governos municipais que se preocupam com a preservação ambiental. É estudo que caminha ao encontro do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01). De suas conclusões, extrai-se: “*O ICMS Ecológico não se trata, portanto, de um novo imposto para a sociedade. Ele consiste em uma*

redefinição dos critérios de repartição de parcela das receitas arrecadadas pelo Estado e que agora são direcionadas àqueles municípios que adotem medidas de conservação e preservação do meio ambiente. Esses novos critérios são os mais diversos e variam de Estado para Estado, segundo as diretrizes e peculiaridades regionais de cada um. Podem ser, por exemplo, medidas de criação e implantação de unidades de conservação, de delimitação de reservas indígenas ou de melhoramento do saneamento ambiental”.

e) No artigo AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS Nº 41/03 E A Nº 19/98 E A FIXAÇÃO DE SUBTETO DOS SERVIDORES PÚBLICOS – HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL – p. 129-141 –, do Professor e Desembargador Roberto de Abreu e Silva, o autor, em apurado exame da hierarquia dos princípios constitucionais, demonstra que a fixação de subteto dos vencimentos dos servidores públicos não pode ser feita por decreto e, quando feito mediante lei, não pode esta ter efeito retroativo (*ex nunc*), nem ferir direitos consolidados. Daí o acerto do resumo introdutório: “No quadro do processo de ponderação de valores, no particular confronto de emendas constitucionais com os direitos fundamentais inseridos no artigo 5º, XXXVI, elevados ao status de princípios de salvaguarda de direitos adquiridos e de irredutibilidade de vencimento, na dimensão axiológica da Constituição, triunfam estes sobre as disposições restritivas de direitos inseridas nas ECs nº/s 41/03 e 19/98 e diplomas legislativos decorrentes. Tais normas, editadas por força do Poder Constituinte Derivado, enfraquecidas no plano de valores da CRFB/88, restarão sempre vencidas na batalha no campo da Carta de Direitos e Liberdades públicas, quando colidirem com as normas de expressão valorativa maior do Poder Constituinte Originário (arts. 5º, XXXVI e 60, §4º, da CRFB/88)”.

f) - No artigo A ARBITRAGEM NOS TRIBUNAIS ESTATAIS – 10 ANOS DE JURISPRUDÊNCIA – p. 143-153 –, de Fernando da Fonseca Gajardoni, magistrado paulista, mestre e doutorando, professor de Direito Processual, o autor demonstra a imediata e correta aplicabilidade da Lei de Arbitragem, seus efeitos positivos na ordem social, de fato e assim reconhecido pelos tribunais inferiores e superiores. Como bem registra, nos casos de cláusula compromissória vazia, o judiciário, quando convocado, tem se limitado, e corretamente, a suprir essa falta, por meio de nomeação de árbitro para a solução, nunca da solução do conflito em si, como se agente interventor fosse. Daí sua objetiva e feliz conclusão: “Da análise dos principais precedentes jurisprudenciais colacionados nestes 10 (dez) primeiros anos da Lei n. 9.307/96, bem se percebe que o Judiciário tem feito sua parte em prol da consolidação da arbitragem, afastando o intervencionismo tão receado por aqueles que apostam no instituto como eficaz meio alternativo de solução das controvérsias”.

g) – No artigo AS FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO E O ENSINO DO DIREITO – p. 155-161 –, do Desembargador do TJMG, Antonio Hélio Silva, o autor, com os pés fincados no chão e com os olhos voltados para o futuro, mercê de sua conduta ordinária nesse rumo, como membro da administração superior do TJMG, demonstra quanto importante é uma nova mentalidade no ensino da Ciência do Direito, trocando-se a cultura do litígio pela da composição, como forma de solução dos conflitos sociais. Daí o acerto do arremate de seu trabalho: “Conclui-se, pois, que a conciliação deixou de ser mera letra vazia na legislação processual e passou a ser uma realidade – tanto no âmbito do processo quanto fora dele – que cada vez mais integra o cotidiano do profissional do Direito, o qual deve

estar apto a lidar tal realidade, desenvolvendo sua habilidade conciliatória, e sempre atento à sua responsabilidade social como agente de formação e transformação da sociedade, cultivador da semente do diálogo e da conciliação, na construção de uma sociedade melhor, mais justa, harmônica, pacífica e feliz”.

h) – No artigo *A FUNÇÃO SOCIAL DA LINGUAGEM JURÍDICA ATRAVÉS DOS TEMPOS* – p. 163-174 –, do advogado Gustavo Félix Grizzuti, o autor, versado e pós-graduado em língua espanhola, demonstra quão necessária é a utilização de expressões precisas, especialmente na ciência do direito, para que não haja distanciamento entre norma e destinatário. Daí por que escreve: “A educação *tem grande importância na interpretação de textos, análise do discurso, dos estudos das ideologias ou idéias políticas que influem em todos os campos do saber, principalmente na linguagem do Direito. Por exemplo: fala-se de escolas opostas, de direitos diferentes, de positivismo, de jusnaturalismo, etc., sem a devida precisão. Às vezes, fala-se da função social da propriedade e de outros direitos, a exemplo dos direitos humanos, da discriminação, etc., em sentido ambíguo. É preciso fazer uma leitura das idéias que predominam na ciência do Direito hoje, assim como dos discursos dos filósofos Kelsen, Rawls, Dworkin e Derrida, dentre outros, para ver como esta ciência está e sempre esteve influenciada, queiramos ou não, pela interdisciplinaridade, da filosofia, da ciência política, da história, da lingüística*”.

i) – No artigo *POLÍTICA ECONÔMICA, PLANEJAMENTO E DECISÃO FINANCEIRA: PARÂMETROS PARA O DESENVOLVIMENTO PÚBLICO E PARA O INVESTIMENTO PRIVADO* – p. 175-182 –, da mestra e doutoranda Andréa Queiroz Fabri, a autora analisa as garantias constitucionais relativas à Ordem Econômica e Financeira, assim como os deveres de o Governo Federal estabelecer e cumprir metas definidas prévia e claramente, para que o particular possa se posicionar nesse quadro de competição e de sobrevivência material. Com acerto, a autora acentua que o Orçamento é lei e, como tal, é de cumprimento obrigatório. Veja como diz, numa das conclusões: “*Entende-se, portanto, que os direitos fundamentais, como expressão do constitucionalismo moderno, consistem em limitação do poder de legislar do Estado. Se o plano é lei, deve observar os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, mesmo que se tenha de reservar parte do orçamento para o pagamento dos investidores. Isso se verifica num plano estruturado nos princípios da ordem econômica e financeira constitucional, e não unicamente nos parâmetros econômicos, índices e estimativas no mercado. Se estes têm sua relevância prática, devem servir como meio para a regulação do mercado, e não como um fim em si mesmo, especialmente porque ao mercado o que interessa é a relação custo-benefício e a maximização da riqueza privada. O mesmo, entretanto, não pode valer para as políticas públicas, vez que o Estado está comprometido com os fins que lhe são impostos constitucionalmente, cujo princípio regente é a economicidade, ou seja, a busca do lucro social*”.

j) – no artigo *DIREITO POSTO E PRESSUPOSTO NA FORMAÇÃO DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO* – p. 183-188 –, do Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida, o autor, no preâmbulo, analisa a natural formação cultural de cada qual das pessoas que compõe a coletividade, para, depois, afunilar o exame nos requisitos indispensáveis ao exercício da função e as imprescindíveis prerrogativas do cargo, as quais, de um lado estão atreladas aos limites legais, mas, de outro, com sustento na Constituição Federal, compreende uma dinâmica que desdobra es-

ses limites para poder acompanhar a dinâmica social. Daí o arremata em considerações objetivas, a exemplo de: *“É certo que o positivismo jurídico produziu seus efeitos em época na qual era necessário limitar o soberano, como forma de se garantir a liberdade burguesa. Atualmente, entretanto, mister reconhecer o privilégio conferido ao humano como ente social, isto é, aquele ser entronizado no grupo social que detém o poder de determinar sua história, condicionada pelos valores de seu tempo. É, em resumidas palavras, o fundamento antropológico-axiológico (CANOTILHO, 2002) do constitucionalismo democrático, notadamente da atual Constituição brasileira. Com efeito, o pós-positivismo ético – aquele que confere normatividade aos princípios contidos no direito pressuposto, mormente se previstos em textos constitucionais, cuja hierarquia suplanta a lei formal – traduz-se, parece-nos, na melhor forma de conformar as cláusulas constitucionais impositivas relativas à atuação do Ministério Público”*.

k) – No artigo *É POSSÍVEL A RECUPERAÇÃO DO PRESO?* – p. 189-202 –, de autoria de Marcos Francisco Pereira, magistrado aposentado e professor de Direito Penal, o autor, após análise da perplexidade do povo frente aos crescentes índices de criminalidade e da ineficiência do Estado para combatê-la, diante do crime organizado que emerge como verdadeiro Estado paralelo, dentro e fora das prisões, aponta a APAC (Associação de Proteção e Assistência ao Condenado) como uma das formas eficientes para o cumprimento da pena e, especialmente, para a recuperação do condenado. Assentado em humanismo pleno, e em dados estatísticos irrefutáveis, aponta o autor a simplicidade, a eficiência e o baixo custo nesse sistema de cumprimento da pena, como *“forma de combater o crime e, concomitantemente, diminuir a população carcerária. Por conseguinte, meio prático e eficiente de corroborar com o Estado no combate à criminalidade”*.

l) – No artigo *RELAÇÃO HOMOAFETIVA E A REGRA DE INELEGIBILIDADE DE CÔNJUGE* – p. 203-216 –, da psicóloga e acadêmica de Direito Marli Martins de Assis, a autora, partindo de caso fático envolvendo relação homoafetiva entre duas mulheres exercentes de cargos eletivos, desdobra a discussão ocorrida no âmbito judicial para concluir que relacionamentos similares, desde que individuais, com exclusividade e intenção duradoura, devem receber tratamento legal paritário ao de família. Daí o feliz resumo introdutório: *“O presente artigo tem por objetivo discutir, sob visão focada no Direito Constitucional, a possibilidade jurídica de os sujeitos de uma relação homoafetiva, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submeterem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Brasileira. Com base em preceitos constitucionais e em novos paradigmas jurisprudenciais procurar-se-á demonstrar a relevância das relações homoafetivas para o recebimento do mesmo tratamento jurídico-constitucional atribuído a todas as formas de união heterossexual”*.

m) – No artigo *DA AÇÃO PENAL* – p. 217-224 –, de Cláudio Réche Iennaco, advogado e professor de Direito Penal, o autor, em trabalho didático e com farta referência doutrinária, interdisciplinar, de Direito Penal e de Direito Processual Penal, conceitua as espécies de ações penais privadas e públicas, com seus respectivos requisitos, registrando a crítica doutrinária a respeito de o *código penal* agasalhar, indevidamente, normas *processuais*. O autor analisa e desenvolve, sobremodo, os temas pertinentes às *condições da ação penal, o interesse de*

agir, a possibilidade jurídica do pedido, a justa causa e as condições de procedibilidade da ação penal pública, tudo com vistas ao devido processo legal. Seu resumo introdutório é adequado ao trabalho proposto: “Propõe-se, o presente artigo, a uma síntese objetiva do instituto ação penal, e sua abordagem à luz do Direito Penal e Direito Processual Penal, incluindo suas subdivisões e respectivas características, sem olvidar das condições de existência e procedibilidade”.

n) – No artigo *A NOVA DISCIPLINA DO RECURSO DE AGRAVO* – p. 225-240 –, do bacharel e assessor judicial Luiz Henrique Borges Varela, o autor, aplaudindo, com reserva, as modificações introduzidas pela Lei nº 11.187/2005, analisa as modificações ocorridas no uso do recurso de *agravo* no processo civil brasileiro. O objetivo do estudo é orientar a utilização desse recurso, como e quando cabível. Os aspectos polêmicos são examinados e com sugestões para o aprimoramento, sem deixar de registrar a ocorrência de condutas processuais deploráveis, em nítido espírito de emulação. Daí sua prudente observação: “*Importante ressaltar que o recurso, como causa de atraso e retardamento do processo, não é responsável pela lentidão do Judiciário. O uso indiscriminado deste, em expedientes protelatórios, é que prejudica o brilho do instituto. Entendemos, pois, equivocada a interpretação de que o sistema recursal é responsável pela morosidade judiciária. Utilizados com parcimônia e ponderação, os recursos atendem somente à sua função precípua: autêntico controle da atividade jurisdicional*”.

o) – No artigo *O EXCESSO DE FORMA PROCESSUAL E SEUS REFLEXOS NEGATIVOS PARA A PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL* – p. 241-254 –, do advogado, mestre e professor universitário Leone Trida Sene, o autor desenvolve comentários sobre os males que o apego injustificável à *forma* pode causar ao jurisdicionado. Acentua o autor que a *forma* é meio de garantia do devido processo legal, mas o destinatário – o jurisdicionado – não pode ser prejudicado em sua postulação quando eventual descumprimento ou desprezo à forma não trouxer prejuízo à parte contrária, nem à segurança do julgamento. A seu ver, o julgador não pode desviar os olhos da finalidade do processo: servir de instrumento, de meio de prestação jurisdicional. Nunca, um fim em si mesmo. Seu arremate veemente é justo: “*Obviamente que as formas procedimentais previstas nas leis processuais têm por destino o bom, o rápido e o seguro desenvolvimento do processo, garantindo-se às partes litigantes a ampla defesa e o contraditório, ao mesmo tempo em que permite ao julgador a prolação de decisão justa, nos exatos limites dos interesses em conflito. Dessa forma, o processo estará cumprindo os princípios constitucionais, com vistas ao devido processo legal. Por essa visão é que o processo jamais deve se tornar um fim em si mesmo. O apego injustificável ao formalismo exagerado, nos casos de eventuais e irrelevantes distanciamentos da forma prevista, que em nada prejudicam os contendedores, representa apenas incapacidade de julgar, ou preguiça mental, ou meio de se livrar do processo sem exame de mérito, data venia”.*

Repetindo a conclusão dos editoriais anteriores, críticas, sejam quais forem, serão bem vindas. Se produtivas, a elas, humildemente, nos renderemos.

Uberaba, novembro de 2006.

Jurandir Sebastião
Coordenador Editorial



RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICO/HOSPITALAR E O ÔNUS DA PROVA

Jurandir Sebastião¹

Resumo:

Neste trabalho, analisa-se a responsabilidade civil decorrente das relações médico/paciente, médico/hospital e hospital/paciente, pelo prisma constitucional e infraconstitucional de proteção da *saúde* da pessoa humana, bem como a obrigação de *empenho* por parte do médico e o ônus da prova em favor do paciente, em caso de conflito judicial.

Palavras-chave: Responsabilidade civil na área de *saúde*. Relação médico/hospital. Relação hospital/paciente. Ônus da prova.

SUMÁRIO:

1. Introdução – importância individual e coletiva da *saúde* – 2. Disciplinamento Constitucional sobre o tema *saúde* – 3. Natureza jurídica da prestação de serviços médicos – 4. Ônus da prova em matéria de *saúde* – 5. Espécies e classificação dos hospitais – 6. Natureza jurídica da organização hospitalar – 7. Instalação de hospital público e privado – 8. Funcionamento e administração hospitalar – 9. Plantão médico – 10. Prontuário médico – 11. Massificação da prestação de serviços médicos e as urgências ambulatoriais – 12. Direito de o médico internar pacientes e definir terapia – 13. Relação jurídica médico-paciente-hospital – 14. Responsabilidade hospitalar geral – 15. A infecção hospitalar e a equivocada responsabilidade sem culpa – 16. Impossibilidade material de atendimento no hospital – 17. Ordem judicial para internamento e a síndrome da “Escolha de Sofia” – 18. Conclusão – 19. *Abstract* – 20. Referências.

1. INTRODUÇÃO – IMPORTÂNCIA INDIVIDUAL E COLETIVA DA SAÚDE

Em estado normal de *saúde mental*, nenhum ser humano quer morrer, ou viver com limitações ou sofrimento. Cada ser humano, individualmente considerado, deseja ser eternamente *jovem, belo e saudável*, e, no relacionamento social (porque gregário, por índole), também deseja ser *importante*, devidamente reconhecido como tal, pelos seus pares. Esse desejo decorre, naturalmente, da *vontade* psíquica. Já a fuga da morte também encontra respaldo no *impulso vital*, biológico, contínuo, de *preservação* da vida. Na esteira dessa naturalidade psíquica, todos desejam ter filhos sadios, bonitos, fortes, importantes e, também, eternos.

Na história da humanidade, o ser humano, para *sobreviver*, sempre fez o que julgou necessário, inclusive, nos casos extremos, matar o semelhante, competidor. Já para se *defender*, o homem se associou ao semelhante, criando o *viver* em comunidade. O *individualismo* é uma realidade biológica, enquanto que o *ser social*, solidário, é produto da civilização. Na evolução desta, o *convívio* social tornou-se indispensável à *sobrevivência* de cada qual, nascendo daí o *Estado*. Ao longo do tempo, o desenvolvimento e a complexidade da sociedade humana desembocaram na atual *sociedade de consumo*, globalizada, de interação despersonalizada.

¹ Magistrado aposentado. Pós-graduação em Direito Civil e Direito Ambiental. Professor de Direito Civil da Universidade de Uberaba. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Advogado.



Como abertura destas anotações, para que não se alimentem ilusões, é preciso lembrar que poucos são os seres humanos que percebem que a *natureza* não se preocupa com nenhum ser biológico, individualmente considerado. E quase todos se esquecem de que, a partir do nascimento, a luta contra a morte é uma batalha perdida. Apesar dos enormes progressos atingidos pela Medicina, a ponto de, praticamente, reconstruir o homem via enxertos, próteses, transplantes ou intervenção genética, ou, ainda, de se cogitar de clonagem do ser humano, via manipulação do gene, ela ainda é incapaz de entender e controlar um simples vírus, ou de entender a complexidade do cérebro, ou os motivos da estrutura psíquica do ser humano, a exemplo da instalação da paixão ou da construção dos sonhos (quer de sobreposição de imagens, às vezes desconexas, quer de projeção ideal no porvir). Em profundidade, não conhece a vida, nem a morte. Em rigor, a Medicina – ciência finita e limitada – é mero produto do acúmulo de erros e acertos no curso do tempo.^{2, 3, 4} É, na prática, permanente resultado *estatístico* experimental. Deu certo, prossegue-se. Deu errado, muda-se.

No século recém-findo, consolidou-se o conceito de *saúde*, pelo ângulo de *interesse público*, como sendo o bem-estar *físico, psíquico e social* de cada pessoa, examinada esta no particular e no contexto social. Nesse universo, a condição *material* em que vive o ser humano insere-se como fator essencial ao conceito de *saúde pública*. E o esforço *saúde para todos* (como quer a Constituição e a Lei de Ações e Serviços de Saúde – Lei nº 8.080/90) há de ser o resultado da integração da estrutura *material* com o da prestação de *serviços*, em situação de *acessibilidade* por parte de cada um do povo.⁵ Pelo ângulo de *interesse social*, constata-se que a *doença*, no ser humano, tem dois efeitos deletérios: o primeiro, de *contágio* (se contagiosa for), pelo risco de propagação generalizada; o segundo, de *desfalque* na interação da cadeia produtiva comum, deixando o homem (doente) de ser *contribuinte social ativo* para ser tornar um *ônus* para todos (incapacidade de auto-sobrevivência e de colaboração – trabalho). Por tudo isso, por qualquer ângulo que se analise, o interesse pela *saúde* é básico e fundamental tanto para o *ser humano*, finito e individualmente considerado, como para a *sociedade*, como um todo, com vistas à continuidade da *raça humana*.

Em arremate desta introdução, não se pode esquecer que, se a Medicina fosse capaz de afastar o inexorável processo de envelhecimento, de degeneração do corpo e, por fim, da morte do ser humano, filhos de médicos ou de donos de

² LAURA BARTON, na reportagem “*Eles nunca comeram vegetais e estão bem de saúde*” descreve família inglesa de cinco irmãos ctogênários que “jamais comeram legumes ou verduras”, contrariando, assim, o mito atual de alimentação responsável pela nutrição/longevidade. In jornal O Estado de São Paulo, 16.06.2006, p. A-14.

³ LOIS ROGERS, na reportagem “*Pouca vitamina D pode causar câncer e doenças coronárias*” acentua que a proteção excessiva contra a exposição ao sol, como medida preventiva contra câncer de pele, causa mais males do que bem. In Jornal O Estado de São Paulo, 03.01.2006, p. A-12.

⁴ RICARDO VESTIN e CRISTINA AMORIM, na reportagem “*A ciência também veio para confundir*”, descrevem 11 produtos (celular, leite de vaca, soja, água, carne vermelha, margarina, tomate, aspartame, café, ovo, e vitamina C) sobre os quais a Ciência tem interpretação contraditória a respeito de reflexos na saúde, em caso de uso intenso. In jornal O Estado de São Paulo, 13.08.06, p. A-27.

⁵ A respeito desse enfoque, CLÁUDIA FERNANDA DE OLIVEIRA PEREIRA transcreve Halfdan Mahler, citado por Hélio Pereira Dias: “A saúde para todos significa que a saúde há de ser colocada ao alcance de cada indivíduo em um país determinado: por “saúde” há de entender-se um estado pessoal de bem-estar; ou seja, não só a disponibilidade de serviços sanitários, como também um estado de saúde que permita a uma pessoa levar uma vida social e economicamente produtiva. “A saúde para todos” obriga a suprimir os obstáculos que se opõem à saúde (desnutrição, ignorância, água não potável e habitações não higiênicas), assim como resolver problemas puramente médicos, como de falta de médicos, de leitos hospitalares, de medicamentos e vacinas”. In *Direito Sanitário*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p.54.

hospitais não nasceriam com deficiências físicas ou mentais, não ficariam doentes, nem velhos, nem morreriam!

2. DISCIPLINAMENTO CONSTITUCIONAL SOBRE O TEMA SAÚDE

Pelo ângulo do Direito, quando se cuida de matéria relativa à *saúde*, o enfoque é Constitucional, voltado para a *dignidade da pessoa humana*, como se extrai da conjugação do art. 1º, III, com o art. 6º e art. 196, todos da CF/88. Este último dispositivo é incisivo: *A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*. Trata-se de direito de todos concomitantemente ao *dever* do Estado. Esse propósito há de ser cumprido por meio de *políticas sociais e econômicas* destinadas à *redução* do risco de doença e ao acesso *igualitário* às ações e serviços. Portanto, não significa que o Estado há de garantir *saúde* a todos, a qualquer custo. Mas, sim, que deve pôr em prática, efetiva e objetivamente, *políticas públicas*, em especial as *preventivas*, sociais e econômicas, destinadas a esse fim. Para esse desiderato, a Constituição Federal estabelece (art. nº 197) que as *ações* e os *serviços* de saúde estão subordinados ao Poder Público, relativamente à sua *regulamentação, fiscalização e controle*, diretamente ou através de terceiros e, também, por meio de pessoa física ou jurídica de *direito privado*. Em continuidade (art. 198), estabelece que as ações e serviços públicos de saúde *integram* uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um *sistema único de saúde* posto em prática por meio de descentralização administrativa, com vistas ao atendimento *integral* do cidadão (com prioridade para as atividades *preventivas*). Implementando esses propósitos, a Lei nº 8.080/90 (com as alterações e adições no curso do tempo) reproduz as diretrizes acima e *regula as ações e serviços de saúde em todo o território nacional*.

Ao lado dessas *políticas públicas*, a Constituição Federal (por meio do art. 199, em harmonia com o art. 1º, inciso IV; art. 5º, inciso XIII; e art. 170, *caput* e inciso IV) assegura espaço para a *iniciativa privada* participar da assistência à saúde. Não se trata, aqui, de *terceirização*. Mas, sim, de atividade *complementar* à estatal, o que importa preservar a *autonomia*.

Evidentemente que, para o acesso *igualitário* e em *sistema único de saúde* – SUS –, como quer a CF/88, a regra há de ser a *gratuidade* para o paciente. O pagamento há de ser feito pelo Estado a todos que prestarem serviços profissionais de saúde e a quem fornecer materiais e medicamentos. A exceção há de ser a *Medicina privada*, integralmente paga pelo próprio interessado. Essa distinção deságua na compreensão de que, em matéria de *saúde*, estamos sob a égide de um Estado *Tutelar*, de característica eminentemente *assistencial*, como *regra*, ao lado, concomitantemente, de um Estado *Liberal*, caracterizado pela *livre iniciativa*, como *exceção* (porque limitada no seu exercício e sujeito a ingerências Estaduais), mas de igual respaldo legal Constitucional. De qualquer forma, a atividade *privada*, na área de *saúde*, não é exercício de função *delegada* do Estado. Não é *concessão*, nem *permissão*, nem *monopólio*. Mas, sim, atividade autônoma (não obstante a liberdade vigiada). Com essa distinção, não se pode impor à atividade *privada*, nem aos profissionais que assim prestam serviços, a pretexto de proteger o administrado, o ônus que pertence ao Estado. Nem, sob pretensão de conduta *franciscana*, dar tratamento ao dinheiro público como se este fosse *res*

*nullius.*⁶

Desse modo, todo e qualquer enfoque jurídico sobre *saúde* há de ser feito com vistas aos parâmetros Constitucionais acima mencionados. Como regra, o interesse *coletivo* há de se sobrepor ao *privado*, não obstante, paradoxalmente, pelo ângulo individual, *saúde* ser objeto de imediato e exclusivo interesse de cada qual, em particular. E, ainda, em caso de conflito *individual*, o intérprete há de ter em mente a presença dos requisitos da *boa-fé objetiva*⁷ e da *função social do contrato*, tal como expresso nos artigos 421 e 422 do CC/2002.

Em resumo, como tema jurídico, o trato da *saúde* jamais se encaixa na classificação de *atividade de risco*, muito menos como estrita *relação de consumo*,^{8,9} para os fins de reparação judicial, tanto porque a relação médico/paciente caracteriza-se por permanente *continuidade*, mercê da *singularidade* de cada pessoa humana em sua existência temporal, como porque essa relação tem caráter e importância *transnacional*. Não obstante tudo isso, é irrelevante se a relação social sobre *saúde* é, ou não, relação de *consumo*. O certo é que a atividade profissional na área de *saúde* não se insere na moldura do parágrafo único do art. 927, do CC/2002, nem no *caput* dos arts. 12 e 14 do CDC,¹⁰ já que esses dispositivos, assentados no *risco*, prevêm reparação sem análise *axiológica* da conduta humana. Isso porque o trato da *saúde* envolve uma *necessidade* biológica permanente do ser humano. Nunca, oferta aleatória de fornecimento de bens ou de serviços. Por óbvio que, para atender essa necessidade *biológica*, o profissional da área de *saúde*, direta ou indiretamente, assim como o fornecedor de bens para este fim, hão de se preocupar com o destinatário – no caso, o doente. Nesse ponto, pelo aspecto de direitos *coletivos e/ou difusos*, relativamente à *saúde pública*, aplicam-se as disposições do CDC, ou seja, para manejo de Ação

⁶ Com propriedade e acerto a respeito dos fundamentos da *Responsabilidade Civil do Estado*, escreve ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO: "...a responsabilidade do Estado no direito brasileiro é uma das que mais confere direitos aos administrados que sofrem danos patrimoniais ou orais, encontrando paralelo em poucos outros países. Para alguns, esta superproteção pode ser vista como um avanço do direito brasileiro em relação ao de outros países, mas outros podem vê-la como, na verdade, um nível de preocupação não muito elevado com o erário da coletividade, como uma emanção da consciência brasileira de ver o Estado menos como uma *res publica* e mais como uma *res nullius*." RT 824, p. 73.

⁷ Escreve CLÁUDIA LIMA MARQUES, arrimada na lição de Gustavo Tepedino: "...para configurar-se a responsabilidade dos médicos e hospitais hoje, devemos determinar inicialmente quais são os deveres de boa-fé, de conduta e contratuais que foram imputados pelos direito brasileiro a estes profissionais: "os quais podem ser enquadrados em três categorias centrais: a) o dever de fornecer ampla informação quanto ao diagnóstico e ao prognóstico; b) o emprego de todas as técnicas disponíveis para a recuperação do paciente, aprovadas pela comunidade científica e legalmente permitidas; c) a tutela do melhor interesse do enfermo em favor de sua dignidade e integridade física e psíquica". In "A Responsabilidade dos Médicos e do Hospital por Falha no Dever de Informar ao Consumidor" – RT 827, p. 15.

⁸ Escrevem ANTONIO FERREIRA COUTO FILHO e ALEX PEREIRA SOUZA: "A vida e a saúde não são bens de consumo, posto que não podem ser comparadas a nenhum produto, como uma geladeira, um ventilador ou um telefone celular. Tampouco podem ser equiparadas, igualmente, a serviços, posto que para se constituir um serviço – a relação médico/paciente – mister que oferecesse ao mercado bens de consumo, o que a saúde e a vida indelevelmente não são. A toda evidência, se a vida e a saúde não são bens de consumo – não se podendo deixar de dizer que são muito mais que isto, são bens inalienáveis –, o médico, bem como os estabelecimentos de saúde, não são fornecedores nem prestadores de serviços e, por conseguinte, a relação médico/paciente não pode ser regida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sendo certo dizer, ainda, que os pacientes, por sua vez, não serão consumidores ao procurarem os profissionais da saúde para se tratar". In *Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001, p. 65.

⁹ Afirmando tratar-se de *relação de consumo*, com foco no dever de *informar*, é o trabalho de CLÁUDIA LIMA MARQUES. Artigo citado. RT 827, p.11-48.

¹⁰ Nesse sentido são as lições de RUI STOCO, depois de análise da doutrina a favor e contra: "Cabe, finalmente, obtemperar a total ausência de sentido lógico jurídico se, em uma atividade de natureza contratual em que se assegura apenas meios adequados, ficar comprovado que o médico não atuou com culpa e, ainda assim, responsabilizar o hospital por dano sofrido pelo paciente, tão-somente em razão de sua responsabilidade objetiva e apenas em razão do vínculo empregatício entre um e outro". *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.729.

Civil Pública¹¹, Ação Coletiva, Sanção Administrativa, etc. Mas em relação aos conflitos *individuais* sobre saúde, a perquirição do elemento *subjetivo* (vontade, desejo, ambição, descaso, desprezo, imperícia, etc.) na conduta individual de quem maneja atividade de natureza comercial ou de quem presta serviços com esse destino é imprescindível. Falar em responsabilidade *independentemente de culpa*, em sede de saúde, parece-nos total aberração. Em nenhuma hipótese a relação envolvendo saúde pode se assemelhar a contrato de *seguro*, no qual o simples *risco*, previsto como base em cálculo *atuarial* econômico (custo/benefício), é o fundamento. A função principal do aplicador da regra de direito, no campo da saúde, é detectar e *valorar* a conduta pessoal do prestador do serviço, mesmo que sob organização empresarial. E ao fazê-lo, há de estar atento às circunstâncias previstas no art. 944, parágrafo único, e art. 945, do CC/2002. A nota sonante há de ser a *boa-fé*.

Esse conjunto de normas abertas dará ao aplicador da lei a faculdade/dever de, diante da gravidade do caso de fato, optar entre acolher o interesse *individual* sobrepondo ao *coletivo*, ao fundamento de guarda ao princípio da *dignidade da pessoa humana*, ou acolher o interesse *coletivo* como preponderante, com vistas ao prosseguimento da *raça humana*. Quando se trata de *sobrevivência* do ser humano individualmente considerando, o interesse *privado* é soberano. Preservar a *vida* é o bem maior. Mas, em *não* se tratando de imediata *sobrevivência* individual, o interesse preponderante há de ser o *coletivo*. Exemplos: em caso de isolamento compulsório de pessoa portadora de doença infecto-contagiosa, ou de proibição de uso de substância entorpecente ou maléfica à saúde, ou de vacinação compulsória, ou de proibição de manipulação genética para “criação” de descendente “modelo” (ou sob medida), etc., o interesse *coletivo* há de se sobrepor ao individual, com vistas à *saúde pública*. Se, entretanto, nenhum risco de contaminação houver, se a saúde pública não estiver em risco, ou se o uso da tecnologia molecular reprodutiva não ferir os valores éticos da dignidade da pessoa humana, etc., a vontade *individual* deverá ser respeitada. Ao que tudo indica, o mesmo enfrentamento legal ocorrerá, em breve, em relação ao uso de *tabaco*.

3. NATUREZA JURÍDICA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS

Como sabido, a prestação de serviços profissionais *liberais* (nesta categoria encontram-se os médicos) envolve contrato de *meios*, como regra geral. O art. 14, § 4º, do CDC, estabelece que a responsabilidade pessoal desses profissionais será apurada mediante “*verificação da culpa*”. Já o art. 951, fazendo remissão aos arts. 948, 989 e 950, todos do CC/2002, estabelece que a indenização será devida quando o agente, no exercício *profissional*, causar o dano por “*negligência, imprudência ou imperícia*”. A doutrina denomina esse tipo de relação jurídica como contrato de *meios*, em oposição ao contrato de *resultado*. Para os demais *prestadores de serviços*, em caso de dano ao consumidor, estabelece o art. 14, *caput*, que a reparação será feita “*independentemente da existência de culpa*”. A doutrina denomina a primeira modalidade (*verificação de culpa*) como responsabilidade *subjetiva*. E a segunda (*independentemente da existência de culpa*), como responsabilidade *objetiva*. Esta última, ainda pela doutrina, subdivide-se em *relativa* (ou mitigada) e *absoluta*.

Diga-se logo que a distinção entre contrato de *meios* e de *resultado*, assim como entre responsabilidade *subjetiva* e responsabilidade *objetiva*, destina-

¹¹ Nesse sentido é a decisão da 2ª Câm. Civ. do TJMA. Ap 05273-2005. RT 850/313.

se, tão-somente, ao ônus da prova,¹² em caso de conflito judicial a ser dirimido em juízo. Quando se fala em contrato de *meios*, significa adoção da teoria da responsabilidade *subjetiva*, o que acarreta ao paciente (proponente da ação) o dever de levar para os autos a prova da *constituição* do seu direito e a prova do *descumprimento* da obrigação por parte do acionado. E, quando se fala em contrato de *resultado*, compete ao proponente descrever a relação contratual e o dano ocorrido, enquanto que ao acionado cabe fazer a prova de que foi impossível ter atingido o resultado contratado, por motivos justificáveis.

Em matéria de *ônus da prova*, ocorre distinção entre os critérios de *apuração de culpa* (ou culpa provada) e o de *dispensa* de apuração de culpa. Na dicção legal, esta última categoria vem grafada nos termos “*independentemente da existência de culpa*”, como ocorre no art. 12 e no art. 14, do CDC. Como já dito, a essa última categoria, a doutrina dá o nome de “responsabilidade *objetiva*”, enquanto que, para a primeira, o de “responsabilidade *subjetiva*”. Também a doutrina, assentada na exegese de casos hipotéticos e/ou fáticos, desdobra a responsabilidade *objetiva* em duas categorias: *absoluta* e *relativa*. A primeira se satisfaz apenas com o *nexo de causalidade* (como se fosse contrato de *seguro*), desprezando pesquisa da culpa, enquanto que a segunda importa *presunção* de culpa – fato que admite defesa mediante prova de absoluta *ausência* de culpa.

4. ÔNUS DA PROVA EM MATÉRIA DE SAÚDE

O exercício da Medicina envolve contrato de *meios*, subordinado à teoria da responsabilidade *subjetiva*, como matéria especialmente disciplinada pela lei. São as disposições do § 4º, do art. 14, do CDC, e art. 951 do CC/2002, já mencionadas. Essas disposições, à primeira vista, levam o leitor desavisado à conclusão de que o *ônus da prova* cabe, com exclusividade, ao autor da ação (paciente). Como exceção, por força de doutrina jurídica e de jurisprudência em evolução, cogita-se de contrato de *resultado* na especialidade de Medicina *estética*, voluntária, e na de *anestesiologia*.

Em relação às cirurgias *plásticas*, voluntárias, embelezadoras, entende-se aplicável o enfoque de contrato de *resultado* por se tratar de intervenção *desnecessária*, pelo ângulo de prevenção ou de restauração da saúde. A nosso ver,¹³ trata-se de contrato duplo: de *meios* e, concomitantemente, de *resultado*. É oportuno registrar que, nessa especialidade, o paciente *sabe o que quer*, enquanto que o médico *sabe o que pode*. Às vezes, até pode, mas não deve (quando os riscos superam o benefício). Por isso, cumpre ao médico *deixar* de atender ao paciente, quando sabe ser *impossível* ou contra-indicado realizar o seu desejo. E, se *possível* e indicado, *informar*, exhaustivamente, o percentual dos *riscos* de

¹² Com a costumeira clareza e acerto, escreve MIGUEL KFOURI NETO, alicerçado nas lições de García-Alcalá: “Questões relativas à responsabilidade contratual e extracontratual, responsabilidade objetiva e subjetiva, obrigações de meios e de resultado, em última análise, resumem-se à distribuição do ônus da prova”. *In Culpa Médica e Ônus da Prova*. Edição Revista dos Tribunais, SP 2002, p. 58 (repetido na p. 60), citando Calixto Díaz-Reganón García Alcalá (*El regimen de la prueba en la responsabilidad civil médica*. Pamplona: Aranzadi, 1996. p. 45).

¹³ Em sede de cirurgia plástica voluntária, o conceito de *necessário* ou *desnecessário* é subjetivo e produto do senso de *estética* dominante no meio social, em cada época. Enquanto algumas pessoas não se preocupam com detalhes de sua aparência física, outras, por pequenas diferenças àquelas apontadas e valorizadas nos meios de comunicação como padrão, ficam sem dormir, perdem a auto-estima, ou criam obsessão em torno do detalhe, ou entram em depressão. Para essas pessoas, pormenores da aparência de seu corpo têm mais importância do que uma doença grave. De qualquer forma, cabe ao médico, com sensibilidade e honestidade, avaliar o binômio *risco-proveito*. Por exemplo, paciente com histórico acentuado de cicatriz queloidiana, provavelmente, terá o mesmo resultado indesejável, contra indicando cirurgia *desnecessária*. *In Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética*. 3ª ed. Del Rey. Belo Horizonte, 2003, p.100-104.

complicação, para que o paciente não se surpreenda com eventual insucesso.

Se o médico sabe não ser possível atender ao desejo do paciente insatisfeito com o próprio corpo e, mesmo assim, assume o compromisso de fazer a cirurgia, estará agindo com alheamento ou com má-fé. Daí a distinção doutrinária e jurisprudencial. De qualquer modo, em caso de insatisfação do paciente, cabe ao médico dessa especialidade provar que aceitou a incumbência porque o intento era plenamente *possível, plausível e adequado*, e que, a seguir, o *empenho* técnico foi absolutamente acertado, mas que, por motivo superveniente impossível de ser afastado, ou por reações inexplicáveis do corpo humano, o resultado não foi o desejado.

Em relação à *anestesiologia*, como especialidade médica, a interpretação como contrato de *resultado* baseia-se na *discricionariedade* com que age o profissional dessa área, especialmente nas cirurgias programadas com antecedência (eletivas). Enquanto doutrina e jurisprudência caminham para atribuir natureza jurídica de contrato de *resultado* à cirurgia *plástica* voluntária, ocorre o inverso em relação à *anestesiologia*. Aqui, caminha-se para contrato de *meios*, diante de reações inexplicáveis do corpo humano. Até os testes prévios são, hoje, colocados em dúvida e contra-indicados, já que podem desencadear lenta reação alérgica, com ápice letal no momento da efetiva cirurgia.

Na ordem prática, pouco importam essas distinções. É que o Código de Ética Médica (Res. CFM nº 1.246/88), ultrapassando o simples conceito de contrato de *meios*, estabelece, nos arts. 2º, 5º, 14, 27, 57,¹⁴ dentre outros, que o médico tem o dever permanente de *empenho* objetivo, satisfatório e tecnicamente acertado, em prol do paciente. Isso importa dever de o médico *acompanhar* e pôr em prática, dentro do possível – mas por obrigação profissional –, a *evolução* da Ciência Médica.

Por essa razão, não obstante a prestação de serviços médicos ter natureza geral de contrato de *meios* – fato que, à primeira vista, torna aplicável a Teoria da Responsabilidade *Subjetiva*, de modo a atribuir ao autor o ônus da prova (art. 333, I, do CPC) –, a característica especial de contrato de *empenho* obriga todos os profissionais da área de saúde (quando réus em processos judiciais) a levar para os autos a prova do efetivo *cumprimento* da obrigação, dentro das recomendações da Ciência Médica e das possibilidades de fato, caso a caso. Não se trata de simples *inversão* do ônus da prova – matéria processual de características próprias, cujo efeito é desalojar o réu da comodidade do silêncio, no aguardo da produção de provas pelo autor. Mas, sim, trata-se do dever de o profissional da Medicina *levar* para os *autos* todos os informes disponíveis, para demonstração do efetivo cumprimento do contrato de *empenho* a que se obrigara, para convencimento do julgador. Desse modo, nos conflitos judiciais sobre *saúde*, cabe ao paciente reclamante relatar, com minudência, sua insatisfação e de como, equivocadamente (a seu ver), o médico agiu. A este cabe esclarecer como atendeu e como agiu profissionalmente, em benefício do paciente, dentro das circunstânci-

¹⁴ Código de Ética Médica: “Art. 2º – O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional. Art. 5º – O médico deve aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente. Art. 14 – O médico deve empenhar-se para melhorar as condições de saúde e os padrões dos serviços médicos e assumir sua parcela de responsabilidade em relação à saúde pública, à educação sanitária e à legislação referente à saúde. Art. 27 – Dedicar ao paciente, quando trabalhar com relação de emprego, o tempo que sua experiência e capacidade profissional recomendarem para o desempenho de sua atividade, evitando que o acúmulo de encargos ou de consultas prejudique o paciente. Art. 57 – (*É vedado*) Deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento a seu alcance em favor do paciente”.

as de fato e segundo as recomendações da Ciência Médica.¹⁵ Aplica-se, desse modo, o inciso II do art. 333 do CPC, em interpretação compreensiva, com vistas à efetividade do direito material, porque o *exato* cumprimento do *empenho* se traduz por fato *impeditivo* ou *extintivo* da pretensão do autor. A doutrina denomina essa conduta processual, em área de *saúde*, como princípio da *carga probatória dinâmica*,¹⁶ porque, na medida em que o réu leva para o processo os elementos de prova ao seu favor, transfere-se ao autor, na *dinâmica dialética* do processo, o ônus de fazer prova em contrário, para sustento do pedido inicial. Pela mesma regra, em caso de atendimento *sucessivo*, por médicos diferentes, a cada um destes cabe o dever de demonstrar como agiu profissionalmente. Pelos mesmos fundamentos, ao *hospital* cumpre levar para os autos o exato cumprimento das obrigações de *cautela*; de bem *gerenciar*; de bem *fiscalizar*; de como bem *cumpriu e cumpre* as exigências legais pertinentes; de como bem atendeu e *cuidou* do paciente, etc. Enfim, fazer prova da absoluta *ausência de culpa*.

5. ESPÉCIES E CLASSIFICAÇÃO DOS HOSPITAIS

Como se sabe, os hospitais, juridicamente, classificam-se em três categorias: *público*, *privado*, e *filantrópico*. Hospital *público* é aquele de propriedade da União, do Estado ou do Município (incluindo-se os Ambulatórios e os Postos de Saúde de igual origem). Trata-se, aqui, de prestação de serviços pelo *Estado*, diretamente. Hospital *privado* é sociedade *empresarial* ou *simples*, de prestação de serviços médicos, visando lucro. Não é *concessão* do Estado, nem *permissão* de serviço público. Hospital *filantrópico*, semelhante aos demais no funcionamento, é sociedade *civil*, de natureza privada, mas *sem* objetivo de lucro (fundações, associações de fins não econômicos, etc). Também não é *concessão* estatal, nem *permissão* de serviço público. Não significa, ainda, prestação de serviços necessariamente *gratuitos*. A tônica é: não distribuir lucro aos seus sócios ou associados.

Cada qual dessas categorias pode constituir-se em estabelecimento de nível técnico e material diferenciado, em escala sem limites. Os hospitais podem se constituir em estabelecimentos de *saúde* os mais díspares em relação ao seu tamanho físico, estrutura de hotelaria e de equipamentos técnicos, para atendimento geral em Medicina ou altamente especializado. Entretanto, desde o mais modesto estabelecimento de saúde instalado em minúscula cidade do interior ao mais completo da capital, a responsabilidade jurídica é a mesma, porque, para o paciente, pouco importam essas distinções. Também é irrelevante se a internação é paga ou gratuita. A responsabilidade civil para todos os tipos de internação ou hospitais é idêntica. Mas o rigor, na interpretação das falhas eventualmente ocorridas, há de ser maior para os estabelecimentos de saúde de grande porte e especializados, porque, nestes, o paciente internado não tem como se defender.

¹⁵ Cabe, mais uma vez, a lição de MIGUEL KFOURI NETO: "O autor [...], conquanto se reconheça a notória dificuldade para produção de prova pré-constituída, indicativa da responsabilidade médica, deve descrever com exatidão a negligência, imperícia ou imprudência do profissional, embasamento fático da pretensão à reparação do dano sofrido". Do outro lado, "Desde logo, em sua defesa, o médico deve apresentar toda a prova de que dispõe: documentos, literatura médica (se em idioma estrangeiro, com a respectiva tradução), laudos periciais, enfim, fardo material probatório – ao qual o profissional tem acesso mais fácil. Assim, em se tratando de lide temerária, o juiz poderá prontamente sopesar a consistência dos argumentos das partes e orientar o desenvolvimento ulterior do processo". Obra citada, p. 63.

¹⁶ Nesse sentido são os elementos contidos em nosso livro *responsabilidade médica civil, criminal e ética*, 3ª edição Del Rey, Belo Horizonte, MG, 2003, p. 301-305.

6. NATUREZA JURÍDICA DA ORGANIZAÇÃO HOSPITALAR

As expressões *hospital*, *estabelecimento de saúde*, *casa de saúde*, *santa casa*, *clínica médica*, *posto de saúde* ou *ambulatório* (referindo-se a locais distintos e autônomos, e desde que comportem internação de doente para tratamento) se equivalem. Para os fins destas anotações, para simplificar, aqui serão utilizadas, apenas, as expressões “*hospital*” e/ou “*hospitais*”.

Pelo ângulo do Direito, referidos empreendimentos se constituem estabelecimentos *sui generis*, misto de *hospedagem* (como se hotel fossem) e de *terapia* especializada, esta como *complemento* necessário da atividade *médica*. Cada qual das especialidades médicas torna obrigatório o cumprimento de requisitos próprios, para o hospital (como os estabelecimentos de saúde destinados às pessoas com transtornos mentais, estas, na escala de conduta passiva e abúlica até aquela altamente agressiva/destrutiva). Cada pormenor do paciente exige da instituição hospitalar cautela específica. A relação principal é a de médico/paciente. A utilização do hospital é a relação *secundária* e vem a reboque daquela (principal). Mesmo em se analisando isoladamente a função de hotelaria, não se pode aplicar ao hospital as regras jurídicas destinadas aos hotéis. É que, na essência e nos fins, um é totalmente diferente do outro, apesar do princípio comum, geral, de incolumidade do hóspede ou do paciente. Enquanto o hotel goza de autonomia, de liberdade empresarial voltada para o lucro, o hospital está vinculado aos inúmeros limites impostos pelo Estado, com vistas à *saúde pública*. E as imposições legais, diuturnamente, são modificadas, sempre em benefício do paciente, tanto por meio de Resoluções do CFM e da ANVISA (atualmente, desta, vigora a Resolução RDC nº 306, de 07.12.2004), como pelo Poder Legislativo. Ocorre, aqui, o denominado *dirigismo* estatal. O certo é que o aspecto isolado de hotelaria *hospitalar* não é senão um dos itens acessórios da *terapia* (descanso, alimentação, aplicação medicamentosa, monitoramento, higienização, etc).

A atividade *hospitalar*, em nenhuma hipótese, poderá ser equiparada a contrato de *seguro*. Muito menos com estabelecimento de *turismo*. É óbvio que ninguém vai ao hospital ou para ele é conduzido para *morrer*. Para o hospital, todos se dirigem ou são conduzidos para *recuperar* a saúde e para *sobreviver*. Mas a morte, como já dito, é processo natural e inexorável, pondo fim à vida, pela falência brusca ou gradativa dos órgãos vitais do corpo humano, ou por complicações inexplicáveis que podem ocorrer no processo biológico de cada pessoa humana. Se não for afastado o critério de responsabilidade *sem culpa*, em quaisquer dos casos de morte de paciente internado, ou de agravamento da saúde, o hospital será responsabilizado ao fundamento presumido, *juris et de jure*, de “defeitos” no serviço. Para exemplificar, basta imaginar hipótese de ação *terrorista* (fato não raro no fanatismo islâmico) em que hospital seja destruído por inteiro, com morte de pacientes internados, médicos, enfermeiros, funcionários, visitas, etc. Se, nessa hipótese, o critério for o da responsabilidade *objetiva absoluta*, a condenação na reparação integral será inexorável, ruinosa e de extrema *injustiça*. Verdadeira iniquidade. Entretanto, se a ação *terrorista* decorrer de omissão ou convivência da direção hospitalar, afastado estará o senso de *injustiça*. Isso nos compele a admitir, de forma categórica, que o exame *axiológico* da conduta humana é, sempre, *imprescindível*.

7. INSTALAÇÃO DE HOSPITAL PÚBLICO E PRIVADO

O hospital público, para se instalar e funcionar depende de Decreto próprio, criando-o, de acordo com sua natureza de subsistência material: Federal, Estadual ou Municipal.

Em regra, todos os hospitais, estabelecimentos de saúde ou casas de saúde dependem de autorização prévia para funcionamento, com expedição e renovação anual de alvará, nos termos do Decreto 49.947-A, de 21 de janeiro de 1961 (Código Nacional de Saúde). E, de qualquer forma, o funcionamento do hospital, seja público ou privado, subordina-se ao CEM (Inciso II, do Preâmbulo) e ao registro perante o CRM, em cumprimento às Resoluções nºs 997/80, 1.214/85 e 1.588/99, do CFM. Os hospitais possuem obrigações sanitárias específicas^{17, 18} e podem ser fiscalizadas a qualquer momento pelo CRM (Resolução nº 1.089/82, do CFM) e pela VISA (Vigilância Sanitária).

Alguns dos hospitais públicos, em razão de previsão em seus Estatutos e autorização (ou silêncio) do órgão de origem (União, Estado ou Município), destacam percentual de seus leitos para atendimento a pacientes *particulares*, mediante regular *pagamento* (direto ou mediante convênio com Planos de Saúde), como se *hospitais privados* fossem, mas com utilização de toda a infra-estrutura pública (material e pessoal). Esse sistema, bem examinado, colide frontalmente com o ordenamento Constitucional e com o Sistema Único de Saúde, em todos os aspectos: a) – uso da coisa pública em benefício particular de alguns médicos e de alguns pacientes; b) – recebimento *duplicado* dos honorários médicos (do Órgão Público vinculado e do paciente “particular” atendido) pelos mesmos serviços; c) – tratamento *diferenciado* ao paciente afrontando os princípios da *igualdade*, da *impeccabilidade*, da *gratuidade* e da *acessibilidade*; d) – recebimento de *receita* sem a correspondente previsão legal (taxa ou preço público), escrituração e destino, sujeito a regular prestação de contas. Além disso, na ordem prática, o funcionamento dessa *ala especial* do hospital (comumente denominada “Clínica Civil” ou “Particular”) gera benefícios somente para alguns dos médicos da instituição e descontentamento dos demais, com os inevitáveis atritos, aborrecimentos e queixas administrativas. Sobretudo, gera legítima *revolta* na população carente que, na fila, indefinidamente, aguarda atendimento, sem qualquer possibilidade de acesso a essas regalias. A solução desse problema se resume na simples *extinção* dessa modalidade diferenciada de prestação de serviços em órgão público, por meio de simples resolução administrativa ou por atuação do Ministério Público. E, enquanto isso não ocorrer, em caso de emergência para internamento *gratuito*, não havendo leito disponível na *ala convencional*, a administração deverá lançar mão da *ala especial*, o quanto necessário, para o devido atendimento.

¹⁷ Qualquer atividade ligada à *saúde* se subordina às regras *sanitárias* estabelecidas pela Resolução nº 5/93 do CONAMA (conselho Nacional do Meio Ambiente). Por essa Resolução, os *resíduos* do serviço de saúde são dispostos em 4 categorias: Grupo A – os que contêm agentes *biológicos*, inclusive os objetos perfurantes ou cortantes; Grupo B – os de características *químicas* (medicamentos, etc); Grupo C – os rejeitos *radioativos*; Grupo D – todos os demais. Cada qual dos resíduos tem os seus próprios requisitos de segurança para evitar contaminação humana ou poluição ambiental, critérios de embalagem, de tratamento ou incineração, de transporte, de descarte e de disposição final. Essa regulamentação também se encontra na Resolução RDC nº 306, de 07.12.2004.

¹⁸ Cada Estado Membro brasileiro possui seu próprio *Código de Saúde*, regulamentando, dentre outros e no âmbito Estadual, o sistema de Vigilância da Saúde, de Vigilância Epidemiológica, de Controle das Zoonoses, dos Resíduos Hospitalares, etc.

8. FUNCIONAMENTO E ADMINISTRAÇÃO HOSPITALAR

A Administração hospitalar envolve dois campos de atuação: *um*, relativo às obrigações *legais* ordinárias, tributárias, previdenciárias, trabalhistas, contratuais, etc; *outro*, relacionado à *saúde* e às exigências sanitárias, de ordem pública. Cumpre à direção do hospital estabelecer suas regras de funcionamento, com vistas à harmonia interna e sua sobrevivência como empresa ou instituição.

Os estabelecimentos de saúde (públicos e privados) têm obrigação de se prepararem para o enfrentamento das situações de urgência/emergência, em atendimento *pré-hospitalar*, nos termos das Resoluções 1.451/95 e 1.529/98 do CFM. Essas Resoluções estabelecem o número mínimo de profissionais que deve compor a equipe de plantão, assim como os recursos técnicos (equipamentos, proporção de leitos no CTI, etc). Para o bom funcionamento dos hospitais e identificação das pessoas exercentes das funções de administração, as Resoluções CFM nºs 1.342/91, 1.352/92 e 1.481/97 estabelecem a necessidade de manutenção dos cargos de Diretor *Técnico* e do Diretor *Clínico*, assim como do *Corpo Clínico* e dos requisitos para elaboração e constituição do Regimento Interno da instituição de saúde, com suas respectivas atribuições. A constituição e a identificação das pessoas que exercem tais funções deverão ser levadas ao registro no CRM para os efeitos de responsabilização administrativa, se desrespeito ao CEM ocorrer. Se necessário, além desses órgãos, poderá haver, também, uma Administração *Gerencial*, de natureza burocrática e econômico-financeira, exercida por outros profissionais ou pelos próprios médicos, de acordo com a complexidade e o interesse de cada qual dos hospitais. Via de regra, essa administração burocrática é exercida por pessoa formada em Curso Superior de Administração, com disciplina específica "*Administração Hospitalar*" na grade curricular ou em curso de extensão. Ao Diretor *Técnico*, necessariamente exercido por médico, cumpre zelar pela observância das disposições legais e regulamentares, assegurar condições dignas de trabalho e os meios indispensáveis à *prática médica* e, também, assegurar pleno funcionamento das Comissões de Ética Médica. Ao Diretor *Clínico*, assim como o de *Vice Diretor Clínico* (destinado à substituição), também necessariamente médicos e eleitos pelo *Corpo Clínico* (composto por todos os médicos que atuam na instituição), cumpre coordenar este e supervisionar a execução das atividades de *assistência* médica, bem como zelar pelo cumprimento do Regimento Interno do *Corpo Clínico*. Via de regra, o mandato é de 30 meses. Em caso de necessidade, ambos esses cargos poderão ser exercidos por um único médico, e, no máximo, em até duas instituições.

Geralmente, enquanto a Direção Clínica se preocupa com o exercício da Medicina e a cura do paciente, a Direção Técnica se preocupa com a funcionalidade e continuidade material da instituição, a segurança dos pacientes e do estabelecimento, como um todo. Na prática, a preocupação de todos é a funcionalidade interna (equipe pessoal da estrutura administrativa, corpo de enfermagem, estoque de medicamentos, alimentação, hotelaria, recebimentos e pagamentos, recolhimentos de tributos, preservação, conservação e funcionalidade material do prédio, etc), assim como a boa prática de medicina, em prol do paciente. A distinção entre Direção *Técnica* e Direção *Clínica* destina-se à punição administrativa, pelo CRM, em caso de desrespeito ao Código de Ética Médica. Para o paciente, pouco importa essa classificação e respectivas atribuições. Impera, aqui, o princípio da *preposição*. Quando se cuida de responsabilidade civil e/ou crimi-

nal, o que interessa é a distinção entre *atos de administração* hospitalar e *atos médicos* individuais destinados à cura do paciente. Se a responsabilidade pelo dano ao paciente decorrer, exclusivamente, da administração ou de seus prepostos, o estabelecimento de saúde responderá, patrimonialmente, pela reparação, podendo regressar contra o agente (Diretor Clínico, Diretor Técnico, enfermeiro, atendente, etc), em caso de culpa de um destes, pelas regras do art. 951 do CC/2002. Se o fato configurar crime, por ele responderá a pessoa física que o praticou. De qualquer forma, para a boa prática da Medicina, o que não deve é ocorrer conflito entre a *Administração* hospitalar e a *Direção Clínica*. A harmonia entre ambas é imprescindível para o bom funcionamento do estabelecimento de saúde. Sem atuação eficiente e satisfatória dos médicos (exercício técnico da profissão), o hospital perde sua razão de ser. Sem a funcionalidade e sobrevivência material da instituição (administração), o médico não terá como nela bem exercer sua profissão. A falência do Estabelecimento de Saúde é igual à falência da Medicina e vice-versa. Os prejudicados serão os médicos, os pacientes e, por fim, toda a população.

9. PLANTÃO MÉDICO

Os hospitais são obrigados a manter médicos de *plantão* para atendimento das urgências e emergências, de acordo com os seus Estatutos ou Regulamentos, tanto para assistência aos pacientes internados como àqueles que venham buscar socorro. Mesmo que no Regulamento ou Estatuto não haja previsão de plantão médico, este é obrigatório, assim como o seu cumprimento por parte dos médicos escalados, nos termos do art. 37 do CEM. Em caso de omissão a esse dever, o hospital ficará responsável pela indenização perante o paciente – se este sofrer dano por falta de médico de plantão.

Se as solicitações de atendimento forem superiores à possibilidade física do médico plantonista, este, por si ou através da administração do hospital, deverá convocar tantos colegas quantos necessários ao atendimento. A omissão a essa convocação extraordinária importa negligência, com todas as conseqüências decorrentes. Se o médico plantonista se omitir no atendimento das urgências que ocorrerem,¹⁹ será apenado, individualmente, pela Justiça Comum (civil e penal) e pelo Órgão de Classe. Em caso de dano material, o hospital, pela obrigação de manter plantão, poderá ser co-responsável em relação ao paciente. E, nesse caso, após a indenização do dano, poderá regressar contra o médico faltoso, provando a culpa exclusiva deste.

Mesmo em se tratando de hospital particular, sem convênio de qualquer espécie, o plantão é *obrigatório*, seja para atender os imprevistos que possam ocorrer com os seus doentes internados, seja para atender paciente carente de recursos que, eventualmente, lhe bata às portas, nos casos de urgência e de emergência. É o que resulta do melhor entendimento do Inciso II do Preâmbulo do CEM, conjugado com o seu art. 37, e as Resoluções do CFM, já mencionadas.

¹⁹ Nesse sentido foi o julgamento unânime do Grupo de Câmaras Criminais do TAMG, em 08.02.94, na Revisão Criminal nº 162.101-0, Comarca de Juiz de Fora, MG, Rel. Juiz GOMES LIMA, com a Ementa: "Comete o delito previsto no art. 135 do CP o médico plantonista que recusa atendimento à pessoa que se apresenta em precário estado de saúde, sob o pretexto de inexistência de vaga na instituição hospitalar, o que, mesmo verdadeiro, não o eximiria da obrigação de atender a vítima". In Revista de Julgado do TAMG nº54/55, p. 550-555.

10. PRONTUÁRIO MÉDICO

Nos casos de internamento hospitalar, público ou privado, é obrigatório o *registro* do atendimento, para cada paciente, dos fatos ocorridos desde o diagnóstico inicial. Tais registros pertencem ao estabelecimento de saúde, mas devem ficar à disposição do paciente, para fornecimento de cópia ou atestado, quando solicitado, assim como preservados do conhecimento de estranhos, como regra de sigilo. Nesse sentido são as disposições dos arts. 69, 70 e 108 do CEM. Pela Resolução nº 1.331/89 do CFM, a guarda desse prontuário é por tempo indeterminado. Entretanto, após 10 anos, com prévia autorização da Comissão de Revisão de Prontuário Médico, esse documento poderá ser substituído por outros processos de registro, desde que permitam o fornecimento dos dados aos interessados, a qualquer tempo. Pela Resolução nº 1.472/97 do CFM, compõem o prontuário as *lâminas* de exames “*cito-histopatológico*” (alteração visível, por microscópio, da célula doente) ou “*anatomopatológico*” (estrutura física do tecido doente), as quais devem ser arquivadas pelo mínimo de 5 anos, ou, antes disso, entregues ao paciente respectivo, mediante recibo. Em se tratando de prontuário sobre *nascimento*, pelo inciso I do art. 10 da Lei 8.069/90 (ECA), a obrigação de manutenção dos registros é por 18 anos, no mínimo. Como se trata de obrigações legais, o descumprimento importará infração administrativa e/ou de reparação. Em caso de conflito a ser dirimido em juízo, sua inexistência injustificada será interpretada como *presunção* de culpa, contra o médico e o hospital, relativamente aos fatos alegados pelo paciente. Sendo *presunção relativa* (pelo descumprimento de obrigação positiva), caberá ao réu (médico ou hospital) fazer prova da ausência de culpa.

A aplicação e evolução da *informática* também ocorrem na Medicina. Inexorável, em médio prazo, será a introdução prática do “Prontuário Eletrônico”, com gravação de dados e de imagem, conectados com sistema central do hospital e também do médico. É simples questão técnica de registro, já regulamentada pelo CFM (Res. nº 1.639/02). Para a ciência do Direito, é irrelevante a adoção dessas novas técnicas que, por certo, beneficiarão médico, hospital e paciente.

O *prontuário* manuscrito ou datilografado, digitado em computador ou mediante preenchimento de impresso próprio, ou mesmo elaborado a mão em papel comum, é o documento principal de prova do atendimento médico. É documento que, fiel aos fatos relatados, tanto faz prova a favor do médico e do hospital, como faz prova contra. Por óbvio que, para fazer prova a favor dos profissionais da medicina, esse documento deve ser fidedigno aos fatos e contemporâneo a eles. Constatada a infidelidade aos fatos, esse documento se somará aos demais elementos favoráveis ao paciente reclamante, para a decisão judicial e/ou administrativa. A avaliação desse documento, em juízo, é feita mediante perícia médica, no curso da instrução processual. Na esfera administrativa, pela forma que o Médico Conselheiro Relator determinar ou entender, dentro das regras casuísticas do Código de Processo Ético-Profissional (CPEP).

11. MASSIFICAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS E AS URGÊNCIAS AMBULATORIAIS

Em razão da concentração populacional urbana e da rapidez dos meios de transporte, o exercício da Medicina perdeu o caráter de interação pessoal (onde o médico conhecia o doente e vice-versa), para se tornar uma relação *im-*

pessoal, principalmente na área de *saúde pública*. O antigo médico da família, ou médico de cabeceira, tornou-se incompatível com a atual e complexa sociedade de consumo. Hoje, a característica da prestação de serviços médicos gratuitos é a *impessoalidade* e o *anonimato*, especialmente nos grandes hospitais públicos, no qual o paciente, após o inicial atendimento de triagem, recebe um número e é encaminhado a setores especializados da Medicina. Daí para frente o paciente só é conhecido pelo *número* com o qual foi registrado e o atendimento se faz por equipe e com base no prontuário médico, para continuidade do tratamento – já que médicos e enfermeiros revezam-se em turnos periódicos.

Nada há de errado nesse sistema. Principalmente em se considerando que é a única forma de a Medicina ser exercida, diante da massa crescente de doentes a serem atendidos – sempre superiores à quantidade de profissionais disponíveis. Registre-se que, nessa massa humana (que cresce dia-a-dia) à procura de atendimento hospitalar, encontram-se os que, inesperadamente, defrontaram com algum fato motivador da urgência ou da emergência médica, assim como aqueles que, por necessidade psicológica de atenção, sempre têm à mão uma queixa ou a expectativa de retorno à juventude, sem se falar nas pessoas não doentes, mas preocupadas com a prevenção contra doenças futuras. Para a distinção entre doentes e não doentes é necessária a utilização do médico, mesmo porque, às vezes, a necessidade psicológica de atenção está à beira de patologia – o que justifica atenção e encaminhamento ao setor próprio.

Nesse sistema, o atendimento e a seqüente feitura do prontuário é, além de obrigação legal, instrumento indispensável ao bom tratamento médico que se desenvolverá. Nos grandes hospitais, como sabido, o médico que sucede o anterior enfrenta o paciente com base no prontuário e naquilo que de novo emerge. Os sintomas e a evolução de cada doença têm diferentes formas de manifestação. E cada pessoa humana tem singular modo de defesa natural. Daí a importância do correto e completo prontuário, para que o médico que sucede no atendimento, sem o conhecimento da *anamnese* do paciente (exame impossível em doente inconsciente), possa dar continuidade ao tratamento ou modificar a terapia em razão da evolução da doença.

O atendimento às *urgências* e *emergências* fora do hospital, via Atendimento Pré-Hospitalar, nos termos da Resolução CFM nº 1.529/98, é feito em ambulância própria, “*equipada de materiais e medicamentos, guardada por uma equipe de pelo menos dois profissionais treinados para oferecer suporte básico de vida*”. Integra a equipe de serviço pré-hospitalar, além dos médicos baseados no hospital, outros profissionais não médicos: telefonista, rádio operador, condutor, socorrista, auxiliar de enfermagem e enfermeiro.

No ambulatório de urgências e emergências, pode ocorrer superlotação de doentes por inúmeras razões: epidemia; pandemia; acidente envolvendo grande número de vítimas; coincidência de chegada de vários doentes da cidade ou da região, etc. Se o número de pacientes for superior ao de médicos atendentes, estes deverão fazer rápida triagem para definir as prioridades. Mas a pressa, principalmente em Medicina, pode levar a erro. Evidentemente que, nessas circunstâncias, se o erro não for grosseiro, o médico e o hospital não podem ser responsabilizados. Entretanto, nesse quadro de prioridades, quando um paciente é preterido na fila de atendimento, com isso não se conforma e fica indignado. Algumas vezes, com razão. Outras, não. Infelizmente, em virtude dos meios de comunicação de massa, estamos vivenciando a cultura da *falsa cidadania*,

instilada por meio de promessas impossíveis de cumprir (objeto de exploração por parte de políticos demagogos e de pseudo-intelectuais), de modo que o cidadão passa a ter promessas ou ilusão de “direitos” sem a correspondente obrigação ou adequabilidade. Nesse contexto, insuflado com o “rol de direitos” anunciado, o indivíduo passa a se considerar o centro do mundo, desaguando na seguinte compreensão egoística de vida social: primeiro, os meus direitos; primeiro, a minha pretensão; primeiro, a minha satisfação; depois, os outros que se danem!

Se a equipe hospitalar de urgências/emergências atende aos requisitos prévios do CFM, tanto em número de profissionais e especialidades como de pessoal de apoio (enfermeiros, etc), não há como atribuir omissão ao hospital, caso o número de solicitações seja superior ao de médicos disponíveis. Evidentemente que, em casos excepcionais de acidentados, ou de epidemia inexplicável, cumpre ao chefe da equipe convocar tantos médicos extras quantos necessários, se houver.

Outra situação crucial é o de espaço físico – questão material intransponível. Obviamente, um doente não pode ficar por cima de outro. E os corredores não devem ser ocupados a ponto de impedir passagem para atendimento a todos. Essas e tantas outras limitações são os imprevistos que podem ocorrer num ambulatório de urgências. O encaminhamento de acidentados para outros hospitais pende de ambulâncias próprias que, por sua vez, também são limitadas. Cabe ao julgador, em caso de conflito nessas circunstâncias, fazer sensível e criteriosa análise. O instrumento legal são os princípios do direito e as normas abertas do Código Civil assentadas na boa-fé objetiva e no justo equilíbrio das relações sociais. Para esse desiderato, há uma regra infalível: basta o intérprete colocar-se no lugar do paciente e, ao mesmo tempo, no lugar do administrador do hospital e dos médicos!

Mas, em alguns hospitais públicos, há uma situação que causa indignação: é quando o paciente (que pode pagar) é atendido por médico em consultório particular, com regular pagamento, mas que, para os exames complementares (normalmente de alto custo: ressonância magnética; tomografia computadorizada, endoscopia, etc.) é encaminhado, em horário predeterminado, ao hospital público (onde também esse médico presta serviços) e nele, diretamente ou via pedido a “colega”, manobra o atendimento geral para que esse paciente particular seja atendido de imediato, enquanto que pacientes carentes, que na fila aguardam há horas ou dias, humildemente, são “agendados” para retorno com data de 3, 4, 6 meses, ou mais, para realização desses mesmos exames, mas que, deles, estão necessitando de imediato. É necessário que os administradores desses hospitais rompam com esse aviltamento à dignidade humana, com esse desrespeito à igualdade, com esse deboche à impessoalidade – princípios que regem o serviço público. Se necessário, o Ministério Público deve ser convocado para as providências cabíveis. No tocante à responsabilidade civil, quando os princípios da impessoalidade e da igualdade são descumpridos, gerando dano ao paciente preterido, a reparação se torna devida. Evidentemente que o atendimento necessariamente preferencial (urgência ou emergência) não se encaixa na quebra desses princípios.

12. DIREITO DE O MÉDICO INTERNAR PACIENTES E DEFINIR TERAPIA

Se o médico for empregado do hospital, ao fazer parte de seu corpo clínico, a internação de paciente particular ou de paciente atendido na própria instituição, assim como a terapia a ser aplicada ao mesmo é seu direito/dever. A internação, contudo, segue as regras internas da instituição. Mas, mesmo que o médico não seja empregado do estabelecimento de saúde ou não faça parte do seu Corpo Clínico, cabe-lhe, nos termos dos artigos 8º, 16, 22, 25, 76, 81, do Código de Ética Médica, assim como da Resolução CFM nº 1.231/86, o direito/dever de internar seus pacientes em hospitais públicos ou privados, assim como definir a terapia aplicável. Essa liberdade, entretanto, há de encontrar respaldo nas normas *técnicas* da instituição, estabelecidas em seu Regimento Interno. Em caso de eventual conflito, a natureza da *gravidade* da doença do paciente deve determinar a prevalência.

O que sobreleva notar é que a Direção Hospitalar não comanda a *terapia*, nem pode *impedir* internações, exceto no caso de inexistência de vaga ou de colocação em perigo dos demais pacientes internados. Mas a direção hospitalar, com respaldo nos mesmos arts. 16 e 81 do CEM, tem o direito de conferir a terapia aplicada a doente internado em seu estabelecimento. Em caso de discordância, cabe-lhe o direito/dever de solicitar ao médico do paciente a modificação e a correção da terapia. Se esse pedido não foi atendido, a Direção Hospitalar deverá denunciar o fato ao CRM, assim como notificar os parentes do paciente sobre o mesmo fato, como ressalva de sua responsabilidade civil.

13. RELAÇÃO JURÍDICA MÉDICO-PACIENTE-HOSPITAL

São distintas as responsabilidades do hospital e do médico. Cada qual deve responder pela ação praticada ou pela omissão ocorrida. Se o dano decorrer de ato praticado por ambos, desses deverá ser exigida a reparação. Se o dano decorrer de ato exclusivo de médico não empregado, nem preposto do hospital, somente dele (médico) poderá ser exigida a reparação. Se, nessa hipótese, o médico agir como empregado ou preposto, a responsabilidade será de ambos perante o paciente. E, se o dano decorrer de ato exclusivo do hospital, por meio de qualquer de seus empregados, prepostos ou terceiros, somente dele (hospital) deverá ser exigida a reparação.

O fato de o médico clinicar e, concomitantemente, exercer cargo de direção no próprio hospital em nada modifica as regras de responsabilidade. Cada qual responderá pela ação comissiva ou omissiva, pelo critério próprio de apuração. Cargo de *direção* não se confunde com relação de *emprego*, mesmo que remunerado. Se, pela prática médica no hospital, decorrer erro médico por conduta imprópria, omissiva ou comissiva, mas pessoal do médico, o fato de este exercer cargo de direção não vincula o hospital à reparação,²⁰ desde que esse médico esteja agindo em interesse próprio, exclusivo. Mas, se o médico for empregado do hospital e nessa condição atender ao paciente, perante este responderá o hospital, cuja apuração dos fatos será feita pelo critério de culpa *objetiva*, pela modalidade *relativa*, ou seja, o ônus da prova do exato cumprimento do contrato é do

²⁰ Nesse sentido é o julgado da 2ª Turma Cível do TJDF, em 20.04.94, na Apel. Cível 71.343, Rel. Des. DEOCLECIANO ELIAS DE QUEIROGA, com a Ementa: "Caracterizada a culpa exclusiva do médico pela morte de paciente, decorrente de atraso na eleição do tratamento adequado, não há que se falar em responsabilidade solidária do hospital, de que não é empregado e sim diretor". DOU de 29.06.94, p. 7.688.

hospital.²¹ Mas com direito de regresso contra o médico, em caso de culpa deste.

Por isso, em nosso modesto modo de ver, como defendemos no item 4 destas anotações, as regras de responsabilidade civil aplicáveis à terapia (contrato de *empenho*) devem nortear o exame e decisão de eventual conflito judicial entre paciente, hospital e médico.^{22, 23, 24, 25}

²¹ Não colidem, data vênia, com os critérios de apuração de culpa que ora se adotam as lições de RUI STOCO na palestra em 24.08.96, sob o título “*Responsabilidade Civil dos Profissionais Liberais e dos Prestadores de Serviços*”, ao discorrer sobre o art. 14 do CDC: “Para nós o legislador cometeu grave erro lógico e de concepção. Se a responsabilidade do hospital ou da empresa prestadora de serviços é contratual, tal circunstância mostra-se em antinomia com a teoria da responsabilidade objetiva. Ora, se a instituição de saúde se compromete a submeter um paciente à determinada cirurgia ou tratamento, por intermédio de médicos sob a sua responsabilidade, está a exercer uma atividade *meio* e não de *resultado*. Assim, só se lhe pode exigir que a atuação de seus prepostos seja normal e que a cirurgia seja feita segundo as técnicas usuais e utilização do instrumental adequado. Se tal ocorrer, o contrato estará cumprido. Do contrário, descumprindo essas condições mínimas, a hipótese é de inadimplemento contratual”. – *In* Ensaio Jurídico, IBAJ, Vol. 2, p. 408.

²² Neste sentido foi a decisão unânime da 4ª Turma do STJ em 22.11.94, Resp 50.251-9-SP (Reg. 94.187114), Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, com a ementa: “Hospital. Limitação da responsabilidade. Defesa. Constando da defesa da ré a negativa de sua culpa e a atribuição do resultado a fatores estranhos aos seus serviços, não ofende a legislação processual o acórdão que limita a responsabilidade da demandada ao resultado que derivaria de sua culpa (perda da terça parte distal do pé esquerdo), excluindo a responsabilidade pela amputação da perna do paciente. Recurso não conhecido”. E, das razões de decidir, destacam-se os fundamentos do acórdão recorrido: “Conquanto adore as esmeradas conclusões da MM. Juíza de Direito referentemente à culpa e à obrigação de indenizar, em parte dou provimento à apelação da ré por não conceber provada a responsabilidade pela amputação da perna do autor. O atraso na operação implicou não-somente o comprometimento irreversível da terça parte distal do pé: mas o autor, teimosamente, não concordou com a extirpação, em aberta oposição à recomendação da equipe cirúrgica que, afinal, cortou-lhe a perna em virtude da comprometedora infecção. Desconformados com o diagnóstico da amputação do ante-pé, pouco acima do nível dos artelhos, o autor e seus parentes optaram por tratamentos alternativos de medicina chinesa, à base de ervas, pomadas e acupuntura, não satisfeitos com o acompanhamento clínico pela equipe médica: os aconselhamentos não lograram quebrar a pertinácia, ainda após a instalação de quadro febril e infeccioso. Vem daí a causa direta da amputação, uma vez que o prognóstico atinha-se a consequências de reduzidas proporções”.

²³ Idem, pelo 5º Grupo de Câmaras do 1º TASP, na Ação Rescisória nº 929.220-2, Relator Juiz LUIS CARLOS DE BARROS, asseverando que “em face ao disposto no art. 14, § 4º do CDC, em se tratando de danos decorrentes do exercício de atividade médica, a responsabilidade do Hospital é de natureza subjetiva”. E, em prol desse entendimento, foi citada decisão em AI, pela 5ª Câm. TJSP Rel. Des. MARCO CÉSAR (JTJ-Lex 141/248), com a ementa: “Em ação de indenização contra hospital, ajuizada com base no CDC, embora se trate de pessoa jurídica, a ela não se aplica à responsabilidade objetiva, na medida em que o que se põe em exame é o próprio trabalho médico. Aplicável, pois, o § 4º do art. 14 do referido Código”. *In* AASP nº 2246, p. 2101/2104.

²⁴ Ibidem, pela 9ª Câm. Cível do TJRJ, Rel. Des. NILSON DE CASTRO DIÃO (Ac-7304/97 – Reg. 060398 – Cód. 97.001.07304), com a ementa: “Responsabilidade Civil. Erro médico. Para que surja a obrigação de indenizar, é necessário que fique provado que houve erro no tratamento, traduzido na imperícia do médico, que caracterizaria a culpa. O simples fato de o paciente apresentar seqüelas da cirurgia a que foi submetido para o tratamento de fratura do fêmur esquerdo, ou de ter havido infecção hospitalar, não é suficiente para se proclamar a culpa, desde que a prova dos autos não a indica”. *In Culpa Médica e Ônus da Prova*, Miguel Kfoury Neto, ed. RT 2002, p. 472.

²⁵ A respeito do afastamento da responsabilidade *sem culpa*, colhe-se a lúcida interpretação dada pelo TRF-4ªR, 3ª Turma, Rel. Juiz TEORI ALBINO ZAVASCKI, AI 2001-04.01.005760-6-RS, sobre o tema Responsabilidade do Estado. Erro Médico. Denúnciação da lide ao servidor. Possibilidade. Ementa: “1. – Em demandas envolvendo a responsabilidade civil do Estado é incabível, em princípio, a denúnciação da lide ao servidor público, eis que a ação de denúnciação haveria de se basear em fundamentos jurídicos próprios, distintos dos que alicerçam a demanda principal: esta tem a causa de pedir fundada na responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, e aquela, necessariamente, na responsabilidade subjetiva do seu agente. 2. – Todavia, em se tratando de responsabilidade civil do Estado pela prestação de serviços de saúde, há que se distinguir: a) as hipóteses de dano decorrente do que se pode denominar genericamente de “hospedagem hospitalar” (guarda do doente, fornecimento da dieta e dos medicamentos receitados, por exemplo); b) o dano que decorre, estritamente, de atos praticados pelos profissionais da medicina, nomeadamente os profissionais médicos (diagnóstico, cirurgia, indicação terapêutica, anestesia, etc). No primeiro caso, é possível, em princípio, invocar-se a responsabilidade objetiva do ente estatal. No segundo caso, entretanto, pela própria natureza da atividade médica, a responsabilidade do Estado somente poderá se configurar em caso de culpa do seu agente. Como o médico, o Estado responde pelo resultado da sua atividade. Não pode responder pela morte do paciente, nem pela não-recuperação da sua saúde. A obrigação do Estado, como a do seu médico, é de meios, apenas, razão pela qual o eventual insucesso do serviço somente poderá ser imputado ao Estado se o seu agente não empregou atenção, diligência e cuidados adequados. 3 – Nesses casos, como também nos demais casos em que a responsabilidade do Estado é de natureza subjetiva, semelhante à do seu servidor, nada impede – mas, pelo contrário, o princípio da economia processual o recomenda – que seja promovida a denúnciação da lide ao causador direto do dano alegado pelo autor, na forma prevista no art. 70, III, do CPC”. *In* DJU, 30.05.2001, p. 286.

Infelizmente, ao invés da necessária e serena apreciação do natural *risco* de morte ou de agravamento da doença por fatores naturais imprevisíveis ou previsíveis, mas inafastáveis, o que se tem visto em inúmeros julgados é a adoção indiscriminada da teoria da responsabilidade *sem culpa*, equivocadamente, a nosso ver, condenando-se os hospitais pelo simples *insucesso* da terapia ou *natural* evolução da doença ou, ainda, pelo inexplicável aparecimento desta. E a âncora legal, nesses casos, tem sido a interpretação literal, gramatical, do *caput* do art. 14 do CDC (mesmo com as exceções de seu § 3º), impossibilitando a apreciação das excludentes de caso fortuito (ainda que externo), de força maior (ainda que invencível) ou de culpa concorrente – já que nenhuma dessas hipóteses se encontra elencada nesse dispositivo legal.

14. RESPONSABILIDADE HOSPITALAR GERAL

A relação entre paciente e hospital é contratual. É indiferente se ela é escrita ou verbal, expressa ou tácita, onerosa ou gratuita. De forma geral, os danos sofridos por pacientes internados sempre foram apurados com base na verificação de *culpa*, porque decorrentes de má atuação *médica* isolada ou conjunta. Entretanto, após o advento do CDC, por falta de serena reflexão, instalaram-se critérios distintos e incompreensíveis para aferimento da conduta *médica* e dos fatos atribuídos ao funcionamento *hospitalar*. Em relação ao médico, isoladamente, permanece o critério de *apuração de culpa*. Em relação ao hospital, passou-se a adotar, cada vez mais, o critério de *desprezo ou irrelevância da culpa*. Assim, os conflitos paciente/hospital estão sendo examinados e interpretados pelos Tribunais, em parte, com base no princípio da responsabilidade *objetiva*, ora de natureza *absoluta* (afastamento da culpa), como se fosse autêntico contrato de *risco* (seguro),²⁶ ora mitigada ou *relativa*, procurando detectar a conduta *censurável* no nexo de causalidade.^{27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34} Modestamente, aderimos a esta segunda posição, conforme fundamentos já expostos no item 4 destas anotações. Por isso, em caso de dano ao paciente por decorrência do

²⁶ Neste sentido, data vênica, em conclusão equivocada, foi o julgamento do RE 217.389-7-SP 2ª Turma do STF Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, DJU de 24.05.2002, cassando sentença de primeiro grau e Acórdão da Justiça Paulista, com a ementa: “Cabe ao Estado indenizar, nos termos do art. 37, § 6º, da CF, em razão das seqüelas totalmente imprevisíveis sofridas por paciente em procedimento cirúrgico, realizado por profissional de autarquia, mesmo que não fique caracterizado o erro médico, eis que a responsabilidade do Estado é objetiva, isto é, prescinde do elemento culpa”. Nesse julgamento, deu-se interpretação ao § 6º do art. 37 da CF/88 (conteúdo repetido do art. 194 da CF/46; do art. 105 da CF/67; e do art. 107 da EC/69), como de responsabilidade objetiva *integral*, porque, em se tratando de *Autarquia*, o “risco cirúrgico não exime o médico”. Por esse entendimento, pouco importa se o médico prestou serviços de forma correta, já que na paciente restou seqüelas. Em nosso modesto ver, se este julgamento for tomado como paradigma, será criada uma dicotomia juridicamente insustentável no exercício da Medicina, ou seja, o *Estado* responderá por todos os danos decorrentes de casos fortuitos e ou de força maior, não obstante a correta prestação dos serviços de seus agentes, enquanto que os médicos *particulares* e as empresas *privadas* somente responderão se restar *comprovada* a culpa. Corremos o risco de criar *duas* categorias de *pacientes*: a de hospitais *públicos* (como se tivesse contrato gratuito de “Seguro” Estatal integral) e a de médicos *particulares* (sem contrato de “Seguro”). O *Parecer* da Procuradoria da República (acolhido como forma de decidir) registra doutrina de Pinto Ferreira (§ 6º do art. 37), no sentido “quem tem o *lucro* há de ter o *risco*”, esquecendo-se os subscritores de dito *Parecer* de que o argumento é inaplicável à hipótese, já que o Estado *não* tem objetivo de *lucro*. Em acréscimo, para corroborar a condenação, também se registrou nesse julgamento a necessidade de *amparo* à paciente, já que para a seqüela cirúrgica em nada contribuiu. Neste particular, se o objetivo do julgamento é amparar a vítima, a solução mais adequada, vênica reiterada, é o *amparo social*, tarifado, via SUS e ou INSS, tal como modestamente defendemos em nosso livro *Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética*, item “Responsabilidade pelo Risco Social ou Dever de Amparo”, 3ª ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2003, p.50. Em resumo, entendemos que a responsabilidade *objetiva* estabelecida no § 6º do art. 37 da CF/88 não é *absoluta*, como regra geral, e, em especial, na área de *saúde*. A previsão de culpa ou dolo do agente, para os efeitos de regresso por parte do Estado, não impede o réu de fazer prova de *ausência de culpa*. Sobreretudo, no particular de atividade *médica* a pesquisa de *culpa* é imprescindível como obrigação de *indenizar*, diferentemente dos fundamentos do dever de *amparar*. RT 805, p. 173/178.

²⁷ Ainda como exemplo da minoria lúcida, colhe-se a decisão do MM. Juiz da 23ª V. Federal do Rio de Janeiro, Dr. POUL ERIK DYRLUND, confirmada pela 4ª T. do TRF-2ª R. Rel. Dês. Federal CLÉLIO ERTHAK, ap. 96.02.36297-9/RJ, com a ementa: "A responsabilidade civil das pessoas de direito público decorre da ação danosa de seus servidores. Portanto, não comprovado que as complicações da enfermidade da paciente foram ocasionadas por imperícia ou desídia da equipe médica de hospital público, incabível a indenização por danos morais e estéticos, fazendo jus, entretanto, à assistência médico-hospitalar, compreendendo internação, intervenções cirúrgicas e acompanhamento". Do voto do Relator extrai-se: "Se prova houvesse de que a autora ingressou no Hospital em bom estado de saúde e que o seu problema neurológico foi ocasionado por imperícia ou desídia da equipe médica que a operou, dúvida não haveria quanto à responsabilidade civil da União pelo seu infortúnio. Mas, não tendo ela provado o desleixo médico alegado, não pode pleitear a indenização por danos morais e estéticos. Sobretudo existindo até prova contrária às suas alegações". RT 754/437.

²⁸ Extremamente precisa e acertada é decisão da 4ª T. do STJ, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES (Resp nº 258.389-SP – 2000/0044523-1 – DJ: 22/08/2005), com a ementa: "1. A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, II, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem como da súmula 341 – STF (*É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto*). 2. Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente. 3. O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa). 4. Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido".

²⁹ Também elucidativa é a decisão da 4ª Câm. Cível do TJRJ, Rel. Des. WILSON MARQUES (Ac 3325/96 – Reg. 120397 – Cód. 96.001.03325), com a ementa: "Responsabilidade civil. Ação de Indenização de danos resultantes de malogrados exames médicos e de frustrada cirurgia vascular. Prova da inexistência da relação de causalidade entre os danos e a ação ou omissão de prepostos da demandada. Improcedência do pedido inicial. Pessoa jurídica de direito público. Responsabilidade sem culpa, mas não sem causa. Constituição Federal. Artigo 37, § 6º. Exegese. Não se acolhe pedido de indenização de danos resultantes de malogrados exames médicos e de frustrada cirurgia vascular se a prova pericial revela que as seqüelas apresentadas pela vítima são decorrentes de causa endógena, não estando ligadas, por relação de causa e efeito, à ação ou omissão de prepostos do nosocômio. As pessoas jurídicas de direito público respondem sem culpa. Mas não respondem sem causa". *In* Culpa Médica e Ônus da Prova, Miguel Kfourri Neto, ed. RT 2002, p. 476.

³⁰ *Idem*, 4ª T. TRF-4ª R. Rel. LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON, Ac 95.04.40595-9-RS, com a ementa: "A responsabilidade civil do Estado é objetiva, o que não exclui perquirição sobre a presença do agente público na causalidade do dano. Havendo a perícia demonstrado amplamente que a providência tomada pelo médico representava aquela absolutamente necessária para salvar a vida da paciente, não se pode responsabilizar a entidade pública pelo comportamento tecnicamente correto de seu preposto". Miguel Kfourri Neto. *Obra citada*, p. 452.

³¹ *Ibidem*, 1ª T. do STF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, AgRg no RE 235.524-0-AC, com a ementa: "Acertado, definitivamente, nas instâncias de mérito, a existência de omissão ou de negligência culposa do agente público, nas circunstâncias do caso e o nexo de causalidade entre a sua culpa e a ação do terceiro, a questão ou é de ser resolvida à luz do regime da responsabilidade subjetiva, de natureza infraconstitucional, ou demanda o reexame de toda a matéria de fato e das prova dos autos, inviáveis no extraordinário". RT 831/189.

³² *Ibidem*, 5ª Câm. Direito Privado do TJSP, Ap. Cível, 256.517-4/7, Rel. Dês. RODRIGUES DE CARVALHO, com a ementa: "A negligência médica pela não realização do exame de tomografia computadorizada em paciente, que há dias se queixava de cefaléia, e acabou falecendo, caracteriza erro médico, a dar ensejo à responsabilidade do hospital pelos seus prepostos ao pagamento de indenização por danos morais aos pais da *de cujus*, pelo sofrimento causado". RT 831/250.

³³ Vezes há em que, na redação da ementa do acórdão, sem preocupação com a propriedade terminológica, usa-se a expressão "*responsabilidade objetiva*" como forma de arremate da efetiva constatação da culpa. Esse pormenor, por não representar colisão axiológica, em nada desmerece esses julgados, posto que acertados pelo mérito, como se vê, por exemplo, da Ap. Cível 229.445-2/00, da Comarca de Passos, MG, 5ª Câm. Cível do TJMG, unânime, Rel. Dês. CLÁUDIO COSTA, com a ementa: "Sujeita-se o Poder público à responsabilidade objetiva de reparação de danos físicos, morais e estéticos, quando a assistência médica dispensada por seu preposto à paciente não atende aos cuidados normais e acarreta, por negligência, imperícia ou imprudência do profissional, a amputação de membro inferior da paciente". E, do voto do relator, extrai-se: "Somente se eximirá o Poder Público desse ônus se provar que o fato lesivo decorreu de força maior, causa fortuita ou de culpa exclusiva da vítima" [...] "A negligência e a imperícia com que agiu o facultativo se tornam patente diante do fato de não haver feito a necessária anamnese..." [...] "É inquestionável, pois, o nexo de causalidade entre o comportamento médico do servidor da Municipalidade e a amputação da perna da paciente, sem que pudesse elidir qualquer das causas que teoricamente eximiriam ou mitigariam a responsabilidade objetiva do Município". *In* *Jurisprudência Mineira*, vol. 161, p. 105-109.

³⁴ Em prol da interpretação como responsabilidade objetiva *relativa*, para os hospitais e clínicas médicas, é o trabalho de HILDEGARD TAGGESSEL GIOSTRI, intitulado "A Responsabilidade Médico-Hospitalar e o Código do Consumidor", compo do livro *Repensando o Direito do Consumidor*, promovido e publicado pela OAB/PR, agosto 2005, p.143-169.

internamento, pela omissão ou incorreta ação da direção do hospital (a exemplo de infecção hospitalar por falta de assepsia; de falta de oxigênio em paciente entubado; de uso de medicamentos vencidos; de ingestão de alimentos perecidos ou contaminados; de transfusão de sangue coletado de pessoa portadora de doença contagiosa e sem exame de qualidade; de exame laboratorial incorreto por erro grosseiro; etc.), o estabelecimento de saúde poderá ser responsabilizado isolado ou solidariamente com o médico ou médicos (se em equipe), se não provar a ausência de culpa.³⁵ O critério de apuração da responsabilidade se estabelece, a nosso ver, pela modalidade de *presunção* de culpa,³⁶ como subespécie da culpa *objetiva* – já que, salvo rara exceção, é impossível falar em relação paciente/hospital *sem* participação médica. Para se esquivar da responsabilidade, cumpre ao estabelecimento de saúde provar culpa própria do paciente, fato de terceiro impossível de ser evitado, caso fortuito externo ou força maior invencível e ou, também, cumprimento de ordem legal. É que, em regra, o paciente nada pode fazer, exceto cumprir as ordens do médico e o regulamento do estabelecimento de saúde. Se, entretanto, o dano sofrido pelo paciente derivar de *culpa exclusiva* de determinado médico,³⁷ somente deste será a responsabilidade, exceto quando estiver agindo como empregado ou preposto do hospital.

Ocorrendo dano ao paciente em momento em que se encontra internado, *presume-se* responsabilidade *solidária* do hospital. Como essa *presunção* é *relativa*, cumpre ao hospital provar que o médico que atendeu o paciente não é seu empregado, nem preposto, nem agiu no interesse exclusivo do hospital, muito embora possa fazer parte de seu corpo clínico. A esse respeito, é oportuno registrar que, se o paciente, livremente, escolheu e procurou determinado médico e por este foi atendido fora do hospital (nascendo daí a relação de confiança), para que haja *solidariedade* é preciso que haja *culpa* hospitalar.³⁸ Sem culpa da administração hospitalar, a responsabilidade é só desse médico, em caso de dano ao

³⁵ Neste sentido é a lição de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, no artigo *Aspectos Processuais da Ação de Responsabilidade por Erro Médico*. RT 760, p. 48

³⁶ Assentado na falta de prova de ausência de culpa, decidiu em maioria a 6ª Câm. Cível do TJSP, Apel. 103.157-4/1-00, Rel. Des. OCTAVIO HELENE, com a ementa: "A responsabilidade de hospital psiquiátrico em reparar os danos causados a paciente internado, consistentes na fratura de braço em virtude de queda quando o incapaz tentava empreender fuga do estabelecimento, lesões agravadas pela inadequada conduta de seus prepostos na imobilização do interno, se equipara à do tutor ou curador, somente podendo ser afastada se provada a inexistência de culpa ou negligência do hospital, de molde a caracterizar que cumpriu de forma suficiente, a todo tempo e modo, seu dever de vigilância". Registre-se que ficou vencido o Des. TESTA MARCHI, que reduzia a condenação em razão da *culpa recíproca*. – RT 787, p. 225-228.

³⁷ Colhe-se, a respeito, o julgado unânime da 4ª Câm. Dir. Privado do TJSP, Rel. Des. OLAVO SILVEIRA, com a ementa: "Se o paciente contratou diretamente com o médico a realização de cirurgia, não pode o hospital ser responsabilizado pelos danos ocorridos em decorrência do ato cirúrgico, mormente se não foi o estabelecimento hospitalar que indicou o profissional ao paciente ou impôs o uso de suas instalações para a realização do procedimento". RT 788, p. 226.

³⁸ Colhe-se, pela precisão e enfoque à *presunção juris tantum* de culpa, as lições do Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, do STJ: "Em primeiro plano, respondem os hospitais pelos atos dos profissionais que os administram e, com *presunção juris tantum* de culpa, a admitir prova em contrário, pelos atos culposos dos seus empregados ou prepostos, na linha do Enunciado nº 341 da jurisprudência sumulada do STF, editado na vigência do sistema constitucional anterior, segundo o qual "é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto", sendo imprescindível, porém, que se demonstre a culpa do empregado no ato danoso. Destarte, quanto aos atos dos médicos que sejam seus empregados, que com eles tenham vínculo de emprego, respondem os hospitais, desde que demonstrada a culpa do médico, não se havendo de falar, nessa hipótese, em culpa objetiva. (*omissis*). De outro lado, não sendo o médico empregado do hospital e nem mesmo integrante dos seus quadros, não responde o hospital pelo ato do médico quando este apenas utiliza aquele para internamento e tratamento dos seus pacientes. Tem igualmente o hospital responsabilidade, e aqui também com *presunção juris tantum*, em relação aos instrumentos e aparelhos ("coisas") que utiliza na prestação dos seus serviços". In *Direito & Medicina*, capítulo "A Responsabilidade Civil do Médico". Ed. Del Rey-BH: 2000. p. 181.

paciente. Diferentemente será o caso em que o paciente procura hospital e nele é encaminhado para ser atendido por determinado médico. Nesse caso, esse médico age como preposto do hospital, instalando-se a *solidariedade* de ambos perante o paciente.³⁹ Em relação ao médico, a responsabilidade decorrerá da ação ou da omissão cometida; em relação ao hospital, pela má eleição do médico, ou da negligência em não manter a estrutura hospitalar em adequado funcionamento,^{40, 41} ou pela eleição e aceitação de práticas médicas condenáveis pela ciência, ou, ainda, pela atuação de falso médico, ou (se regularmente formado e inscrito no CRM) imperito na sua especialidade, ou imprudente, ou negligente na conduta profissional⁴² ou, por fim, praticante de conduta *abusiva*. O fundamento legal está contido nos arts. 186 e 187, conjugados com os arts. 927/954, todos do CC/2002. O paciente tanto poderá acionar um deles (médico ou hospital), como ambos,⁴³ para o ressarcimento dos danos materiais e morais sofridos. O fato de

³⁹ Nesse sentido é a decisão da 4ª Câm. de Direito Privado do TJSP ap. 295.325.4/6.00, Rel. Dês. ENIO SANTARELLI ZULLANI, em 08.09.05, com a ementa: "Hospital. Ente universal que responde pelos atos dos médicos que admite como prestadores de serviços de atendimento no pronto-socorro, quando ocorre erro profissional, enunciado que justifica manter a legitimidade passiva *ad causam*, ressalvando direito de regresso contra os médicos que atenderam mal o paciente". E do voto condutor extrai-se: "O autor procurou a Sociedade, que é o hospital como ente organizado, pela aparelhagem e pelo pessoal encarregado de prestar atendimento de urgência e, por isso, deverá ser por ela indenizado, e não pelos médicos com os quais não estabeleceu contrato solene de prestação de serviços". [omissis] "Cabe-lhe, sim, depois de indenizar o cliente, exigir dos médicos que não radiografaram pé do autor, o reembolso [art. 934, do CCI]". In Boletim Informativo nº 815, 01.12.2005, da Revista Nacional de Direito, Ribeirão Preto-SP.

⁴⁰ Nesse sentido é a decisão unânime da 1ª Câm. Cível do TAMG, na Apel. Cível nº 204.107-4, Rel. Juiz PÁRIS PENA, em 27.05.97, com a Ementa: "O indevido aparelhamento técnico para atender a emergência ocorrida durante ou logo após intervenção cirúrgica, bem como a tardia remoção do paciente para CTI acarreta a responsabilização do hospital pelos danos sofridos, restando configuradas a imperícia e a negligência dos médicos que adotaram o procedimento concernente à cirurgia de eleição e sequer providenciaram exames pré-anestésicos, desconsiderando possíveis complicações. – É irrelevante para fins de responsabilidade civil que os médicos que exercem suas funções junto a estabelecimento hospitalar integrem os quadros do INSS, visto que, como membros do corpo clínico, se submetem aos regulamentos internos do hospital". In Revista de Julgados do TAMG, nº 67, p. 111-128.

⁴¹ Assim decidiu a 2ª Câm. Cível do TJMG, Rel. Des. ABREU LEITE, Apel. Cível nº 149.930-0/00, confirmando sentença da juíza HELOISA HELENA DE RUIZ COMBAT, acentuando a culpa e a regular possibilidade de denunciação da lide, com a ementa: "Em face de sua responsabilidade objetiva, estabelecida no § 6º do art. 37 da CF/88, é o Estado parte legítima para figurar no pólo passivo de ação de indenização, visando ao ressarcimento de danos causados a paciente, em razão de cirurgia realizada em hospital público, com médicos pertencentes ao quadro de servidores públicos, estatutários ou contratados, ou autônomos autorizados a nele prestar serviços, sendo devida a indenização pleiteada, máxime quando provado que as lesões graves e irreversíveis, sofridas pela paciente, foram resultantes de erro cirúrgico proveniente de defeitos nos equipamentos fornecidos pelo Estado. Versando a ação indenizatória sobre responsabilidade objetiva do Poder Público, inexistente qualquer vedação legal para que este exercite o direito de denunciação à lide, nos moldes estabelecidos na lei processual, hipótese em que, nesta segunda lide, se cogitará da demonstração de culpa do denunciado em sentido amplo". In Diário do Judiciário de Minas Gerais, p. 1-3, 21.02.2001.

⁴² Nesse sentido é o julgamento da 3ª Câm. Cível do TAMG, na Apel. Cível nº 118.642-5, Rel. Juiz PINHEIRO LAGO, com a Ementa: "Responsabiliza-se civilmente o hospital, em virtude de erro médico ocorrido em suas dependências, se não cuida de fazer exame pré-anestésico em seus pacientes, mormente quando são reconhecidas as possíveis complicações do tipo de anestesia aplicada". In Revista de Julgados, Vol. 46, pág. 287. OBS: Registre-se que o *teste prévio* de anestesia, hoje, está sendo questionado e abandonado, tal como registramos em *nota de rodapé*, no item "Anestesiologista", de nosso livro Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética, 3ª ed. Del Rey, 2003, p. 124.

⁴³ Sobre solidariedade médico/hospital, perante o paciente, colhe-se o julgado unânime da 8ª Câm. Cível do TJRJ, Rel. Des. LAERSON MAURO. Do voto do Relator, dentre outras análises, destacam-se: "Um hospital não é uma mera casa de hospedagem. Além disto e mais que isto, é um estabelecimento de saúde para onde as pessoas vão, a fim de tratar-se em casos mais delicados, que exijam tratamento especial ou maiores cuidados médicos, ou mesmo acompanhamento especializado. Esse contrato atípico acarreta para a entidade um dever especial, rigoroso, de oferecer ao paciente os recursos, condições, eficiência e segurança necessários e compatíveis com o objetivo da internação. Pronto atendimento às prescrições do médico-assistente ou responsável; serviços de enfermagem eficientes; atendimento médico nos casos de emergência; plantonistas e, sobretudo, um ambiente saudável, capaz de proteger os internos dos riscos de infecções, muito comuns e, portanto, perfeitamente previsíveis nesses estabelecimentos, é o que deles se exige; é o que a ele compete prover, a partir do momento em que recebe o paciente" (omissis). "O médico negligenciou, ao demorar a investigar e diagnosticar a infecção, que era visível e previsível. O hospital, porque faltou no controle da infecção, ensejando a que grassasse na paciente, com a agravante ainda de manter obra no estabelecimento, empoeirando os corredores, sendo aí também previsível o evento causal" (omissis). "Impõe-se, dessarte, fixar a responsabilidade civil de ambos". RT 733/340.

o médico ter, previamente, denunciado as falhas do hospital (nos termos do art. 22 do CEM) não o eximirá da responsabilidade perante o paciente. Muito menos ficará isento se o dano for resultante do cumprimento de ordem do Diretor Clínico, ou Diretor Técnico, ou do chefe da equipe, ou de norma regimental hospitalar (arts. 16 e 17 do CEM).

Se a responsabilidade for apenas do hospital e o médico for acionado sozinho, deverá, por intermédio de seu advogado, *denunciar à lide* o estabelecimento de saúde (art. 70, inciso III, do CPC). Se a responsabilidade for de ambos e a ação estiver endereçada apenas contra o médico, em igual forma de defesa deverá *chamar o hospital ao processo* (art. 77, inciso III, do CPC). Se o hospital se recusar a aceitar a denúncia ou o chamamento e, por isso, houver condenação isolada do médico, este, após o pagamento da indenização à vítima (ou à família desta), poderá regressar com ação indenizatória contra o hospital, para reembolso ou repartimento daquilo que pagou e outras perdas, se ocorridas, provando o vínculo causal. O mesmo procedimento judicial poderá ser feito pelo hospital, nos casos inversos, ou seja, quando a responsabilidade for do médico (isoladamente ou em solidariedade) e a ação de indenização for dirigida apenas contra o hospital.^{44, 45}

Ainda em relação ao médico, o art. 16 do CEM é claro em dispor que ele (médico) não pode ficar limitado às normas estatutárias ou regimentais hospitalares para o diagnóstico e execução do tratamento. Assim, não pode abdicar de sua liberdade de ação profissional. Se o fizer, resultando dano ao paciente, não poderá se esquivar da responsabilidade, alegando tais impedimentos (sem prejuízo de eventual ação de regresso, provando que o dano decorreu de ação comissiva do hospital).

Se o paciente internado sofrer dano pessoal em razão exclusiva da hospedagem,⁴⁶ o hospital será responsabilizado isoladamente. A incolumidade do paciente internado é ônus do hospital, mesmo nos casos de tratamento gratuito.^{47, 48} Para o paciente, como já dito no item 8 destas anotações, pouco importa eventual desavença entre Administração, Direção Técnica e Direção Clínica. O hospital só se eximirá da responsabilidade se provar culpa própria do paciente ou exclusiva do médico que o atendeu, contrariando as normas de funcionamento e o Código de Ética Médica, e que, ainda, esse médico não é seu empregado, nem preposto. Em relação à vítima de *erro médico*, no caso de dúvida sobre quem teve conduta determinante para ocorrência do dano (hospital ou médico), ambos deverão ser

⁴⁴ Nesse sentido é a decisão da 7ª Câm. Civ. do TAMG, no AI nº 262.073, Rel. Juiz GERALDO AUGUSTO, em 08.10.98, com a Ementa: "Verificando-se que as responsabilidades, quando efetivamente demonstradas, em tese se correlacionariam e seriam conseqüentes, originando, também, eventual direito de regresso a favor do requerido-denunciante, proporcionalmente à responsabilidade específica do denunciado-médico, presentes estão os indícios mínimos e necessários para autorizar a denúncia da lide, na forma do art. 70, III, do CPC". In Revista de Julgados do TAMG nº 73, p. 49-53.

⁴⁵ Idem, da 3ª Câm. Cível do TAMG, no AI nº 268.734-5, Rel. Juiz DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA, em 16.12.98, com a Ementa: "O médico que não mantém vínculo empregatício com o hospital, mas que se utiliza de suas dependências para prestar serviços é, em tese, solidariamente responsável com este, com o que é plenamente cabível seja denunciado à lide, pois, se restar comprovada a sua culpa no incidente, será obrigado a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo suportado pela instituição hospitalar". In Revista de Julgados do TAMG, n.º 73, p. 67-70.

⁴⁶ Sobre responsabilidade hospitalar por serviços de *enfermagem*, recomenda-se leitura da excelente obra "Implicações Ético-Legais no Exercício da Enfermagem", de GILBERTO BAUMANN DE LIMA, 2ª edição Mondrian, RJ, 2003.

⁴⁷ Neste sentido são as lições de AGUIAR DIAS, in *Tratado da Responsabilidade Civil*, 5ª Ed. Forense, Vol. I, p. 292.

⁴⁸ Assim é a decisão da 4ª Câm. Cível do TJSP Apel. Cível 276.152, Rel. Des. CAMPOS GOUVÊA, com a Ementa: "Na responsabilidade dos hospitais se inclui a incolumidade, mesmo quando o tratamento seja gratuito". RT 522, p. 90-91.

condenados, solidariamente, assegurado a cada qual o direito de regresso, em ação própria e sob o crivo do contraditório, para assentar a efetiva culpa única – se é que assim ocorreu.

Dentre as responsabilidades pela Administração do hospital, no que interessa ao médico e ao doente (além da segurança física de todos), avultam-se as cautelas de higienização geral (profilaxia) e a de controle do lixo hospitalar contagioso (quer os de tecidos ou resíduos vivos, quer os de radiação, por peças descartadas de aparelhos que utilizam energia nuclear). Em relação ao lixo hospitalar contagioso, de tecidos ou resíduos vivos, tão logo acondicionados (obedecendo aos critérios técnicos) e retirados das dependências do hospital pelo serviço público próprio, a responsabilidade passará a ser do Município, para os eventuais casos de contágio fora do hospital e com dano a terceiro, cuja apuração será feita pelo ângulo da culpa *objetiva*, porém *relativa*. Pode o Município, por isso, exigir a instalação de incinerador do lixo contagioso bacteriológico, no próprio hospital (ou, ainda, de quaisquer outros processos de prevenção contra contágio, a exemplo de esterilização a vapor, desinfecção química, tratamento por microondas, etc, como previstos na Resolução nº 5/93, do CONAMA e, também, na Resolução RDC nº 306, de 07.12.2004, esta, especificamente sobre resíduos de serviços de saúde). Em relação às peças de aparelhos *radioativos*, com perigo de contaminação pela radiação, elas devem ser embaladas apropriadamente e devolvidas aos fabricantes, para o devido descarte ou destruição com segurança.

No tocante aos danos derivados de *radiação*, a questão comporta o seguinte desdobramento: a) Se o dano derivar de *tratamento* médico via radiação, a responsabilidade é *objetiva relativa*. b) Se o dano decorrer do *aparelho* radioativo, fora da aplicação médica, a responsabilidade é de natureza *objetiva absoluta* (art. 21, XXIII, letra “c”, da CF/88), tanto pela previsão legal, como porque não se trata de atividade médica, nem a vítima tem como se defender.

Independentemente de eventual conduta médica incorreta, o hospital poderá ser condenado para ressarcimento patrimonial se funcionário ou terceiro (paciente ou não), enquanto dentro do estabelecimento, sofrer dano injusto (por exemplo, em caso de contágio pelo lixo hospitalar, ou vítima de agressão física causada por outrem furioso e internado sem as devidas cautelas de segurança, etc). Também, poderá o estabelecimento de saúde ser responsabilizado por acidentes ocorridos em suas dependências, seguindo o processo judicial pelo mesmo princípio da culpa *presumida*, ou seja, cumpre ao hospital provar que o fato derivou de imposição legal, ou de culpa exclusiva da vítima, ou de fato de terceiro impossível de evitar, ou de força maior invencível, ou de caso fortuito externo.⁴⁹

15. A INFECÇÃO HOSPITALAR E A EQUIVOCADA RESPONSABILIDADE SEM CULPA

Pelo ângulo da Medicina, primeiro de tudo é preciso fazer distinção entre *contaminação* e *infecção*. Em linguagem não técnica, por *contaminação* entende-se o desenvolvimento e colonização de bactérias, vírus, fungos e parasitas de diferentes espécies, em qualquer parte do corpo humano, sem causar doença.

⁴⁹ Nesse sentido é a decisão proferida pela 2ª Câm. Cível do TJSP, em 09.11.93, Rel. Des. PEREIRA DA SILVA, sobre explosão de caldeira em hospital, causando lesões corporais seguidas de morte em visitante, com a Ementa: “A responsabilidade civil pela guarda da coisa tem conotações com a responsabilidade objetiva; daí por que a presunção decorrente só é elidível pela prova a cargo do guardião”. RT 703, p. 20-72.

Essa colonização tanto pode ter início pela presença de novo microorganismo, como pelo desenvolvimento de microorganismos ali já existentes (até então inertes, mas que, por motivo às vezes não explicável – normalmente por queda da resistência orgânica –, passam a se multiplicar). A *infecção* é a modificação ocorrida no tecido vivo, pelo desenvolvimento desses microorganismos (bactérias, vírus, fungos e parasitas), causando doença em razão do *desequilíbrio* gerado na “vida comunitária” dos microorganismos até então ocupantes da “área” (microbiota ou flora endógena). O corpo humano, pela visão biológica isolada, é uma cadeia ecológica onde há *equilíbrio* entre microorganismos *residentes* e *oportunistas*, cada qual competindo pelo mesmo espaço para garantir sobrevivência. Ao momento em que esse equilíbrio é rompido, a predominância de uns sobre outros gera o que se denomina “infecção”, cuja intensidade ou virulência caracterizará a gravidade da doença. Assim, a contaminação tanto se dá pela “mudança” de “área” de bactérias e demais microorganismos do próprio corpo humano, a exemplo de perfuração ou rompimento da pele e tecidos,⁵⁰ em ação exógena e/ou endógena,⁵¹ como, na mesma perfuração ou rompimento, pela concomitante in-

⁵⁰ Nesse sentido é a decisão monocrática e o julgado que a confirmou, da 4ª T. Cível, do TJDF e Territórios, Rel. Dês. CRUZ MACEDO, ap. 2001-01-1.006899-8, com a ementa: “A responsabilidade civil do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88, decorrente de atos omissivos é subjetiva e não objetiva, aplicando-se a teoria da culpa do serviço e não a teoria do risco administrativo. Pressuposto necessário à responsabilidade é a demonstração do nexo de causalidade, sem a qual se deve rejeitar o pleito indenizatório. Não tendo o autor logrado demonstrar que os graves danos físicos por ele sofridos, em razão de infecção por bactéria, tenham decorrido de ato omissivo ou comissivo de agente público, não lhe assiste o direito à indenização por danos materiais ou morais”. Do voto do Relator extrai-se: “Consoante jurisprudência do Excelso STF em se tratando de atos omissivos, a regra do art. 37, § 6º, da CF não determina a responsabilidade do Estado, havendo de prevalecer a regra geral da responsabilidade subjetiva” [...] “Em verdade, como corretamente reconhecido na sentença apelada, o conjunto probatório conduz à conclusão de que a infecção contraída pelo autor decorreu de bactéria (*Escherichia coli*) que se acha presente em todos os seres humanos, mais exatamente nas fezes, o que autoriza a conclusão de que o infartútil ocorrido resultou de infecção decorrente do próprio fato de ter o abdômen do autor sido perfurado por projétil e de acúmulo de fezes que tal incidente provocou na região atingida”. RT 831/342.

⁵¹ Em termos de *risco*s estatísticos relativos à infecção, conforme elementos fornecidos pela médica Dra. CRISTINA HUEB BARATA, professora adjunta da cadeira de Infectologia da UFTM, a *Infecção Hospitalar* assim pode se resumir: 1. - Distribuição da taxa de *infecção* do *sítio cirúrgico* conforme a classificação: a) LIMPA: 1 a 5%; b) POTENCIALMENTE CONTAMINADA: 3 a 11%; c) CONTAMINADA: 10 a 17%; d) SUJA: 27%. A taxa de infecção em feridas *limpas* é um importante indicador de risco de infecção em qualquer instituição hospitalar. 2. - Classificação pelo ASA (American Society of Anesthesiologists): 1,9% - classe I: saudável; 1,9% - classe II: doença sistêmica moderada; 4,3% - classe III: doença sistêmica grave; 4,3% - classe IV: doença sistêmica com risco de vida; 4,3% - classe V: expectativa de vida d” 24 horas. 3. - Taxa de infecção do *Trato Respiratório*: 0,5 a 1% sem qualquer procedimento invasivo. Quando internado em CTI, o risco aumenta de 10 a 20 vezes. Se em ventilação mecânica, o risco aumenta de 3 a 21 vezes. Quando não em respiradores, 0,9% por 1000 pacientes/dia, e de 20,6 por 1000 pacientes/dia quando em respiradores. Quando há trauma torácico, as taxas se elevam para 20 a 25%. Traumas cranianos e internados em UTI neurocirúrgica - 23 a 42,2%. Grandes queimados: 14%. Pacientes com câncer ou transplantados: 20%. Pacientes submetidos a cirurgia abdominal superior: 3,8 a 17,5%. 4. - Taxa de infecção do *Trato Urinário*. Sempre relacionada a *procedimentos*. Livro de Referência: “Infecção Hospitalar e suas interfaces na Área da Saúde” - Autor: Antônio Tadeu Fernandes - Editora: Atheneu-2000). Exemplos ilustrativos fáticos: a) - *Diarréia – Bronco pneumonia*: - M.A.S., de 89 anos, deu entrada no hospital devido ao quadro de diarréia e desidratação. Evoluiu com piora do quadro hidro-eletrolítico, com rebaixamento do nível de consciência, apresentando dificuldade para deglutir. Após o 5º dia de internação, iniciou quadro febril e piora do hemograma. Ao exame físico, presença de ruídos adventícios nos pulmões, configurando, com o Rx de tórax, quadro de broncopneumonia hospitalar. Este caso ilustra que, mesmo independente dos cuidados médicos e sem medidas invasivas, ocorreu infecção hospitalar, na acepção técnica dessa expressão. b) - *Cirurgia Cardíaca – ITU*: - H.A.C., de 62 anos, masculino, deu entrada no hospital para ser submetido a cirurgia cardíaca. Devido ao longo tempo cirúrgico, houve necessidade de cateterismo (sonda) vesical. No 3º dia de pós-operatório, foi retirada a sonda, e o paciente, no 4º dia, iniciou com quadro febril, dor e ardor para urinar. Realizado exame de urina e cultura, foi constatado *infecção urinária hospitalar*. Este caso ilustra que, após procedimento invasivo (cateterismo), mesmo com técnica adequada, há maior chance de ocorrer infecção. c) - *Rompimento de intestino* - Paciente de 45 anos, masculino, portador de *megacolon chagásico* (intestino aumentado de tamanho), apresentou-se ao pronto socorro com quadro de abdome agudo obstrutivo. Ao ser submetido à laparotomia exploradora foi encontrado perfuração de alça intestinal e presença de fezes na cavidade peritoneal. Na evolução pós-operatória houve deiscência (abertura dos pontos) da ferida cirúrgica e drenagem de secreção purulenta, pela incisão cirúrgica. Este caso, para as pessoas menos preparadas, poderá parecer tratar-se de *infecção hospitalar* – pois estaria relacionado ao procedimento cirúrgico realizado no hospital –, quando, em verdade, trata-se de *infecção comunitária*, ou seja, o paciente, ao entrar no hospital com uma patologia grave, e antes da intervenção do cirurgião, já era portador de *contaminação* maciça do abdome.

serção de bactérias e demais microorganismos alheios àquele corpo humano. Por ação exógena, a contaminação também pode ser aérea (sem perfuração ou rompimento de pele e tecidos).⁵² Em quaisquer dos casos de contaminação (colonização de microorganismos de espécies diferentes, próprios ou alheios), a primeira reação do corpo humano, por mecanismo próprio e natural, é a repulsa ao “estranho no ninho”, restaurando o antigo convívio exclusivo (equilíbrio). Cada pessoa tem sua forma própria de autodefesa biológica (*status imunológico*),⁵³ restaurando o equilíbrio convivencial dos respectivos e próprios microorganismos (microbiota ou flora endógena), em sua respectiva “área” (derme, epiderme, mucosa e tecido). Essa reação pode ser estimulada ou coadjuvada por medicamentos específicos. Mas os mesmos medicamentos aplicados podem produzir diferentes resultados, em razão da singularidade biológica de cada pessoa. Por isso, todos podem ser contaminados e nem todos serão, obrigatoriamente, infectados. Se infectados, alguns podem prontamente restabelecer o antigo equilíbrio, e outros, por não conseguirem, apesar do estímulo e auxílio medicamentoso, morrem.

Não há, na Ciência do Direito, definição legal sobre *infecção hospitalar*. O conceito fornecido pela Ciência Médica, conforme lição da Professora de Medicina, Dra. Cristina Hueb Barata (nota de rodapé nº 62), significa “qualquer infecção adquirida após a internação do paciente e que se manifesta durante a internação ou mesmo após a alta, quando puder ser relacionada com a internação ou procedimentos hospitalares. No Brasil o período de incubação padronizado para as Infecções Hospitalares é após 72 horas de internação. Após a alta do paciente as infecções são consideradas hospitalares se manifestadas até 72 horas, em caso de procedimentos cirúrgicos até 30 dias do ato e se houve implante considera-se até um ano”.

Já para a Ciência do Direito, não obstante o silêncio legislativo, a escassez doutrinária e a não, ainda, uniformização jurisprudencial, entendemos tratar-se de *infecção hospitalar*, para os efeitos de reparação, não aquela que simplesmente manifesta-se após a internação, mas, sim, aquela que se *adquire* após a internação, por decorrência de procedimentos médicos *mal* executados, ou por *omissão*, ou *insuficiência* nos seus cuidados de *prevenção* profilática. A ação ou a omissão tanto pode ocorrer somente em relação ao paciente infectado, quanto em relação aos procedimentos ordinários, gerais, de prevenção. De qualquer forma, sempre há de haver um nexo de causalidade determinante e censurável,⁵⁴

⁵² Por exemplo, na tuberculose pulmonar, na meningite meningocócica, na infecção por vírus (catapora, sarampo), etc.

⁵³ Por *status imunológico*, segundo lição da médica infectologista Dra. CRISTINA HUEB BARATA, compreende-se a própria capacidade de reação do organismo, que difere de uma para outra pessoa, acentuada por fatores como *idade*, estado de *nutrição*, *predisposição* genética a certas doenças, *doenças crônicas*, uso de medicamentos *imunossupressores*, etc.

⁵⁴ É preciso dizer que, nesse ponto, a *responsabilidade civil* se harmoniza e se socorre dos conceitos do *Direito Penal*, relativamente à *causalidade determinante e censurável*, balizados no art. 13 do Código Penal. Em ambas essas áreas, a identificação da causalidade determinante e censurável tem por destino a proteção dos interesses *públicos* difusos, assim como dos interesses *privados* (individuais). Não se pode falar em *nexo de causalidade* sem identificação da conduta *censurável*. Mesmo em se cogitando das teorias da *causalidade adequada* ou da *causalidade alternativa* (assimiláveis no campo da *responsabilidade objetiva* absoluta), a identificação do nexo causal determinando e censurável é indispensável. Senão, a pesquisa intelectual não terá fim: o paciente morreu, porque o coração parou de bombear sangue; parou, porque houve sobrecarga; houve sobrecarga porque o paciente foi obrigado a trabalhar em dobro; trabalhou em dobro porque o Estado não lhe pagou aposentadoria suficiente; o Estado não pagou aposentadoria suficiente porque os contribuintes sonegaram; os contribuintes sonegaram porque havia sobrecarga tributária; havia sobrecarga tributária porque o Estado necessitava de recursos, etc. Qualquer fato social analisado dessa forma vai ao infinito...! Por isso, é necessário identificar o nexo causal determinante e censurável. *Censurável* significa juízo de valor da *conduta* humana.

⁵⁵ produto de ação ou omissão humana. Não o *risco* isolado, aleatório, como se fosse contrato de *seguro* ou banca de *jogo*. Daí a presunção de culpa contra o hospital. Isso porque, como se viu na referência acima, o paciente, já infectado, pode dar entrada no hospital sem essa aparência e a manifestação da doença vir à tona posteriormente.

Nos ementários de jurisprudência, quando se pesquisa responsabilidade médica hospitalar, com relevo estatístico sobressai o item *infecção hospitalar*. E o que se vê como solução jurídica é a aplicação do art. 14 do CDC, em interpretação *gramatical*, com vistas aos serviços e aos “*riscos que razoavelmente dele se esperam*”.⁵⁶ Como defendemos nestas anotações, em rigor, o CDC, no tocante à responsabilidade *sem culpa*, não se aplica aos conflitos individuais sobre *saúde*. A adoção da teoria da responsabilidade *sem culpa*, colocando o hospital na cambulhada dos estabelecimentos comerciais destinados exclusivamente ao *lucro*, assim como a pessoa do paciente apenas *consumidor*, não nos parece a mais acertada. A observação detida dos estabelecimentos hospitalares, quanto aos fins e circunstâncias nas quais devem atuar, convence-nos de que não podem ser englobados na generalização de estabelecimento *comercial*, com natureza ontológica de *lucro* e respectiva e prévia dimensão do *risco*. Os hospitais, tanto de natureza lucrativa como benemérita, têm por função principal dar complemento à necessária *terapia*, atraindo, por isso mesmo, a característica de contrato de *empenho*, como regra geral – como já dito em abundância.

Se interpretação *gramatical* fosse regra soberana a questão enfocada seria analisada pelo § 2º do art. 3º do CDC – prevendo *pagamento* como requisito de “*serviço*” ao *consumidor* (relação de *consumo*) –, situação que criaria o absurdo de duas modalidades de julgamento: *uma*, de responsabilidade *subjetiva* (mediante apuração da culpa) para os hospitais de *caridade* e os *públicos* (já que não há objetivo de lucro, nem cobrança pelos serviços prestados); e *outra*, de responsabilidade *objetiva absoluta* (sem culpa) para os hospitais privados, onde há pagamento pela prestação de serviços! Iguamente, nenhum senso faz adotar o princípio da responsabilidade *subjetiva* nas “*sociedades civis*” (clínicas) e o de responsabilidade *objetiva* (absoluta – sem culpa) para os estabelecimentos de saúde formalizados como “*sociedade empresarial limitada ou ilimitada*”, como preconizado na reportagem publicada na Revista Jurídica Consulex, ano V, nº 113, de 30.09.2001, intitulada “*Responsabilidade Civil por Erro Médico*”. A nosso ver, sociedades lucrativas ou caritativas, pessoais de prestação de serviços ou empresariais, de responsabilidade limitada ou ilimitada não podem ter tratamento diferenciado em se tratando de *saúde* – já que o objeto principal de todas é o necessário *complemento* e extensão da *terapia* médica. Vê-se, desse modo,

⁵⁵ GISELA SAMPAIO DA CRUZ, no erudito, lícido e didático trabalho sobre *nexo de causalidade* na Responsabilidade Civil, depois de analisar as teorias da Causalidade Adequada, da Causalidade Virtual, da Causalidade Alternativa e outras, arremata: “Enfim, a aferição do nexos causal no caso concreto não se pode pautar em temerárias conjecturas, ou em deduções aventureiras, ou, pior ainda, em adivinhações. O julgador precisa ter discernimento e sensibilidade para captar as sutilezas e matizes de cada caso. Já se disse que, em homenagem a valores de índoles diversas, o ordenamento jurídico pode, por vezes, flexibilizar certas articulações lógicas do sistema, mas não se pode conferir à responsabilidade civil funções que esta efetivamente não tem”. In *O Problema do Nexos Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 352.

⁵⁶ Em nosso trabalho “*Fundamentos Gerais, Regras e Espécies de Responsabilidade Civil e Criminal*”, no item “A Responsabilidade Civil e a Sociedade de Consumo”, demonstramos que a expressão “*independentemente da existência de culpa*”, nos arts. 12 e 14 do CDC, é equivocada porque a interpretação harmônica das disposições desse Estatuto nos leva à conclusão de que se trata de responsabilidade *objetiva relativa*, assentada na censura da *conduta* humana, fato que se traduz por *presunção de culpa*, jamais se confundindo com contrato de *seguro*. In Revista Jurídica UNIJUS, nº 8, Universidade de Uberaba, maio/2005, p. 25-30.

que a interpretação literal, gramatical, de qualquer texto legal, isoladamente não pode prevalecer.

Também não faz sentido a distinção adotada por alguns julgados entre responsabilidade *médica* e responsabilidade *hospitalar*, interpretando esta como *objetiva* e aquela como *subjetiva*. Primeiro de tudo, como já dito, a ação hospitalar é *complemento* necessário da *terapia*. Ao depois, muito raramente o dano ao paciente decorre de conduta hospitalar isolada. No geral, é a soma de conduta médica incorreta e procedimentos hospitalares impróprios, em ação interativa que, infelizmente e de forma negativa, complementam-se. Entretanto, paradoxalmente, nos casos de dano com identificação denexo causal duplo (médico e hospital), em inúmeros julgados os médicos têm sido inocentados ao fundamento de que “*não restou provada a culpa*” (cujo ônus probatório, pela regra literal, é atribuída ao paciente), enquanto que os estabelecimentos hospitalares têm sido condenados com base na responsabilidade *sem culpa*. Pior ainda, quando há constatação de *regularidade* na conduta médica e se condena o hospital, com desprezo das provas, ao fundamento de responsabilidade *sem culpa*, como se a internação hospitalar fosse *apólice* de seguro. Essa distinção de procedimentos judicantes para aferição da responsabilidade civil na área médica emerge incompreensível, já que o médico, por força dos arts. 16 e 25 do CEM,⁵⁷ tem liberdade de definir terapias e internar pacientes em hospital, independentemente de fazer parte ou não do respectivo “corpo clínico”.^{58, 59} Por decorrência desse imperativo legal, como já abordamos no item 12 destas anotações, a administração hospitalar não pode *impedir* internações, nem *interferir* na terapia proposta por médico dela desconhecido ou, se conhecido, desvinculado de seu corpo clínico, ou, por fim, se integrante do corpo clínico, dela não é empregado, nem preposto.

Bem examinado, ao invés de contrato de *seguro* de saúde, como querem os desavisados, um hospital é sempre um verdadeiro “*centro de doenças*”, as mais diversas e imprevisíveis, conhecidas e desconhecidas até o momento de sua eclosão. Daí os riscos para todos: pacientes já internados; acompanhantes; visitas; médicos; enfermeiros; funcionários burocráticos; serviços, etc. Por isso, inú-

⁵⁷ E, também, Pareceres do Conselho Federal de Medicina nºs 27/86, 11/89, 16/89 e 15/90.

⁵⁸ REsp nº 27.039-SP; Rel. Min. NILSON NAVES, assim ementado: “Médico. Direito de internar e assistir seus pacientes. Código de Ética Médica aprovado pela Resolução CFM nº 1.246/88, art. 25. Decisão que reconheceu o direito do médico, consubstanciado na Resolução, de “*internar e assistir seus pacientes em hospitais privados com ou sem caráter filantrópico, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas da instituição*”, não ofendeu o direito de propriedade, estabelecido ao art. 524 do Código Civil. Função social da propriedade, ou direito do proprietário sujeito a limitações. Constituição, art. 5º, XXIII. 2. É livre o exercício de qualquer trabalho. A saúde é direito de todos. Constituição, art. 5º, XIII e 196.”. In *Direito & Medicina*, coordenador Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, capítulo “*Temas de Medicina na Jurisprudência do STJ*”, Min. Cesar Asfor Rocha, edição Del Rey-BH, 2000, p. 386.

⁵⁹ O fato de o médico particular atender doente carente em seu consultório não o impede de interná-lo em hospital público, nem exige que ele médico faça parte do órgão gestor do SUS. Nesse sentido foi a decisão unânime da 4ª Câm. Cível do TJMG, na Apel. Cível nº 178.023-8/00, Rel. Des. Bady Curi, proferida no Mandado de Segurança impetrado pelo médico José Sávio de Carvalho Pinto, na Comarca de Entre Rios de Minas, com a ementa: “Nos termos da Lei nº 8.080/90 e da Portaria nº 113/97 da Secretaria de Estado da Saúde, a AIH (Autorização de internação hospitalar) garante a gratuidade total da assistência prestada, sendo vedada a cobrança de complementação, a qualquer título, pelos profissionais e/ou pelas unidades assistenciais públicas ou privadas, contratadas ou conveniadas, ao paciente ou a seus familiares, não sendo, todavia, necessário que o médico seja integrante do SUS para que o paciente por ele atendido, ainda que em consultório particular, e posteriormente encaminhado para a internação hospitalar, seja submetido a tratamento via SUS, necessitando, portanto, da emissão da AIH, a cargo da Secretaria de Saúde Municipal. Havendo prova documental de que o médico particular tem direito de recomendar a internação de seu paciente pelo SUS e de que, para tanto, não há necessidade de ser credenciado junto ao órgão gestor do Sistema Único de Saúde (SUS), a negativa da Secretaria Municipal de Saúde de emitir as autorizações de internação hospitalar (AIH) aos pacientes indicados pelo referido médico é ilegal e deve ser obstaculizada”. In Diário do Judiciário de Minas Gerais, pág. 1, 08.06.2001.

meras são as cautelas a cumprir, impostas por regras de *saúde pública*,⁶⁰ com vistas à prevenção geral. Cumpridas as regras estabelecidas de profilaxia técnica e pessoal,⁶¹ o *risco* de contaminação (que pode ocorrer dos germes naturais do próprio paciente) e seqüente infecção⁶² não podem ser interpretados como *risco empresarial*, a impor, por isso mesmo, indenização pelo critério de responsabilidade *sem culpa* – como é a regra genérica, literal, do art. 14, *caput*, do CDC.

Sem dúvida que o CDC tem por objetivo assegurar *saúde, segurança e*

⁶⁰ Desde 1983, o Ministério da Saúde vem editando normas específicas de prevenção e controle de infecção hospitalar: Portaria nº 196/83; Portaria nº 232/87; Portaria nº 930/92; Portaria nº 666/99; e Portaria nº 2.616/98.

⁶¹ A respeito da profilaxia geral e permanente nos hospitais, condutas pessoais e procedimentos no estabelecimento, além das normas legais editadas e acima mencionadas, para os interessados recomenda-se o didático e preciso roteiro elaborado pela Dra. ROSANA RICHTMANN, intitulado "*Guia Prático de Controle Hospitalar*", com farta referência bibliográfica de base técnica a permitir aprofundamento, editado pela Soriak Comércio e Promoções S/A, São Paulo, 2002.

⁶² A respeito de infecção hospitalar, pelo ângulo técnico-científico, transcreve-se o resumo bem elaborado pela Dra. CRISTINA HUEB BARATA, professora adjunta da cadeira de Infectologia da UFTM, e LUCI REGINA BRITO RIBEIRO, enfermeira Mestranda em Controle de Infecção Hospitalar: "INFECCÃO HOSPITALAR: - I - CONCEITO: É qualquer infecção adquirida após a internação do paciente e que se manifesta durante a internação ou mesmo após a alta, quando puder ser relacionada com a internação ou procedimentos hospitalares. No Brasil, o período de incubação padronizado para as Infecções Hospitalares é após 72 horas de internação. Após a alta do paciente, as infecções são consideradas hospitalares se manifestadas até 72 horas, em caso de procedimentos cirúrgicos até 30 dias do ato, e, se houve implante, considera-se até um ano. II - MECANISMOS DE DEFESA ANTIINFECCIOSA: Esses mecanismos de defesa podem ser alterados pela doença na internação ou por procedimentos invasivos, aos quais o paciente é submetido durante sua internação. Se o hospedeiro for incapaz de regenerar seus mecanismos de defesa anti-infecciosos, os microorganismos se sucederão e a infecção perpetuará até a morte, independentemente do uso de antimicrobianos adequados. Fazem parte desse mecanismo de defesa: 1. - Resistência natural: é um estado complexo resultante da ação integrada de múltiplos mecanismos de defesa, parcialmente conhecidos. Eles se subdividem em: 1.1 - Barreiras anatômicas (pele, mucosas, linfonodos e microbiota normal presentes neste local). 1.2 - Resposta inflamatória. 1.2-1 - Fatores humorais: são substâncias que existem no sangue, que atacam e matam os microorganismos e também neutralizam vírus e toxinas bacterianas. Ex. complemento, interferons, interleucinas e anticorpos naturais. 2. - Resistência adquirida ou imunidade. Elas se dividem em: Imunidade celular e humoral. Podem ser adquiridas de forma passiva ou ativa. Ex.: vacinas, colostro, transferência materno fetal e infecções naturais. A incapacidade do hospedeiro (paciente ou cliente) de conviver harmoniosamente com a sua microbiota normal decorrente de falhas ou depressão no mecanismo de defesa, provocadas pela doença ou pelos procedimentos diagnósticos ou terapêuticos ocasionam o retardo da cura ou o agravamento da doença de base. Como se vê, não depende exclusivamente do médico ou da estrutura hospitalar a recuperação total ou parcial do processo patológico. De maneira objetiva citaremos alguns fatores que influenciam na qualidade da resposta imune: 1- Idade recém-nato; idoso; 2- Stress; 3- Genética (anemia falciforme – raça negra); 4- Estado nutricional; 5- Esplenectomia (ausência do baço); 6- Diabetes Mellitus; 7- Doença renal crônica; 8- Alcoolismo; 9- Colagenoses (doenças auto imunes); 10- Uso de medicamentos imunossupressores (quimioterápicos, corticóides). Em relação aos microorganismos que causam doenças, os principais agentes das infecções hospitalares fazem parte da microbiota normal do indivíduo, ou seja, estão presentes tanto nas pessoas saudáveis como nas pessoas doentes. As características desses microorganismos devem ser levadas em conta, tais como: 1- Aderência microbiana; 2- Invasão de tecidos; 3-Toxinas; 4- Evasão dos mecanismos de defesa. A partir da análise desses fatores, concluímos que as doenças infecciosas não podem ser abordadas apenas em bases microbiológicas. É necessário uma visão multifatorial. Desta forma, com reconhecimento dos diversos fatores relacionados com a doença, podemos interferir na sua instalação, prevenção, evolução e seqüelas, no sentido de restaurar a saúde ao paciente. Sendo assim, algumas infecções hospitalares são evitáveis (preveníveis), outras não. As infecções hospitalares resultam de interações complexas e múltiplos fatores causais que interagem diferentemente, dependendo das infecções de diversos tipos. Para melhor compreensão, ilustraremos com a infecção de trato urinário. Quando um paciente é submetido à instrumentação do trato urinário (sonda vesical), há um risco aumentado de infecção do trato urinário em até 80%, e, se esse sistema for de drenagem aberta, pode atingir 100% em apenas quatro dias após o procedimento. Quando se utiliza o sistema de drenagem fechado, ocorre aproximadamente em 50% dos pacientes infecção após 10 a 14 dias. Podem-se evitar 70% das infecções urinárias nestes casos apenas com o uso do sistema fechado, constituindo-se em medida preventiva de infecção hospitalar. Em relação à infecção de ferida cirúrgica, o principal fator predisponente é o potencial de contaminação da cirurgia, mas outros fatores têm grande importância no desenvolvimento dessa infecção: duração do procedimento, condições pré-operatórias, tempo de permanência de internação em pré-operatório (predispõe a colonização por bactérias mais virulentas e resistentes), presença de infecção concomitante, utilização de corpos estranhos (drenos, próteses), estado nutricional do tecido operado e técnica cirúrgica adequada. As medidas que podem ser instituídas para minimizar o risco de infecção cirúrgica são: antibiótico, profilaxia perioperatória, técnica cirúrgica adequada, menor duração do ato cirúrgico, anti-sepsia cutânea, revisão da hemostasia e qualidade da esterilização do instrumental cirúrgico. Em relação à infecção do trato respiratório, são múltiplos fatores que predispoem o aparecimento dessa infecção: idade, patologia da base, instrumentação do trato respiratório (entubação, traqueostomia), colonização do orofaringe com bactérias do trato intestinal, redução do pH do estômago, endoscopia, aparelhos de ventilação mecânica e bronco-aspiração. São de responsabilidade da equipe multidisciplinar (médicos, enfermeiros, nutricionistas e fisioterapeutas) medidas preventivas para redução deste risco, tais como: decúbito do paciente (cabeceira elevada), a não utilização de inibidores do pH estomacal, posicionamento da sonda naso-enteral, manobras fisioterápicas e condutas padronizadas nas trocas dos circuitos do respirador. Como se vê, o controle das infecções hospitalares não depende exclusivamente da equipe médica hospitalar, mas de uma interação das medidas preventivas e do "status" imunológico do paciente. Em algumas situações, o cumprimento das medidas preconizadas pela CCIH pode prevenir essas infecções; em outras, embora corretamente realizadas, não são suficientes para evitar o aparecimento de infecções, o que muitas vezes leva à frustração na relação médico-paciente, com aparência de que não houve correto cumprimento do contrato".

qualidade de vida (art. 4º, *caput*). Mas, para que essa finalidade seja atingida, é preciso atentar para o princípio da *boa fé* e do *equilíbrio* nas relações contratuais, para a boa harmonia e desenvolvimento do progresso material, tal como expresso no inciso III desse mesmo artigo 4º.⁶³ Como já dissemos no início destas anotações, por imperativo Constitucional (art. 196) a saúde é “*direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas*”, fato que subordina as relações contratuais privadas aos limites e ingerências Estatais, em qualquer momento (*dirigismo* Estatal).

É óbvio que as leis foram feitas para ser cumpridas. Mas, no exato momento da aplicação da abstração legal (*norma*) ao conflito nascido nas relações sociais (*fato*), compete ao Poder Judiciário identificar “*os fins sociais a que se destina a lei*”, com vistas ao bem comum maior (*valor*). Ou seja, toda norma legal, ao ser interpretada para aplicação ao caso de fato, não pode olvidar ou se isolar do contexto social onde se insere.⁶⁴ A lei não pode ser inimiga do próprio homem.⁶⁵ E o Judiciário, como Poder de Estado, quando não puder obter o bem maior, há de optar pelo mal menor. Na ordem prática, não se pode esquecer que a iniquidade leva a pessoa de direito a se defender, socialmente, como for necessário. A aplicação coercitiva de norma iníqua resulta em ação social inversa, defensiva. Além da injustiça que se poderá cometer (que não é o propósito da Ciência do Direito), a escassez de hospitais – que já é um fato social negativo – tenderá a se agravar, ilimitadamente, se médicos e empreendedores se convencem de que o *risco* de perda ou de falência (não obstante a permanente observação de conduta correta) é superior às perspectivas de ganho ou de sucesso, ou, ao menos, de tranquilidade para trabalhar. O desejável é que haja, sempre, mais médicos e mais hospitais, e, menos doenças.⁶⁶

Em nosso modo de ver, o estabelecimento hospitalar não pode ser interpretado, *a priori*, como instituição de exploração econômica, na qual o paciente

⁶³ A esse respeito, colhe-se a lição de LUIZ ANTÔNIO RIZZATO NUNES: “Deve-se ter em mente que, apesar de corretamente proteger o consumidor, o CDC não prega o antagonismo entre consumidor e fornecedor. Ao contrário, propugna pela harmonia nas relações de consumo (art. 4º, III)”. In O Código de Defesa do Consumidor e sua Interpretação Jurisprudencial, 2ª Ed. Saraiva, SP, 2000, p. 120.

⁶⁴ Consoante lições do Prof. JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA, in A Lei de Arbitragem, Edição Malheiros, 1999, pág. 25, aplaudidas pelo Min. CÉSAR ASFOR ROCHA, STJ, no Brasil “há o hábito de tratar o Direito apenas do ponto de vista dogmático, estudando as normas com independência das realidades social, política, econômica, ideológica e cultural, como se fossem metajurídicas. Entendemos ser o Direito parte da sociedade na qual opera. O adequado entendimento exige o conhecimento da natureza da realidade social global”. (grifos nossos). RT 785, p. 189.

⁶⁵ Aplica-se, como luvas, a observação conclusiva do Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA a respeito da responsabilidade médica e hospitalar, após registrar reflexão de *Victor Brochard*: “... enquanto se constrói a teoria da responsabilidade civil médica e hospitalar, incumbe à doutrina e à jurisprudência ir encontrando, como já se afirmou, o justo ponto de equilíbrio nas situações concretas ensejadas pela realidade da vida”. In Direito & Medicina, edição Del Rey, BH, 2000, p. 207.

⁶⁶ Colhe-se a respeito: “A responsabilização objetiva pelo exercício de profissão liberal, para reparação dos danos causados aos consumidores por, na linguagem legal, “*defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos*” (*caput* do art. 14 da Lei 8.078/90), de nenhuma forma pode afastar-se das normas gerais processuais atinentes ao ônus da prova, pena de refletir-se o tema em detrimento dos próprios usuários dos serviços de profissionais liberais, com a natural retração dos mesmos nos atendimentos de casos complexos, sujeitos a maiores riscos, e a entendimentos variados por parte dos especialistas” (AI 179.184-1/4, 5ª Câm. Cível do TJSP, unânime, Rel. Des. MARCO CÉSAR). Nesse julgamento, extrai-se da declaração de voto do Presidente, Des. SILVEIRA NETTO, para justificar a possibilidade de prova de ausência de culpa: “O objetivo da saúde, que interessa de perto no caso presente, é conceito que não apresenta maior dificuldade para sua caracterização e facilmente se alia aos demais: dignidade e segurança. Certamente que os princípios retromencionados hão de se curvar aos objetivos da política nacional de relação de consumo e o legislador não descuidou da vulnerabilidade do consumidor, destacando situações que o protegem de forma acentuada e intensa, mas sem se esquecer da harmonização dos interesses das relações de consumo, marcada na boa-fé e no equilíbrio do comportamento que governam os consumidores e fornecedores, informadores das relações das pessoas, dentro das condições retromencionadas. Há, pois, de um lado, a proteção, dada em certos casos, e, de outro, a força do equilíbrio e a grandeza da boa-fé, certamente como decorrência da igualdade de todos perante a lei. Isto porque, se o princípio da igualdade jurídica exige tratamento desigual para os desiguais, não se dispensa, em tal proceder, equilíbrio e boa-fé, caso contrário as normas gerais de direito e os princípios mais elevados informadores da moral e dos bons costumes por certo estariam afetados”. RT 691, p. 97-103.

passaria à condição de mero número estatístico (consumidor) – característica da pessoa humana na sociedade de consumo e razão ontológica do CDC. O hospital não alberga hóspede por voluntariedade própria ou desejo do paciente, mas, sim, por *necessidade da terapia*, programada ou emergencial, ministrada por médico. E as emergências que ocorrem são as mais díspares, desde casos de simples infecção ou de traumatismos superficiais em pessoas com capacidade regenerativa, que se satisfazem com simples medicação adequada para afastar agravamento ou perigo à vida, aos casos mais complexos, como queimaduras extensas e profundas, ou doenças invasivas e virulentas até então ocultas, ou ainda traumatismos múltiplos, profundos e graves. Em todos esses casos, os recursos médicos só surtem efeitos se encontrarem respaldo na capacidade regenerativa do próprio paciente.

Por *infecção hospitalar*, como dano decorrente de conduta reprovável e por isso desencadeadora da obrigação de reparar no juízo cível, há de se compreender a conduta *médica incorreta*, ou a *inobservância* de cuidados profiláticos de *rotina*, ou o descumprimento dos cuidados *especiais* previstos em normas destinadas a este fim, com vistas a cada categoria hospitalar^{67, 68} e respectivas internações, etc., gerando no paciente agravo à sua saúde, seqüela irreversível, perda da chance de cura e/ou até a morte. Ocorrendo infecção hospitalar, para melhor compreensão e aplicação do art. 14 do CDC, a análise judicial da prova há de ser feita pelo prisma de *culpa presumida*^{69, 70} (na qual o réu pode provar

⁶⁷ Em razão da natureza de cada hospital especializado, estabelece-se um *modus vivendi* do paciente e as implicações daí decorrentes. Por exemplo, nos hospitais de cancerologia, a permanência dos pacientes no hospital é necessariamente prolongada ou com retornos constantes, regulares, expondo-os a maiores contatos entre si (todos doentes) e natural aumento do índice de contaminação. Além disso, na área da Medicina de Oncologia, a medicação específica reduz a capacidade imunológica do paciente, fato que, além de torná-lo mais propenso ao contraimento de novas doenças, diminui-lhe a capacidade de reação orgânica. Por exemplo, segundo ensinamento seguro do médico infectologista VITOR GUILHERME MALUF CURI (responsável pelo controle e prevenção contra infecção do Hospital Dr. Hélio Angotti e, também, da Casa de Saúde São José, em Uberaba-MG), pacientes com doenças cancerosas em tratamento de quimioterapia e/ou radioterapia podem apresentar quadro denominado “*Neutropenia Febril*” (redução do percentual de glóbulos brancos), tornando o doente *incapaz* de se defender de infecções bacterianas, fúngicas e virais.

⁶⁸ Na atualidade, no que se refere a *tratamentos* hospitalares, há uma preocupação crescente em diminuir ao máximo os casos de internamentos, a ponto de se adotar o sistema denominado “*Home Doctor*”, onde o paciente é “internado” em sua própria casa, com assistência *médica* e de *enfermagem* regulares, caso a caso, com a participação da família e barateamento do custo geral. Por esse sistema, no hospital são internados apenas os pacientes em estado gravíssimo.

⁶⁹ A respeito, colhe-se do excelente artigo intitulado “*Erro Médico – Aspectos processuais da ação de responsabilidade*”, de MARIA JOSÉ RODRIGUES DE ANDRADE: “Quanto à infecção hospitalar, suas origens tanto podem localizar-se nas condições ambientais como nas próprias condições pessoais do paciente, capazes de provocar a auto-infecção. Aceita-se que o risco de infecção é inerente ao ato cirúrgico e que não existe, em lugar algum do mundo, índice zero de infecção. Recomenda-se, em litígios em torno do assunto, a pesquisa probatória em torno das práticas adotadas pelo hospital para controle de desinfecção. Se há diligências constantes nesse sentido, não há culpa do estabelecimento. Se são ausentes ou insuficientes as medidas rotineiras de prevenção contra a infecção hospitalar, tem-se como configurada a culpa do hospital pela infecção contraída pelo paciente durante a internação. A responsabilidade civil dos hospitais, seja por infecção hospitalar, seja por qualquer outra lesão sofrida pelos pacientes em razão dos serviços de internação, não se inclui na regra do art. 1.545 do Código Civil (obrigação de meio). Aplica-se-lhes, portanto, a teoria comum da responsabilidade contratual, segundo a qual o contratante se presume culpado pelo não alcance do resultado a que se obrigou. Não se trata de teoria pura do risco, porque sempre será lícito ao hospital provar a não ocorrência de culpa para eximir-se do dever de indenizar. Mas o ônus da prova da culpa não caberá, como ocorre no caso de erro médico, ao paciente ofendido. Quem se apresenta como vítima de lesão sofrida durante internamento somente terá de provar, para obter a competente indenização, o dano e sua verificação coincidente com sua estada no hospital. A culpa estaria presumida contra o estabelecimento, até prova em contrário”. In *Revista Meio Jurídico*, Ano IV, nº 47, julho 2001, p. 47.

⁷⁰ Neste sentido são as lições do Prof. FABRICIO ZAMPROGNA MATIELO: “Verificado o dano, emerge de imediato a responsabilidade civil, exceto quando ilidida por prova cabal no sentido do agir culposo da vítima na produção do resultado nocivo, ou que este derivou de caso fortuito ou força maior insuperáveis. Há inversão do ônus da prova, instituto cujo desiderato é facilitar a distribuição da justiça em circunstâncias nas quais a prova, que por regra geral deveria ser produzida pelo lesado, passa a ser incumbência do apontado como lesante, por determinação legal”. In *Responsabilidade Civil do Médico*. 2ª Edição Sagra Luzzatto. Porto Alegre, RS, 2001, p. 160.

ausência de culpa). Não de responsabilidade *sem culpa*.

No particular da *infecção hospitalar*, a ciência médica já se conscientizou de que é impossível uma esterilização 100%, tanto pela impossibilidade material em si, como porque o trato com o paciente envolve um necessário fluxo de comunicação no estabelecimento. Ambos, a impedir o índice zero absoluto. Sobretudo, na maioria dos casos de infecção hospitalar, a situação se instala por desenvolvimento dos microorganismos do próprio paciente, muitas das vezes com impossibilidade ou difícil controle posterior, porque pendente da condição imunológica de cada pessoa.⁷¹ Mesmo porque o hospital não pode *recusar*, nem *escolher* doente. Nem pode contrariar *terapia* imposta por médico, como já dito em profusão. Por fim, não se pode esquecer que o caso fortuito externo, a força maior invencível, o “*acidente imprevisível e o resultado incontrollável*”⁷² afastam o dever de indenizar.

Em resumo, em sede de dano à *saúde* do paciente, da mesma forma que o médico, apesar da expressa previsão de responsabilidade *mediante verificação de culpa* (§ 4º do art. 14 do CDC), a nosso ver, tem obrigação de fazer prova do *bom, acertado, exato, eficiente e satisfatório* cumprimento do contrato de *empenho* (diante da natureza *sui generis* da relação médico/paciente), o hospital, pela mesma aplicação do princípio processual da *carga probatória dinâmica*, deverá levar para os autos, *quantum satis*, a prova da ausência de culpa, para afastar a presunção que tem contra si. Para prova da *ausência* de culpa, o hospital deve fazer a demonstração de total atendimento às exigências *sanitárias*

⁷¹ Como impossibilidade de resultado diverso, ilustra-se a questão com dois casos fáticos de infecção ocorridos e relatados pelo médico infectologista VITOR G. MALUF CURI:

- Caso fático *sui generis* “A”: - C. M. P. feminino, 28 anos, deu entrada em Hospital de Uberaba-MG, com queixas que remontam a uma semana de evolução. Havia se submetido à exeresse de um cisto sebáceo em região interna de coxa esquerda e dois dias após o procedimento apresentava febre, dor local, vermelhidão e fraqueza intensa. Ao ser examinada pelo médico cirurgião, notou-se presença de processo infeccioso local (celulite) e foi iniciado antibioticoterapia. Contudo, a paciente mostrou-se pior a cada dia e foi encaminhada para médico infectologista, que, além dos sinais locais de infecção, notou sinais de infecção sistêmica (infecção generalizada) e encaminhou a paciente para internação. Apesar de todo o esforço realizado (medicações antibióticas, internação em UTI, procedimento cirúrgico de limpeza do foco infeccioso da perna esquerda, ventilação mecânica e medicação para tentar controlar os fenômenos inflamatórios da septicemia), essa paciente veio a falecer devido à infecção por uma bactéria comum e inofensiva a quase todas as pessoas (*Streptococcus pyogenes*). Esse caso ilustra bem um processo infeccioso por bactéria comum a quase todas as pessoas e não pode ser atribuído à infecção adquirida no hospital que, por definição, é aquela que não está presente no momento da internação nem está incubada nesse momento, mas pode aparecer após 72 horas da internação. OBS: Em rigor técnico, o caso acima não se enquadra na categoria “infecção hospitalar”, porque infectada originalmente fora do hospital. Mas é oportuno o registro porque a infecção da paciente se agravou, disseminou e a levou à morte, enquanto internada no hospital, fato que conduz o leigo ou desavisado à conclusão equivocada de que houve “*infecção hospitalar*” e, por isso, ao hospital deve ser atribuída a conseqüente responsabilidade.

- Caso fático *sui generis* “B”: - J. E. P. masculino, 56 anos, diabético e hipertenso, deu entrada em Hospital de Uberaba-MG, com quadro de Acidente Vascular Cerebral Hemorrágico (derrame). Necessitou de drenagem cirúrgica do sangramento e com isso ficou vários dias sob ventilação mecânica, sendo necessário realização de traqueostomia e utilização de esquema antibiótico. Após receber alta do CTI, evoluiu com febre alta e grande quantidade de secreção pulmonar. A radiografia de tórax mostrava-se compatível com pneumonia e isolou-se na cultura de sangue uma bactéria (*Pseudomonas aeruginosa*) resistente à maioria dos antibióticos, caracterizando um quadro de Pneumonia Hospitalar. Em casos como esse, mesmo quando todas as medidas para tratamento das doenças e prevenção de infecção são tomadas, elas acontecem devido a uma diversidade de fatores, como as condições de base desses pacientes, suas doenças prévias, necessidade do uso de medidas terapêuticas chamadas invasivas, como ventilação mecânica, utilização de sondas e cateteres antibioticoterapia prévia, etc.

⁷² Escreve MARIA HELENA DINIZ: “No acidente imprevisível há um dano à integridade do paciente causado por caso fortuito ou força maior durante a atividade médica, insuscetível de ser evitado por não poder ser previsto. O resultado incontrollável é o que advém de uma situação grave e inexorável, ou seja, da própria evolução da moléstia, a qual a ciência médica atual não dispõe de meios para impedir. O acidente imprevisível e o resultado incontrollável não geram responsabilidade civil médica, por não haver nexo de causalidade entre a conduta do profissional da saúde e o dano sofrido pelo paciente em sua saúde ou vida”. In *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001, p. 548.

impostas pelo Poder Público e, até, acima delas, se recomendado pela Ciência Médica, na sua natural evolução. Em relação ao paciente infectado o hospital deve fazer prova do cuidado prévio, da atenção e da terapia aplicada. Registre-se que a “infecção hospitalar”, quando ausente conduta censurável no funcionamento hospitalar (o que equivale à inexistência de defeito do serviço), assemelha-se a *iatrogenia* em sentido estrito, e esta não gera o dever de indenizar.⁷³

16. IMPOSSIBILIDADE MATERIAL DE ATENDIMENTO NO HOSPITAL

Situação especial se instala quando as solicitações de atendimentos e de internações são superiores à capacidade material do hospital – fato não raro. Não há regra especial a disciplinar a questão. Os conflitos surgidos deverão ser examinados e decididos de acordo com as regras gerais do Direito, das quais avulta o princípio de que *obrigação impossível de ser cumprida é igual à obrigação nenhuma*. Os hospitais de natureza *privada* (com ou sem objetivo de lucro) podem fazer convênio com o SUS, para atendimento e internamento de pessoas carentes, mediante a denominada AIH (Autorização de Internamento Hospitalar). Pelo convênio, estabelece-se determinado número de AIH por mês, para atendimento à população. Existindo convênio, compete à administração do hospital *limitar* as internações particulares para que a quantidade de leitos conveniada com o SUS esteja à disposição das solicitações. Se, por qualquer motivo, o hospital não puder atender paciente que necessite de internação pelo SUS, porque descuroou da prévia reserva de leitos, compete-lhe absorver esse ônus. Se não tiver como atendê-lo, deverá providenciá-lo em outro hospital, às suas expensas, sob pena de descredenciamento e responder pelos danos, se houver. Entretanto, se já estiver esgotada a quantidade de internamentos autorizados, e não dispuser de leito vago, nem como improvisá-lo, poderá recusar o internamento. Se o caso for de urgência ou de emergência, não poderá deixar de ministrar os procedimentos médicos inadiáveis e possíveis. Se o custo desse atendimento de urgência não for reembolsado pelo SUS, nem pelo paciente, pela impossibilidade material deste ou mera recusa administrativa daquele, poderá ingressar em juízo contra o Município,⁷⁴ para o recebimento, nos termos do art. 196 e seguintes da CF/88, Lei nº 8.080/90 e Lei nº 8.142/90, em interpretação compreensiva, independen-

⁷³ Em nosso livro *Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética*, já citado, no item “*Indenização pela Perda de uma Chance e a Iatrogenia*”, p.70-78, demonstramos que a *iatrogenia*, em sentido estrito, não gera dever de indenizar.

⁷⁴ Nesse sentido, por maioria da Turma da 4ª Câm. Cível do TJMG, na Apel. Cível 134.547-9/00, Revisor com voto condutor o Des. CARREIRA MACHADO, e a decisão condenando o Município de Belo Horizonte a pagar os gastos ocorridos com menores carentes, internados por ordem judicial, com a Ementa: “Se os hospitais privados, além de outras áreas privadas da nossa sociedade, forem suprir questões de ordem pública, a falência seria quase que total nesse setor, competindo à direção municipal do Sistema Único de Saúde controlar e fiscalizar os procedimentos e serviços privados da Saúde. - A existência de convênio para o atendimento pelo SUS, previsto pelo § 1º do art. 199 da CF, é um aspecto instrumental e adjetivo do bom controle e do bom método do sistema. Todavia, a falta desse convênio, ou desse contrato, não pode sustentar recusa em caso de emergência, porque o direito à vida é o primeiro dos direitos fundamentais que está previsto na Constituição. Enquanto os legisladores não vêm com a lei complementar prevista pela Constituição e nem o convênio, existe a solidariedade passiva daqueles que são os responsáveis pelo custeio e pela manutenção do Sistema Único de Saúde”. Em seguida, à unanimidade, o pleno da mesma 4ª Câm. Cível do TJMG rejeitou os **Embargos Infringentes** interpostos com base no voto vencido, novo Relator o Des. BADY CURI, com a Ementa: “O Município de Belo Horizonte é parte legítima para figurar no pólo passivo de ação de cobrança pelas despesas efetuadas por instituição médico-hospitalar privada da Capital, que, por ordem judicial, recebeu menor carente para tratamento, porquanto encarregado de aplicar as normas do SUS (Sistema Único de Saúde) nesta cidade, nos termos da Lei 8.080/90, através da Secretaria Municipal de Saúde, recebendo do Governo Federal os recursos financeiros para a manutenção do referido sistema. - Tratando-se de situação emergencial, a falta de relação obrigacional entre a entidade privada e o SUS, ou o próprio Município, não pode penalizar os hospital, sobretudo quando o cumprimento se faz por força de ordem judicial, visto que é dever constitucional do Estado prover a saúde”. In Diário do Judiciário de MG, dia 08.08.2000, p. 3-4.

temente de o Município exercer ou não *gestão plena* na área de saúde.

A recusa desmotivada ao atendimento importará *omissão de socorro*, com conseqüências cíveis e criminais,⁷⁵ além da falta ética passível de punição administrativa, pelo CRM, contra os médicos envolvidos e o hospital. Eventual internação de urgência ou de emergência em hospital particular, tão logo atendido o paciente, este deverá ser removido para hospital público ou conveniado, e pelos meios de transporte adequados. Comprovada a impossibilidade de transferência do paciente carente, tem o hospital que o acolheu o dever de continuar o tratamento, até que possa ser transferido ou ser dada a alta médica. Em ocorrendo gastos e prestação de serviços médicos, compete ao hospital particular mover ação de cobrança contra os responsáveis pelo internamento e, se infrutífero, também contra o SUS e contra o Município, como já dito acima.

Em sendo hospital *público*, não há limite de atendimento, nem de internação de pessoas carentes, exceto o da *impossibilidade material*, quer pela solicitação superior à quantidade de médicos existentes, quer de internações superiores à capacidade de leitos. Nos casos de incapacidade material comprovada, falece legitimidade ao Judiciário ordenar internamento compulsório de paciente.⁷⁶ Cumpre aos dirigentes desses estabelecimentos públicos gerenciar a escassez da melhor forma possível, por meio de eficiente triagem no atendimento pré-hospitalar, por equipe treinada, nos termos da Resolução 1.529/98 do CFM, para o seqüente encaminhamento ao ambulatório ou internamento nele ou noutros estabelecimentos especializados. Também a *remoção* de paciente tem requisitos próprios a ser atendidos, de acordo com a gravidade do caso, sob pena de responsabilidade pelos danos decorrentes de conduta imprópria a esse fim. Além do cumprimento dos requisitos especiais, o transporte em ambulância importa nas regras comuns de responsabilidade civil.⁷⁷ Deve, ainda e por fim, a direção hospitalar (público ou privado) exigir dedicação profissional máxima dos médicos e com aproveitamento de todos os espaços físicos disponíveis, mas sem descuidar do bom atendimento pessoal, caso a caso (qualidade), e sem perder a condição de segurança geral, para continuidade de funcionamento do estabelecimento de saúde, principalmente com vistas ao controle e prevenção de infecção hospitalar. Não se pode negligenciar ou impedir o atendimento aos doentes já internados, à guisa de internar novos, inviabilizando todo o funcionamento da casa de saúde. Compete a cada um desses administradores, nos casos de

⁷⁵ Nesse sentido é a decisão da 2ª Câm. Criminal do TAMG, Rel. Juiz KELSEN CARNEIRO, na Apel. 135.807-0, j. em 15.09.92, com a Ementa: "Configura omissão de socorro o fato de recepcionista de estabelecimento hospitalar deixar de atender acidentado, ciente de seu grave estado de saúde e do risco de vida, ainda que em cumprimento a ordens superiores". In Revista de Julgados do TAMG, nº 48, p. 400-402.

⁷⁶ Elucidativo é o Acórdão unânime proferido pela 1ª Câm. Cível do TJMG, j. em 05.10.99, no AI nº 150.775/5, Rel. Des. ORLANDO CARVALHO, desobrigando o Município a arcar com internamentos em clínicas particulares, diante das solicitações que ultrapassaram as possibilidades do atendimento público subsidiado pelo SUS. Em síntese, o entendimento é o de que a Saúde é obrigação da União, do Estado e do Município, mas este não pode extravasar os limites de seu Orçamento, nem dos recursos que gerencia para o SUS. Ementa: "Descabe impor-se ao Município de Belo Horizonte a obrigação de fornecimento de vagas em CTI infantil de alto risco, sob pena de criação imediata de novos leitos ou de arcar com os custos de internamento, em clínica particular hospitalar não conveniada com o SUS, de criança trazida de outros municípios ou Estados, por extrapolar as obrigações previstas na Constituição Federal e na Lei Orçamentária Municipal". In Diário do Judiciário do dia 03.02.2000, p. 1.

⁷⁷ Neste sentido é o julgado unânime da 5ª Câm. Cível do TJMG, j. em 07.10.99, Apel. 140.119-9/00, Rel. Des. ALUÍZIO QUINTÃO, com a Ementa: "Evidenciado o nexo de causalidade entre a falha no serviço público e os danos sofridos pelo paciente transportado em ambulância a serviço da municipalidade, que não tomou as providências e os cuidados necessários para o transporte seguro do mesmo, deixando de adotar as medidas imprescindíveis para tanto, fica caracterizada a responsabilidade civil do município pelas lesões causadas àquele em virtude de acidente automobilístico". In Diário do Judiciário de MG, 27.10.2000, p. 3.

situação excepcional, definir os níveis de gravidade para novos internamentos, assim como abreviar alta médica, quando possível, para a desocupação de leitos. Entretanto, quando se cuida de leito no CTI, impossível qualquer “desocupação” com base na necessidade de novas internações. Não há boa vontade, nem milagre que resolva essa escassez, exceto a repentina melhora do paciente internado, autorizando a mudança de leito. A doença de paciente internado em CTI é fato inexorável que não comporta “sorteio”. Com base nesses elementos de limites e de boa vontade possível, a Ciência do Direito irá decidir se houve ou não omissão de socorro – em caso de dano ao paciente. Como já dito, em relação ao paciente, para os fins de indenização, não há distinção entre *administração* de hospital público e *administração* de hospital privado, nem de *médicos* funcionários públicos e *médicos particulares*. E, sempre, haverá solidariedade entre médicos e administração, em caso de culpa de ambos. Se a culpa for exclusiva de um deles, ao outro caberá o direito de regresso, para reaver aquilo que, indevidamente, pagou.

17. ORDEM JUDICIAL PARA INTERNAMENTO E A SÍNDROME DA “ESCOLHA DE SOFIA”

Pelos jornais escritos, falados e televisionados, tem sido comum a divulgação da escassez de leitos em hospitais, de pessoal ou de material para atender novos internamentos. E o Judiciário tem sido convocado em Medidas Cautelares ou em pedido de Antecipação de Tutela para compelir, sob ameaça de prisão, os administradores hospitalares a internar novos pacientes. Os deferimentos judiciais têm sido concedidos diante da afirmação da parte de que “há vaga” e que a recusa se dá em razão de formalidades burocráticas ou de exigência de pagamentos prévios, ou de não cobertura pelo plano de saúde exibido. Ocorre, nesses casos, a denominada postura *ativista* do Judiciário,^{78, 79} não como forma de *ingerência* no Poder Executivo, mas, sim, como fiel aplicador da CF, em cumprimento à regra do art. 196 – *saúde é direito de todos e dever do Estado*.

Mas, em relação ao internamento hospitalar, se efetivamente não existir vaga, não há como o Judiciário “criá-la” por meio de decisão liminar. Em caso de ordem judicial que não possa ser atendida pelo réu, deve o seu representante legal ingressar no processo imediatamente, informando a impossibilidade de cumprimento e pedindo reconsideração da decisão. Concomitantemente, deve o réu antecipar sua defesa, o quanto possível, pleiteando a cassação da liminar, para evitar constrangimentos e processo criminal por desobediência. Não se pode esquecer que a administração hospitalar não pode comprometer a segurança e a saúde dos que já lotam o hospital, a pretexto de atender novos internamentos, mesmo que por ordem judicial. Cabe aos médicos e administradores atender os

⁷⁸ Nesse sentido é a lição de CLÁUDIA FERNANDA: “o Judiciário afasta a proibição de concessão de tutela antecipada nas causas em que a Fazenda Pública é parte, quando, em jogo, o direito à saúde, à vida e à obtenção de remédios e tratamentos”, consoante RESP nº 353.147-DF; RESP nº 430.536-SP; e PET nº 1.775-SP no STJ. RE nº 247.900 e RE nº 279.519, no STF. Extrai-se da ementa do AGRRE nº 271.286-RS, Rel. Min. CELSO DE MELO, STF: “[...] O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes públicos que compõem – não pode converter-se em promessa inconstitucional inseqüente, sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”. Obra citada, p. 93-97.

⁷⁹ Também motiva postura *ativista* do Judiciário o amplo noticiário escrito de que o Poder Executivo negligencia o atendimento à saúde, desviando verbas em razão de conveniências políticas-eleitorais, a exemplo da reportagem “BRECHA NA LEI TIRA R\$ 9 BI DA SAÚDE”, de Ricardo Westin, publicada no jornal “O Estado de São Paulo”, edição do dia 28.11.05 (f. A10), assim como o editorial “AS VERBAS DA SAÚDE”, do dia 03.12.05 (f. A3).

casos de urgência e de emergência como for possível, independentemente de intervenção judicial, inclusive requisitando vaga em hospitais *privados*, se houver (situação em que os custos serão pagos pelo SUS⁸⁰). Devem até, para isso, com o máximo de boa vontade, improvisar meios e espaço para o atendimento e internamento, “criando” vaga, o quanto possível. Mas não se pode exigir milagre. E hospital público jamais deve ser transformado em *depósito* de indigentes – mesmo em caso de epidemia (quando, então, outros espaços devem ser requisitados para o atendimento). A questão se agrava quando o novo paciente necessita de leito em CTI e todas as disponibilidades estão esgotadas. Não pode o administrador, juntamente com os médicos dos respectivos pacientes internados, “escolher” quem vai “desocupar” o leito até então ocupado, decretando-lhe a morte, para que outro paciente possa ocupar o mesmo lugar.

Na Medicina, infelizmente, a dramática opção em favor de um paciente, na exata contrapartida do sacrifício de outro – que na literatura é conhecida como “escolha de Sofia” – não é tão rara. Pode ocorrer, por exemplo, na eleição do receptor para transplante, quando há escassez de órgão e o critério de prognóstico de sobrevida dos inscritos e em estado grave é levado em conta. Também ocorre nos casos de gêmeos siameses quando há necessidade da separação, mas com órgãos vitais únicos para ambos. Nem é preciso falar que, em Medicina, “sorteio” não é solução!

18. CONCLUSÃO

a) – Os conflitos judiciais sobre *saúde*, por envolver “*direito de todos e obrigação do Estado*”, têm natureza própria e ultrapassam os limites das relações contratuais *privadas*, assim como os das relações individuais de *consumo*. Em relação a estas, porque nelas não se esgotam. Em relação àquelas, porque os interesses são supraconstitucionais e transnacionais.

b) – Hospital *privado* não exerce função *delegada* do Estado. Mas, sim, função autônoma, amparada na Constituição Federal, não obstante exercer atividade *complementar* e vigiada (*dirigismo* Estatal). Por isso, não se pode impor ao hospital privado os ônus que cabem ao Estado.

c) – Para os efeitos de indenização ao paciente, não há distinção entre hospital público e privado, geral ou especializado, gratuito ou pago, como, também, não há distinção entre médico particular ou médico funcionário público, em prestação de serviços gratuitos ou pagos. A responsabilidade e os deveres profissionais são idênticos para todos.

d) – A responsabilidade civil, para os efeitos de reparação de dano à saúde em paciente internado, será atribuída ao médico, se este tiver agido com exclusividade e não for empregado, nem preposto do hospital. Em caso de relação de emprego ou de preposição, ocorrerá solidariedade do empregador ou comitente. A responsabilidade será exclusiva do hospital se este tiver causado o dano ao paciente sem concorrência de médico (autônomo ou vinculado).

e) – A disposição “*independentemente da existência de culpa*”, grafada no *caput* dos artigos 12 e 14 do CDC, não se aplica aos conflitos sobre *saúde*

⁸⁰ Colhe-se a respeito: “O direito à saúde, decorrente de disposições constitucionais, impõe ao Poder Público a efetivação de políticas para implementar o pronto atendimento dos usuários da rede pública de saúde. A inexistência de vagas em hospitais credenciados do SUS enseja a necessidade de internação em hospital particular às expensas do SUS”. Ap. Cível 1.0145.03.087234-8/001, 2ª C. Cível do TJMG, Rel. Dês. BRANDÃO TEIXEIRA, 01.06.2004. *In* RT 834, p.355-356.

envolvendo hospital, porque a atividade deste, em sua essência, é o *complemento* da necessária *terapia* médica. Assim, a relação *médico/paciente* é a *principal*, enquanto que a relação *hospital/paciente* é acessória daquela. Como a relação *hospital/paciente* envolve um universo indeterminado de pessoas lidando com o doente, direta e indiretamente, contra esse universo corre a *presunção de culpa*.

f) – A reparação dos danos decorrentes de prestação de serviços envolvendo *saúde* é feita mediante *apuração da culpa*, consoante art. 951, do CC/2002 e art. 14, § 4º, do CDC. Essas disposições legais (contrato de *meios*), relativamente à prova e ao convencimento do julgador, por força dos artigos 2º, 5º, 14, 27 e 57 da Resolução CFM nº 1.246/88 (Código de Ética Médica), têm natureza de contrato de *empenho*, fato que obriga o médico a dar ao paciente, dentro dos limites do possível, o que a Medicina tiver de mais acertado, avançado e atualizado. Por conseqüência, cabe ao profissional da área de *saúde* demonstrar em juízo como bem agiu e como bem cuidou do paciente.

g) – Em sede processual sobre *saúde*, em razão da aplicação do princípio da *carga probatória dinâmica*, o médico carrega consigo o dever de provar o cumprimento do contrato de *empenho*, enquanto que os hospitais têm o dever de provar *ausência de culpa*, por meio da comprovação do cumprimento das obrigações profiláticas preventivas e de assistência médica ao paciente internado.

h) – Ao valorar o conjunto probatório para desate de conflito individual, o julgador há de ter por paradigma a prestação de serviços *advocáticos*, como idêntico contrato de *empenho*. Entretanto, enquanto o advogado atua mediante procedimento *escrito, protocolado* e, daí para frente, *público* – fato que torna fácil a prova, via Certidão, pelo cliente descontente ou pelo próprio advogado –, o médico, sujeito às urgências e emergências, assim como à singularidade de cada paciente, não dispõe de documentos, de protocolos, de registros públicos, nem de publicidade. Muito menos, de *Certidão*. A demonstração de como agiu, em determinadas circunstâncias, limitar-se-á à narrativa de como atendeu e de como enfrentou a doença do paciente e sua coerência com os demais elementos de prova existentes – se houver. Nesses casos, eventual inexistência de *documentos* jamais poderá ser interpretada, isoladamente, como *ausência* de prova do cumprimento do contrato de *empenho*.

i) – Sem olvidar a regra de que o ser humano não pode servir de cobaia sem o seu consentimento esclarecido (art. 15 do CC/2002), o *equilíbrio* e a *sensibilidade* no julgamento dos conflitos sobre *saúde*, mais que cumprimento ao *devido processo legal*, inserem-se no contexto social como *justa* forma de composição, porque não interessa à sociedade o encolhimento da classe médica, nem a diminuição ou desativação de hospitais.

19. Abstract:

In these abstract, the physician/patient/hospital and hospital/patient relations civil liability, analysed through legal and constitutional prisma, serching the goals of human being health and the physician persistense obligation and the burden of proof in patient´s favour in judicial conflict case.

Key-words: Health's civil liability, physician/hospital relationship, hospital/physician relationship. Burden of proof.

20. REFERÊNCIAS

- AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- BAUMANN DE LIMA, Gilberto. *Implicações Ético-Legais no Exercício da Enfermagem*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Mondrian, 2003.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 3ª ed. SP: Malheiros, 2002.
- CLÁUDIA FERNANDA de Oliveira Pereira. *Direito Sanitário – A Relevância do Controle nas Ações e Serviços de Saúde*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.
- COUTO FILHO, Antonio Ferreira. SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar*. Belo Horizonte, MG: Editora Del Rey, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ESPERANÇA PINA, José Antonio Rebocho. *A Responsabilidade dos Médicos*. 3ª Ed. Lisboa: Edição Lidel, 2003.
- FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. *Biodireito*. Belo Horizonte, MG: Editora Del Rey, 2002.
- GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade Médica*. Curitiba-PR: Juruá Editora, 2004.
- _____. *Repensando o Direito do Consumidor – 15 anos do CDC. A Responsabilidade Médico-Hospitalar e o Código do Consumidor*. Curitiba-PR: OAB/PR, agosto de 2005.
- IVAN PRUX, Oscar. *Responsabilidade Civil do Profissional Liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte, MG: Editora Del Rey, 1998.
- KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *Responsabilidade Civil do Médico*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- LIMA MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MATIELO, Fabrício Zomprogná. *Responsabilidade Civil do Médico*. 2ª Ed. Porto Alegre-RS: Sagra Luzzatto, 2001.
- MORAES, Irani Novah. *Erro Médico e a Justiça*. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Erro Médico e a Lei*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 995.
- ORBÁN, Carmen Blas. *Responsabilidad Profesional Del Médico*. Barcelona. Espana: J.M.Bosch Editor, 2003.
- RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- RODRIGUES ALVES, Vilson. *Responsabilidade Civil do Estado*. Campinas, SP: Bookseller, 2001.

SAMPAIO DA CRUZ, Gisela. *O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética*. 3ª ed. Belo Horizonte, MG: Editora Del Rey, 2003.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade Sem Culpa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

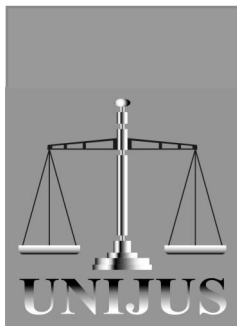
STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direito & Medicina*. Belo Horizonte, MG: Editora Del Rey, 2000.

TEPEDINO, Gustavo, e outros. *Problemas de Direito Civil – Constitucional*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Edição Renovar, 2001.

VELOSO DE FRANÇA, Genival. *Direito Médico*. 8ª ed. São Paulo: BYK Fundo Editorial, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Contratos em espécie e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2001.



RÁDIOS COMUNITÁRIAS: DIREITO FUNDAMENTAL À INFORMAÇÃO E COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL

Paulo Fernando Silveira¹

Resumo:

O presente artigo analisa dois importantes aspectos constitucionais concernentes à radiodifusão comunitária: I – O direito individual fundamental, garantido na Constituição, de acesso à informação, no seu aspecto dual de informar e ser informado, caracterizando-se o espectro eletromagnético como bem público pertencente unicamente ao povo, atuando o governo como seu mero gestor. II – Simultaneamente, a competência do município, como ente político autônomo da federação, para legislar sobre o serviço de radiodifusão sonora, em frequência modulada, operada em baixa potência e cobertura restrita (pequeno alcance), com poder para autorizar, mediante alvará municipal, o funcionamento das rádios comunitárias.

Palavras-chave: Autonomia Municipal. Federalismo. Radio comunitária. Competência legislativa.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Direito fundamental à informação – 3. Pacto de São José – 4. Organização dos Estados Americanos (OEA) – 5. Moderna visão do direito administrativo – 6. Conflito aparente de normas constitucionais – 7. Constituição imperial – 8. Constituição republicana de 1891 – 9. Constituição democrática de 1988 – 10. Lei municipal amparada pelo princípio federativo: normas constitucionais que atribuem, simultaneamente, competência à União Federal e aos Municípios – 11. Telecomunicação e radiodifusão. Rádio comunitária – 12. Interferências nas aeronaves e nos aeroportos – 13. Aplicação de penalidades – 14. Apoio cultural – 15. Tríplice fiscalização – 16. Incompetência de Tribunal Estadual para suspender a eficácia de lei municipal que conflita com dispositivo da Constituição federal, o qual atribui competência à União para legislar sobre a matéria – 17. Decisão do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba – 18. Conclusão – 19. Abstract – 20. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Duas questões básicas emergem do direito individual à livre manifestação do pensamento (*free speech*), em que se acha inserido o direito à informação, em sua dupla dimensão, isto é, o livre direito de informar e o direito inalienável de ser informado: (I) sua natureza de direito fundamental, do qual decorre, necessariamente, ser auto-exercitável, independentemente de lei; e (II) a qual ente federativo (esfera política de governo) pertence a competência para legislar e administrar uso comum do espectro eletromagnético (*dial*), de que se servem os veículos de comunicação sonora, sem, contudo, poder anular ou impedir o exercício daquele direito essencial.

¹ - Juiz Federal aposentado. Advogado. Jurista. Presidente do Tribunal Arbitral da Associação Comercial e Industrial de Uberaba – ACIU. Escritor. Membro da Academia de Letras do Triângulo Mineiro-ALTM.

A radiodifusão constitui poderoso meio de informação semelhantemente ao jornal, exceto pelo fato de que as ondas eletromagnéticas precisam ser controladas pelo governo a fim de que um operador não interfira na faixa destinada a outro usuário.

Por se tratar de excepcional intrusão do governo na área dos direitos fundamentais (toda lei ou ato administrativo que faz incursão nesse setor é naturalmente considerada suspeita, com inversão do ônus da prova quanto ao que for alegado pelo governo, merecendo um exame mais acurado e estrito do Poder Judiciário quanto à sua constitucionalidade), o seu poder de administração, como mero gestor desse bem público, encontra aí o seu limite de atuação.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À INFORMAÇÃO

A informação, em seu sentido dúplice de o indivíduo se informar e de obter informações de fontes diversificadas, constitui direito fundamental expressamente garantido por nossa Constituição Federal. Ela o insere no rol dos direitos individuais (que não podem ser tocados pelo governo, sequer por meio de emendas constitucionais – CF– art.60, § 4º, IV), como *livre manifestação do pensamento* e como *livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação* (CF– art. 5º, incisos IV, IX, XIV). Assegura, ainda, que esse direito é exercitável naturalmente, independentemente de prévia existência de lei (CF– art. 5º. § 1º – *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*).

De outra banda, ao tratar Da Comunicação Social, a Carta Política enfatiza, adequadamente, o aspecto social da informação, isto é, direito comum do povo, oportunidade em que, além de reiterar sua natureza de direito fundamental, impõe limitações à atuação do governo, ao dispor que

A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” e que “nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

A informação, tal como o direito à vida, pode ser equiparada ao direito do ser humano de beber água em um rio. Todos têm, naturalmente, esse direito. Por isso, o governo não pode editar lei pela qual tipifica, *a priori*, como criminosa, a conduta daquele que beber da água sem sua autorização. No entanto, pode acontecer que, enquanto alguns estão bebendo da água na parte baixa do rio, outros estão jogando dejetos na parte superior do curso. Do mesmo modo, há necessidade de se controlarem as faixas na radiodifusão para se evitar interferência de um veículo com outro serviço. Daí surge a autoridade do governo como gestor do bem público. Pode, assim, legitimamente, fazer o controle do uso comum através do licenciamento prévio. Contudo, não pode impedir que se beba da água ou que se utilize dos veículos de comunicação. Muito menos, em evidente usurpação, passando de gestor para dono do bem público, indeferir, sem fundamentação séria e concreta, ou engavetar, os pedidos que lhe são endereçados. A atuação estatal, nessa área sensível dos direitos fundamentais, não pode ir além do poder de administrar, sem pretender tornar-se dono do direito, que é do

povo, ou tornar sem efeito o direito individual, constitucionalmente garantido, que é auto-exercitável. Qualquer negativa do governo tem que ser fundamentada. Ela só pode prevalecer (já que o Estado intervém no direito fundamental por exceção, isto é, apenas para administrar o seu uso) se baseada num justo e legítimo interesse público concretamente evidenciado. Não valem alegações gerais e abstratas, tais como “que o espectro eletromagnético é finito”, sem demonstrar que todas as posições já estão tomadas (escassez absoluta); ou simplesmente alegar que a distância entre uma antena irradiante e outra tem que ter mais de quatro quilômetros, sem demonstrar, tecnicamente, o porquê da limitação. Muito menos, apresentar argumentos vãos, como o de que rádio comunitária derruba avião.

Quis a Carta Magna, obviamente, assegurar ao indivíduo o mais amplo acesso à informação, de fontes diversificadas, favorecendo-se a troca de idéias e o amplo debate público sobre as mais variadas questões, inclusive políticas. Inquestionavelmente, hostilizou o monopólio da informação, principalmente quando a nossa história política revela um forte vínculo, espúrio, entre governo e a grande mídia já instituída.

Portanto, esse direito fundamental – que pertence ao povo – não pode ser usurpado pelo governo, quando se recusa a conceder as autorizações solicitadas, engavetando os pedidos, ainda que alegue, abstratamente, questões técnicas, como o de que o espectro eletromagnético é finito e não dá para atender a todos.

A propósito, essa mesma matéria (direito fundamental versus limitação do espectro eletromagnético) foi levantada pela Comissão Federal de Comunicação (*The Federal Communications Commission – FCC*) perante a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que, detidamente, examinou-a frente à Primeira Emenda da Constituição Americana de 1787, que cuida da liberdade de expressão e do livre discurso (*free speech*)².

Manifestando-se sobre o assunto, assim se expressou o *Justice White*, em nome de uma Corte unânime, na parte que nos interessa:

Não se pode dizer que a Primeira Emenda é irrelevante para a irradiação pública. Ao contrário, ela tem um papel maior a desempenhar como o Congresso mesmo reconheceu no 326, o qual proíbe a FCC de interferir com “o direito do livre discurso por meios da comunicação do rádio”. Por causa da escassez das frequências de rádio, ao governo foi permitido colocar limitações nos licenciados em favor de outros cujas visões poderiam se expressar por esse único canal de comunicação. Mas o povo, como um todo, retém o seu interesse no livre discurso por meio do rádio e seu direito coletivo de ter a mídia funcionando consistentemente com os fins e propósitos da Primeira Emenda. É o direito dos telespectadores e dos ouvintes, não o das emissoras, que é supremo. (...) Destina-se a Primeira Emenda preservar mais a não inibição no mercado das idéias, pelas quais a verdade finalmente prevalecerá, do que sancionar a monopolização desse mercado, seja pelo próprio governo ou por licenciados privados. (...) Discurso concernente a assuntos públicos é mais do que a expressão individual; é a essência do governo autônomo. (...) É o direito de o público de ter adequado acesso a outras idéias – social, política, estética e moral – e experiências, que constitui o ponto crucial deste caso. Esse direito não pode ser constitucionalmente encurtado nem pelo Congresso nem pela FCC. (*This is not to say that the First Amendment is irrelevant*

² Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 395 U.S. 367 (1969).

to public broadcasting. On the contrary, it has a major role to play as the Congress itself recognized in 326, which forbids FCC interference with "the right [395 U.S. 367, 390] of free speech by means of radio communication." Because of the scarcity of radio frequencies, the Government is permitted to put restraints on licensees in favor of others whose views should be expressed on this unique medium. But the people as a whole retain their interest in free speech by radio and their collective right to have the medium function consistently with the ends and purposes of the First Amendment. It is the right of the viewers and listeners, not the right of the broadcasters, which is paramount. See FCC v. Sanders Bros. Radio Station, 309 U.S. 470, 475 (1940); FCC v. Allentown Broadcasting Corp., 349 U.S. 358, 361–362 (1955); 2 Z. Chafee, Government and Mass Communications 546 (1947). It is the purpose of the First Amendment to preserve an uninhibited market-place of ideas in which truth will ultimately prevail, rather than to countenance monopolization of that market, whether it be by the Government itself or a private licensee. Associated Press v. United States, 326 U.S. 1, 20 (1945); New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 270 (1964); Abrams v. United States, 250 U.S. 616, 630 (1919) (Holmes, J., dissenting). "[S]peech concerning public affairs is more than self-expression; it is the essence of self-government." Garrison v. Louisiana, 379 U.S. 64, 74–75 (1964). See Brennan, The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment, 79 Harv. L. Rev. 1 (1965). It is the right of the public to receive suitable access to social, political, esthetic, moral, and other ideas and experiences which is crucial here. That right may not constitutionally be abridged either by Congress or by the FCC.)

3. PACTO DE SÃO JOSÉ

Em 22.11.1969, o Brasil assinou a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, denominada de Pacto de São José da Costa Rica, assumindo uma série de compromissos na área do respeito aos direitos individuais fundamentais.

Todavia, somente 23 anos depois – já sob a égide da Constituição cidadã de 1988 – é que essa Convenção se converteu em lei ordinária no Brasil, ao ser promulgada pelo Decreto nº 678, de 06.11.92, face ao Decreto Legislativo nº 27, de 26.05.92, pelo qual o Congresso Nacional aprovou os termos do tratado internacional (CF– art.49, I).

Do texto aprovado, no que interessa a este estudo, releva notar o preceituado no artigo 13, desse Pacto de São José, que passou a integrar o nosso ordenamento jurídico como lei ordinária que é, revogando qualquer dispositivo legal em contrário, em virtude da regra de que a lei posterior revoga a anterior e que a lei que cuida de determinada matéria revoga aquela que for conflitante com os novos termos por ela fixados, *verbis*:

Art.13.....

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão.

Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar

sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessárias para assegurar:

a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões. (Evidencie!)

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2º.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Constata-se, pela simples leitura do item 3, do referido art.13, que o Estado não pode, legitimamente, restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como a tributação de livros, jornais e periódicos e o papel destinado a sua impressão (o que é vedado por nossa Constituição – CF– art.150, VI, “d”), ou o abuso de controle oficial sobre os equipamentos de transmissão radioelétricas utilizados na difusão da informação, pela falsa alegação de finitude (escassez completa não comprovada) do espectro eletromagnético, visando colimar seu fim último, a prevalência do Estado sobre o indivíduo, ao obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

Observe-se que o Pacto de São José foi incorporado no ordenamento jurídico pátrio como norma constitucional, pelo menos no que diz respeito aos direitos individuais fundamentais, sobrepondo-se, assim, de modificações por leis ordinárias, já que, como direito individual fundamental, não pode sofrer, sequer, emenda constitucional, a teor dos artigos 5º, § 2º e 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal.

A propósito, relativamente aos direitos humanos, entre os quais se inserem, logicamente, os direitos fundamentais, a Constituição federal é expressa (CF – art.5º, § 3º): “*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*”.

4. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA)

Consoante *e-mail* recebido do gabinete do deputado federal Edson Duarte, o Brasil foi denunciado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, órgão pertencente à Organização de Estados Americanos – OEA, por estar dando, legalmente, um tratamento injusto às rádios comunitárias. A representação foi feita contra o Brasil pela Associação Mundial de Rádios Comunitárias, sub-região Brasil, sob a alegação de o país estar violando o artigo 13, do Pacto de São José.

A Comissão, após ouvir a defesa do Brasil, em audiência na qual estava

presente, também, o representante do Movimento Nacional de Direitos Humanos – MNDH, reconheceu a importância dos meios comunitários para a democracia e a liberdade de expressão. Os membros da referida comissão recomendaram que a sociedade civil participe do processo de mudança da legislação em Radiodifusão Comunitária e que se mantenha informada a Comissão sobre este percurso.

Ao governo brasileiro foi dado o prazo de até julho de 2006 para efetuar as mudanças legislativas, ouvindo-se, antes, as organizações de radiodifusão comunitária e de direitos humanos.

5. MODERNA VISÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Recentemente,³ o egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, pela primeira vez, ainda que em decisão isolada, mudou, radicalmente, seu entendimento, no que concerne às rádios comunitárias. Atualizou-se o enfoque sobre o nosso direito administrativo, que, infelizmente, tem fortes bases no direito francês, onde o Judiciário não é poder político, nem pode anular leis inconstitucionais. Com esta decisão, que torna sem efeito ato administrativo, o TRF1ª Região se filiou, corretamente, ao direito americano, vez que nossa Constituição – como todas as anteriores, desde a republicana de 1891 – constitui, em sua espinha dorsal, cópia da constituição americana de 1787. Pela nossa Carta Política, o juiz brasileiro detém o poder político de anular leis ou atos administrativos inconstitucionais. É o *Judicial Review* implementado naquele país irmão pelo *Chief-Justice John Marshall* em 1803, ao sentenciar no caso *Marbury v. Madison*. O eminente Desembargador Federal João Batista Moreira, em seu brilhante e inovador voto, demonstra a evolução do direito administrativo em nosso país, concluindo, com sabedoria, que o governo tem dado tratamento injusto às rádios comunitárias, inclusive no que tange ao aspecto policial.

Esse magnífico voto, que certamente servirá de referência, como precedente judicial a ser seguido, vez que, com mestria, sintetiza os grandes princípios que regem a atividade governamental em matéria constitucional e administrativa, traz a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. SERVIÇOS PÚBLICOS. RADIODIFUSÃO COMUNITÁRIA. DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO. DEVER DE GERENCIAMENTO PROMOCIONAL, EM VEZ DE POLICIAL, PELO ESTADO. AUSÊNCIA DO MESMO SERVIÇO PRESTADO POR ENTIDADE PÚBLICA. RADIO COMUNITÁRIA FM JOVENS DE SÍTIO NOVO, DE SÍTIO NOVO/MA. BAIXA POTÊNCIA (50 WATTS). AUSÊNCIA DE RISCO CONCRETAMENTE DEMONSTRADO PARA A SOCIEDADE. DESATENÇÃO AO DEDIVO PROCESSO LEGAL. NULIDADE DO ATO DE INTERDIÇÃO (“LACRAÇÃO”). APELAÇÃO PROVIDA.

1. Na administração democrática, a competência como poder ou direito subjetivo do Estado transforma-se em dever de atender à finalidade pública. O eixo do direito administrativo deixa de ser o poder; aparecendo neste lugar o dever. Antigamente estampava-se o poder da Administração; em seguida, veio a considerar-se que tal poder era, na realidade, poder-dever; hoje, a situação é a de um dever-poder de cuidar de interesses de terceiros. O poder é instrumental e serviente (Celso Antônio Bandeira de Melo).

³ TRF/1ª Região – Brasília – DF – AMS 1999.01.00.013489-4/MA – Rel. Des. Fed. João Batista Moreira – DJ 21.10.2004, p. 55.

2. No direito administrativo clássico, as entidades administrativas justizam-se por sua competência e poder em tese estabelecidos, aparecendo o interesse da sociedade como elemento subordinado. No novo direito administrativo, avulta o interesse da sociedade e o poder é que é elemento subordinado (Diogo de Figueiredo Moreira Neto).

3. A União não tem o poder, mas o dever de propiciar à sociedade os serviços públicos previstos no art. 21 da Constituição, entre os quais a radiodifusão sonora de sons e imagens, especialmente a radiodifusão comunitária.

4. O espaço de comunicação de massa, como a agora ateniense, deve ser considerado bem de uso comum do povo, pois “no regime democrático esse espaço é necessariamente público, no sentido etimológico da palavra, uma vez que o poder político supremo (a soberania) pertence ao povo” (Fábio Konder Comparato). Os meios de comunicação de massa são, hoje, o que antigamente eram as praças públicas, onde se discutiam as questões de interesse da sociedade.

5. No direito administrativo, autorização tem três sentidos distintos: autorização como forma de delegação de serviço público, ao lado da permissão e da concessão; autorização de uso de bem público; autorização como ato de controle de atividades potencialmente danosas. A autorização de funcionamento das rádios comunitárias, que se ajusta à primeira acepção, tem sido tratada indevidamente como autorização policial de atividades perigosas.”

6. O espectro de radiofrequência destina-se à realização do direito fundamental de liberdade de expressão e comunicação, de aplicação imediata nos termos do art.5º, § 1º, da Constituição, ou seja, independentemente de legislação infraconstitucional, cabendo ao Estado o dever de seu gerenciamento promocional, em vez de policial, como tem acontecido em relação às rádios comunitárias (Paulo Fernando Silveira).

7. A União só poderia interditar a rádio de baixa potência instituída pela comunidade Sítio Novo – MA (RADIO COMUNIDADE FM JOVENS DE SÍTIO NOVO) mediante o devido processo legal e se, por outros meios, prestasse o mesmo serviço ou se ficasse demonstrado dano específico, concreto, com seu funcionamento, à população.

6. CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS

Estabelecido que o direito à informação, inclusive o de irradiação sonora, constitui um direito fundamental, assegurado em nossa Constituição, e que não pode ser obstaculizado pelo governo, a questão que surge, a seguir, é a seguinte: a qual ente político da federação compete legislar sobre rádio comunitária, de baixa potência e alcance restrito?

A União Federal escora sua pretensão no art. 22, da Constituição Federal, que diz que “*Compete privativamente à União legislar sobre: IV – ... telecomunicações e radiodifusão*”.

Por sua vez, a competência municipal se encontra garantida no art.30, da Constituição Federal, que afirma que “*Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local*”.

Ora, é de comum sabença que, em havendo um aparente conflito de normas constitucionais, versando sobre a competência constitucional de dois entes

federativos, a solução se dá, evidentemente, pela invocação do princípio que rege a matéria, ou seja, no caso, o princípio federativo.

Para se aquilatar, com exatidão, o conflito, sua correta resolução e dimensão e alcance do princípio federalista, faz-se necessário um ligeiro esboço histórico constitucional.

7. CONSTITUIÇÃO IMPERIAL

No tempo da monarquia, o poder político era concentrado na pessoa do imperador, que exercia, simultaneamente, a chefia do executivo e do poder moderador (CF – 1924, arts. 98, 101 e 102). De posse desses poderes excepcionais, concentrados em sua pessoa, o monarca podia nomear senadores, nomear e demitir juizes, convocar a Assembléa Geral, sancionar os decretos e resoluções da assembléa, nomear bispos e prover os benefícios eclesiásticos etc. Enfim, seu poder era absoluto e centralizador.

Em face da Constituição de 1824, notáveis publicistas chegaram à conclusão de que

Ao conferir poderes ao Imperador como Chefe do Poder Executivo e, ao mesmo tempo, como o titular do Poder Moderador, com poderes, concentrados em sua única pessoa, de nomear senadores, nomear e suspender juizes, dissolver a Assembléa Geral e fixar seus salários, além de outros privilégios, na realidade a Constituição de 1.824 instituiu, com uma camada de verniz servindo de rebuço, uma monarquia absoluta, centrada num regime autoritário, centralizador e despótico, marca singular e característica implacável da política de Portugal, desde a sua formação como Estado.⁴

Daí por que essa Carta Política substitutiva, outorgada por D.Pedro I – que fechou a assembléa constituinte, a fim de evitar que prevalecesse a Constituição que o colegiado estava, democraticamente, elaborando –, não teve eficácia como instrumento garantidor do livre exercício dos poderes, nem se prestou a assegurar os direitos fundamentais do cidadão.

Nesse sentido, eis o pronunciamento autorizado de quem estudou esse documento:

Colocada ao lado de uma realidade que praticamente a ignorava, pelo menos quando se tratava de reger os destinos do País, a Constituição outorgada e formal de 1.824 se confronta com outra lei maior sub-reptícia, vontade mais alta que a ofuscava por inteiro: o poder concreto e ativista do monarca. À sombra desse poder pessoal, que ignorava os cânones expressos do texto básico, medrou a originalíssima realidade de um parlamentarismo consentido, fora dos moldes constitucionais, criação do fato político, refratário a teorizações abstratas. O período constitucional do Império é, portanto, aquela quadra de nossa história em que o poder mais se apartou talvez da Constituição formal, e em que essa logrou o mais baixo grau de eficácia e presença na consciência de quantos, dirigindo a vida pública, guiavam o País para a solução das questões nacionais da época. Haja vista a esse respeito que nunca ecoou na palavra dos grandes tribunos da causa abolicionista a invocação da Constituição como instrumento eficaz para solver o dissídio fundamental entre a ordem de liberdade garantida por um texto constitucional e a maldição do regime servil, que maculava todas as instituições

⁴ Paulo Fernando Silveira – 500 Anos de Servidão – OAB, Ed., 2004, p. 177.

do País e feria de morte a legitimidade do pacto social: pacto, aliás, inexistente, diga-se de passagem.⁵

Justamente por não ter essa Carta Política nenhuma eficácia, prevalecia a vontade imperial externada nas leis, sobre as quais tinha controle absoluto e pleno. A lei passou a ser, em nosso país, a um só tempo, a vontade política do imperador (e da elite que a elaborava no Congresso visando manter os seus privilégios) e, dentro de uma absurda dogmática positivista, a única a ser lida pelo Judiciário, que, então, passava a exercer a função de braço opressor, a serviço do governo (mero executor das leis, independentemente de seu grau de injustiça).

Nessa linha de raciocínio:

Assim, a fonte de todo poder residia no Imperador, que exercia, arbitrariamente e sem controles institucionais, os poderes constitucionais relativos ao Poder Moderador e ao Poder Executivo. A lei – e não a Constituição que, teoricamente, lhe dava validade – é que prevalecia, sobranceiramente, como expressão da vontade política do imperador. O poder legislativo acolhia essa vontade política e a transformava, subservientemente, em lei. E para a pronta execução da lei, ali estava, prestimoso, o poder judiciário. Daí porque a Constituição era simplesmente desconhecida pelo povo e ignorada, como regra, pelos operadores do Direito (juizes, advogados e legisladores).⁶

Pela Constituição outorgada de 1824, o Brasil se constituía num Estado Unitário, centralizado, em que as províncias não gozavam de autonomia política e, sequer, administrativa. O país foi dividido, na época, em 18 províncias, cada uma correspondendo à respectiva capitania hereditária e à capitania geral. Cada província passou a ser governada por um presidente, que era eleito, de modo indireto, pelo Conselho Geral da província (CF- 1824, arts. 2º, 76 e 90).

Justamente porque as províncias não tinham autonomia administrativa – que era centralizada totalmente na pessoa do imperador –, surgiram, naturalmente, em razão da extensão territorial do país, municípios fortes. Longe do poder central, eles atuavam através do agente-executivo, que era o presidente da câmara municipal. Eram controlados politicamente, porém de modo tênue, pelo partido político do presidente da província e, ainda, pelos juizes de fora. No futuro, em virtude dessa grande e incontrolável autonomia, os municípios seriam, necessariamente, elevados à categoria de entes políticos da federação brasileira.

8. CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1891

Ao derrubarem a monarquia, por meio de um golpe militar, perpetrado sob a liderança do Marechal Deodoro da Fonseca, os revolucionários optaram por quebrar, definitivamente, o absolutismo do poder central, de modo a se evitar, no futuro, a tirania e a opressão.

Por influência de Rui Barbosa, que foi o revisor do texto constitucional, elaborado pela comissão dos cinco, a Constituição brasileira seguiu, como paradigma, a Constituição americana de 1787. O experimento democrático do vizinho do norte tinha dado certo. Sua Carta Política estava em vigor há mais de

⁵ Paulo Bonavides e Paes Andrade. História Constitucional do Brasil – Senado Federal -Brasília-1989. p. 7.

⁶ Paulo Fernando Silveira – ob. cit. p. 185.

100 anos. Lá, nesse interregno não havia acontecido nenhuma ruptura institucional, ou tentativa de golpe de estado.

Pela Constituição republicana de 1891, o poder político – que, anteriormente, era uno, concentrado e centralizado na pessoa do imperador – foi dividido e redividido, de modo a evitar a tirania de pessoa ou dominação do país por grupos minoritários.

Com efeito, a par da república (governante alternado, eleito por prazo certo e determinado), instituiu-se, em corte horizontal, a federação (divisão do poder político entre a União e os Estados). Foi assegurada a autonomia do município, “*em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse*” (CF– 1891, art. 68).

Visando ampliar-se, ainda mais, o espectro democrático, o poder político foi dividido, num corte vertical, entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Este último adquiriu poder político ao ser autorizado a anular leis, decretos e atos administrativos que não estivessem em conformidade com a Lei Fundamental, que é a fonte primária de sua validade.

Não obstante, uma vez que as Constituições, no Brasil, são apenas formas, prevalecendo, muito mais, a lei positiva, esses primados não prevaleceram.

O executivo forte, autoritário e centralizador, com excesso de poderes concentrados na União Federal, foi a marca das ditaduras que se seguiram. A de Getúlio Vargas (1930/1945) e a militar (1964/1985).

Daí por que não se falará das constituições “outorgadas” pelos ditadores em 1934, 1937, 1967 e 1969.

A Constituição de 1946, criada por um grupo de notáveis, apesar de sua conotação democrática, foi construída por lideranças oligárquicas, sem a participação popular. Por isso, tais como as anteriores, pouca importância teve na vida nacional.

Como afirmou o então ministro do Supremo Tribunal Federal, Aliomar Baleeiro:

A constituinte de 1946 – se for objeto de estudos quanto à composição social e profissional de seus membros, a exemplo da aguda investigação de Charles Bear sobre a Convenção de Filadélfia – revelará que congregava maciçamente titulares da propriedade. Mais de 90% dos constituintes eram pessoalmente proprietários ou vinculados por seus parentes próximos – pais e sogros – à propriedade, sobretudo imobiliária. Compreende-se que desse corpo coletivo jamais poderia brotar texto oposto à propriedade.⁷

9. CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA DE 1988

A Constituição de 1988 é a mais democrática que o Brasil jamais teve. De todas, foi a única elaborada, em regime de liberdade, com razoável representação parlamentar e, portanto, com razoável participação popular. As oito anteriores – com exceção da de 1946, que, porém, padece do vício de ser elitista, pois os congressistas da época eram, em sua maioria, latifundiários, banqueiros e industriais, ou pessoas bancadas por eles – foram “outorgadas” ao povo pelo governo ditatorial de plantão.

⁷ Aliomar Baleeiro. Limitações Constitucionais ao poder de tributar. 2ª ed. Forense, 1960, p. 238.

A Constituição de 1988 preservou, todavia, as grandes inovações institucionais introduzidas pela Constituição republicana de 1891, a saber: o regime democrático, a república, a federação, a representação política, o voto direto e universal.

Assim, logo em seu art. 1º, estatuiu, entre os princípios fundamentais, que o Brasil é uma república federativa. Com isso, adotou-se, indiscutivelmente, como forma de governo a república, em contraposição com a monarquia, e como forma de Estado a federação, descentralizada, em oposição ao Estado unitário.

Por conta do princípio republicano, a nossa Constituição não admite governo permanente, ou por prazo indeterminado. Há de haver o rodízio, em prazo certo e fixo, conforme as regras constitucionais.

Em função do princípio federalista, não pode haver a concentração, nem a primazia, de poder político em nenhum ente político, seja na União Federal, nos Estados ou nos Municípios. Nenhum deles é superior aos demais. Cada um tem sua esfera própria e privativa de autonomia legislativa e operacional.

O princípio, qualquer que seja ele, quando adotado na Constituição, exterioriza-se o seu valor como opção política de um povo. Por isso, ele se sobrepõe a qualquer regra ou norma constitucional ou a qualquer lei.

Na esfera infraconstitucional há uma hierarquia. A lei vale mais do que o regulamento, baixado por decretos do poder executivo. Este, por sua vez, sobrepõe-se às portarias e instruções. No entanto, a lei, que retira sua fonte de validação da Constituição, tem que guardar harmonia com os princípios e normas estabelecidos na Carta Política. Portanto, a lei é sempre inferior à Constituição.

A Constituição, por sua vez, também contém uma hierarquia. Em seu contexto, os princípios valem mais do que as normas, ou regras constitucionais.

Para o grande constitucionalista português, Gomes Canotilho, existe a seguinte gradação valorativa no texto constitucional: 1. Princípios constitucionais estruturantes da Nação (tais como o regime democrático, a república, a federação, a separação dos poderes, etc.); 2. Princípios constitucionais gerais (como a prevalência da ordem econômica privada, a livre iniciativa, a livre concorrência etc.); 3. Princípios constitucionais especiais (tais como os princípios tributários: legalidade, anterioridade, igualdade tributária etc); finalmente, vêm as 4. Normas ou regras constitucionais.⁸

Acima desses princípios, porém, pairam, indubitavelmente, os direitos e garantias individuais fundamentais, previstos no art. 5º, da Constituição Federal.

Jorge Miranda, outro importante publicista português, revela a função dos princípios: *“ação imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema”*.⁹

Coerentemente, pela prevalência dos princípios constitucionais sobre qualquer norma constitucional, já se afirmou que

Infere-se, logicamente, a partir da predominância dos princípios estruturantes, que a Constituição também comporta uma hierarquização de princípios e normas ou regras (Canotilho), incompatibilizando aquelas que forem

⁸ J.J. Gomes Canotilho. Direito constitucional. Ed. Coimbra. 6ª ed., 1995, p. 182.

⁹ Jorge Miranda. Manual de Direito Constitucional. 2ª ed., 1983, t. II, p. 199.

discrepantes, feito um confronto de verticalidade, vez que a própria Constituição possui um núcleo inafastável, não necessariamente restrito às cláusulas pétreas estipuladas no próprio Texto Magno, como acontece na Carta Política brasileira (Art. 60, § 4º), podendo e devendo ser mais amplo. Isso significa que, quando uma norma (ou princípio secundário) constitucional agredir um princípio fundamental, estruturante da Nação, ela deve ser interpretada de modo a salvaguardar a incolumidade absoluta deste último, restringindo, sem redução de texto, o significado daquela, se possível, ou, simplesmente considerando-a sem valor, se a harmonização se tornar impossível, ou absurdamente subverter a ordem hierárquica constitucional.¹⁰

Realmente, a Carta Magna reconheceu a área de autonomia de cada ente político ao estatuir: “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos nos termos desta Constituição”.

O constituinte originário, que elaborou a Constituição de 1988, levou tanto a sério a divisão do poder político entre a União e os Entes políticos periféricos, a fim de se evitar que estes fossem esvaziados de sua competência constitucional, por usurpação pela União – como costumeiramente aconteceu no passado durante os regimes ditatoriais e de exceção – que elevou o princípio federalista à condição de cláusula pétrea, ou seja, princípio esse que não pode ser modificado por emenda constitucional (CF – art. 60, § 4º, inciso I).

Em face da relevância desse princípio, que funciona como fator efetivo de divisão do poder político, ao lado do da independência dos ramos governamentais, tenho defendido que o pacto federativo sequer pode ser alterado, por meio de emendas constitucionais, se elas não forem submetidas, previamente, à concordância dos Estados-Membros. Uma só parte (a União), tal como ocorre em um contrato, não pode, com legitimidade, alterar o pacto federativo original, firmado com os Estados-Membros e com os Municípios. Ver fundamentação mais completa na obra mencionada.¹¹

A propósito do federalismo, ensina José Afonso da Silva que “A Constituição de 1988 estruturou um sistema que combina competências exclusivas, privativas e principiológicas com competências comuns e concorrentes, buscando reconstruir o sistema federativo segundo critérios de equilíbrio ditados pela experiência histórica”.

Segundo esse renomado constitucionalista,

O princípio geral que norteia a repartição de competências entre as entidades componentes do Estado federal é o da predominância do interesse, segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local, tendo a Constituição vigente desprezado o velho conceito de peculiar interesse local que não lograra conceituação satisfatória num século de vigência.¹²

¹⁰ Paulo Fernando Silveira. *Freios e Contrapesos (Checks and Balances)*. Ed. Del Rey, 1999, p. 44

¹¹ Paulo Fernando Silveira. *Devido Processo Legal (Due Process of Law)* – Ed. Del Rey, 3ª ed., p. 92-93.

¹² José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Ed. Rev. Trib. - 6ª ed., 1990, p. 411-412

Completa o seu raciocínio expressando que “A Constituição de 1988 buscou resgatar o princípio federalista e estruturou um sistema de repartição de competências que tenta refazer o equilíbrio das relações entre o poder central e os poderes estaduais e municipais”.¹³

Da conceituação do federalismo, três princípios se erigem como seus pilares: a) desconcentração do poder entre os entes políticos; b) intervenção mínima do governo central, como exceção (poderes enunciados), competindo ao Estado-Membro todos os demais restantes (poderes remanescentes); c) equilíbrio de poderes entre o ente central e os periféricos.

Foi considerando tudo isso que o *Justice Black* da Suprema Corte americana, citado por *Tony Freyer*, asseverou: “Nosso conceito de federalismo assenta-se na política básica de evitar concentração excessiva de poder no governo, federal ou estadual. (Our concepts of federalism rested on the basic policy of avoiding excess concentration of power in government, federal or state.)”¹⁴

Consciente dessa função essencial exercida pelo federalismo, como fator descentralizador e, simultaneamente, propulsor do crescimento político das lideranças locais, que não podem ser anuladas – muito menos ficar dependentes, na sua escalada política, do poder central – *Paul J. Mishkin* enfatizou:

As funções políticas decorrentes de um real e forte federalismo têm se transformado em alguma coisa mais importante do que no passado. Por funções políticas, eu quero dizer as funções dos governos dos Estados (e locais) como fortalezas do pluralismo e da liberdade. Os Estados têm um papel como autônomos centros de poder – e como poder de base – que não são sujeitos ao controle hierárquico pelo poder central. (*The political functions of a real and strong federalism have become, if anything, more important than in the past. By ‘political’ functions, I mean the functions of state (and local) governments as bulwarks of pluralism and of liberty. The states have a role as autonomic power centers – and thus power bases – that are not subject to hierarchical control from the center.*)¹⁵

Considerando esses ensinamentos, extrai-se, com facilidade, que a competência da União é abrangente. Porém, é limitada, por ser de natureza excepcional. Somente as matérias em que se evidenciar um predominante interesse nacional, ou envolvendo mais de dois Estados da federação, autorizam sua intervenção material ou legislativa. Compete à União, pois, legislar e atuar nos campos das relações externas, das forças armadas, das embaixadas, do comércio, inclusive entre os Estados-Membros etc. Ou seja, sempre que o assunto predominante for de interesse nacional, ou abranger mais de um Estado-membro.

Aos Estados-Membros atribuiu-se, constitucionalmente, o exercício da competência remanescente, isto é, de tudo aquilo em que predominar, apenas, o interesse regional.

Dentro dessa linha de raciocínio, estatui, peremptoriamente, a Constituição Federal:

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

¹³ José Afonso da Silva. Obra cit. p. 90

¹⁴ Harry N. Scheiber. Federalism and the judicial mind. University of California. 1992. p. 104.

¹⁵ Harry N. Scheiber. Federalism and the judicial mind. Berkeley. Institute of J Governmental Studies Press. University of California, 1992, p. 156.

§ 1º. São reservados aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

Para os Municípios ficou reservada a competência para legislar sobre assuntos de interesse predominantemente local (CF – art.30, I).

Decorre do princípio federalista que a lei editada pelo ente político, dentro de sua esfera privativa de competência, é a única prevalente. Assim, se a União, por exemplo, publicar lei sobre matéria de competência municipal, é a lei federal que é inconstitucional. Lembre-se que a lei federal não vale mais do que a lei municipal, quando esta versa sobre matéria de competência do município.

10. LEI MUNICIPAL AMPARADA PELO PRINCÍPIO FEDERATIVO: NORMAS CONSTITUCIONAIS QUE ATRIBUEM, SIMULTANEAMENTE, COMPETÊNCIA À UNIÃO FEDERAL E AOS MUNICÍPIOS

Portanto, ao se interpretar uma simples norma constitucional, com a qual, aparentemente, a lei municipal está em conflito, há de se tomar, necessariamente, em consideração a prevalência do princípio federalista e, ainda, a autonomia legislativa do Município, como Ente político – que não pode abrir mão de sua competência privativa constitucional, sob pena de incentivar a usurpação, a tirania e a ditadura – e levar-se em conta, ainda, que a competência da União Federal é excepcional, destinada a atender às necessidades nacionais.

Assim, quando a Constituição federal dispõe, em seu art. 22, inciso IV, que compete, privativamente, à União legislar sobre telecomunicação e radiodifusão, há de se entender, necessariamente, que tal norma – simples regra constitucional – está subordinada ao princípio federalista. É como se dissesse: compete privativamente à União legislar sobre radiodifusão, desde que observado o princípio federalista.

Comungando da mesma patena, CELSO RIBEIRO BASTOS já se posicionou no sentido de que, não obstante haver norma constitucional expressa outorgando competência privativa à União para legislar sobre telecomunicações e radiodifusão (CF – arts.22, IV e 223), “...tal competência deve ser entendida no sentido de que se refere aos casos de alcance nacional, pois do contrário estaria, através de meras normas constitucionais, violando-se um dos princípios estruturantes da nação (o federalismo) que é um dos pilares em que se repousa a democracia e objetiva obstaculizar a tirania de grupos minoritários pela dispersão do Poder.”¹⁶

Na interpretação do texto constitucional, há de se observar o equilíbrio na distribuição do poder político, entre os Entes federados, visado pelo constituinte originário. Para alguns publicistas esse é o elemento dominador na regra interpretativa da Constituição.

Esse importante, decisivo e indeclinável papel é destinado ao Judiciário, que, como poder político não eleito, tem o dever de examinar a matéria observando as reais necessidades do país.

John H. Garvey e T. Alexander Aleinikoff asseveraram que a metáfora do balanceamento refere-se a teorias de interpretação constitucional que são baseadas na identificação, avaliação e comparação dos interesses em conflito. Expõem

¹⁶ Apud Armando Coelho Neto. Rádio Comunitária não é crime. Ícone Ed., 2002, pg.125.

que o melhor argumento utilizado pelos defensores do *balancing* é o que permite as Cortes Judiciais aumentar o processo de equilíbrio, dando peso a interesses que o legislativo tende a ignorar ou subavaliar. Dentro desse enfoque, a Corte desempenha dois importantes papéis: 1. reforça a representação, assegurando que interesses impopulares ou de grupos mal representados politicamente sejam com justiça considerados; 2. protege direitos e interesses constitucionais que, às vezes, são esquecidos no *hurly-burly* da Política. Advertem, todavia, que o balanceamento pela Corte não reproduz a função legislativa ou suplanta os julgamentos legislativos de boa política social. Usa-se o ato legislativo como medida da importância social e, assim, como uma base para calcular o grau para o qual o interesse constitucional deverá ser “atenuado” (*The balancing court does not replicate the legislative function or supplant legislative judgments of good social policy. It uses the legislative act as a measure of social importance and thus as a basis for calculating the degree to which the constitutional interest should be “softened”.*)¹⁷

Por sua vez, o professor *Richard Steward* tem sugerido uma estreita correlação entre a defesa da autonomia do Estado-Membro, contra a dominação da União, com os direitos individuais, aos quais se acha atada. Ele identifica quatro aspectos da estrutura federal descentralizada que podem ser considerados valores que o indivíduo desejaria implementar: *a grande precisão* com que o tomador de decisão local pode operar como útil calculador dos custos e benefícios; *a maior proteção da liberdade* que a tomada de decisão estadual descentralizada alcança ao dificultar que qualquer grupo de pessoas assenhoreie-se do poder total nacional; *o maior grau de comunidade*, alavancado pela oportunidade de participação política que a descentralização torna possível; e *a maior diversificação* que a descentralização encoraja. (*He identifies four features of a decentralized federal structure which can be stated as values an individual would wish to further: the greater accuracy with which a local decisionmaker can operate as a utilitarian calculator of costs and benefits; the greater protection of liberty which the state’s decentralized decisionmaking affords by making it harder for any one group to seize total national power; the greater degree of community fostered by the opportunity for political participation that decentralization makes possible; and the greater diversity which decentralization fosters.*)¹⁸

A propósito, não se pode esquecer a precisa advertência lançada pelo *Justice Brandeis*,¹⁹ da Suprema Corte americana, ao elaborar a doutrina do estado-laboratório. Disse ele:

Constitui um dos felizes acidentes do sistema federal que um único e corajoso Estado possa, se assim quiserem os seus cidadãos, servir como um laboratório; e tentar novos experimentos sociais e econômicos sem colocar em risco o restante do país. (*It is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous state may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country.*)

Comentando esse famoso conceito, que se tornou a base do que é,

¹⁷ John H. Garvey and Alexander T. Aleinikoff - Modern constitutional theory: a reader. St. Paul: West Publishing, USA., 1991, p. 108.

¹⁸ Laurence H. Tribe. American constitutional law. 2 ed. Foundation Press, 1998, p. 385.

¹⁹ Justice Brandeis, J., in *New State Ice Co. v. Liebmann* (1932).

modernamente, chamado de novo federalismo, Laurence Tribe sugeriu que devemos substituir a palavra *Estado* por comunidade (*we might substitute the word "community"*).²⁰

Em face de um verdadeiro federalismo (que, ao fracionar o poder político, distribuindo-o harmoniosamente entre os entes federados, existe justamente para se evitarem a tirania e o despotismo governamental, levados a efeito por parte daqueles que não têm vocação para o exercício do poder limitado, próprio da democracia), há de se obstar lei federal que – formulada mediante proposições gerais, fora da realidade fática específica de cada comunidade – engesse e paralise o país, com isso inibindo a iniciativa, a criatividade e a opção política dos entes locais. Há de se dar espaço aos legislativos locais (Estados-Membros e Municípios) para levarem adiante suas experiências próprias e tornarem realidade suas opções políticas, inerentes aos valores ínsito das comunidades, em suas diversidades culturais, em matérias que não despertem o interesse nacional. Infelizmente, a autonomia e a autogovernabilidade dos poderes locais são usurpadas pela União Federal, há longo tempo, como revela nossa história constitucional. Esse fato vem ocorrendo costumeiramente, sem ser obstado pelo Judiciário, não obstante o flagrante desrespeito, pelos poderes eleitos, à vontade política das inúmeras comunidades brasileiras. Por isso, há tanta apatia política em nosso povo, que se queda inane, sentindo-se totalmente desalentado, sem ânimo e esperança, incapaz de participar ativamente na busca das soluções dos problemas públicos, por menor que seja. Cento e oitenta e seis (186) milhões de brasileiros ficam descorçoados e impotentes, à espera das soluções mágicas tomadas em Brasília – por um grupo de pessoas que, em regra, não representam ninguém, senão aos seus próprios interesses – em relação ao um país continental, com diferentes culturas, graus de riqueza e de valores sociais.

A ação das autoridades municipais, em defesa de lei que cuide somente de matéria de interesse local, é legítima e extremamente necessária, se quisermos ter uma democracia, dentro de um Estado de Direito. Ao município não é facultado dispor de parcela de seu poder político, sob pena de estar-se compactuando com o aumento do poder centralizado, caminho direto para a ditadura, de que a história brasileira, infelizmente, noticia com frequência.

A autonomia e a autogovernabilidade do município, a par da correta administração do país, dependem muito desse enfrentamento que, longe de ser hostil e esporádico, deve acontecer amiúde, no trato diário das matérias limítrofes, de tal modo a aperfeiçoar o sistema democrático, ao se delimitar, com mais nitidez, a zona de fronteira que, nebulosamente, demarca as competências legislativas dos entes periféricos, cuja amplitude maior do arco depende da elasticidade comprimida, no momento atual, aos princípios constitucionais.

É verdade eterna, no campo da política – dizem os sábios – que o poder avança até encontrar limites. É como o mar, cujas ondas irrompem desbragadamente pelas praias até serem contidas pelos rochedos e pelos diques.

À luz desse enfoque, do aparente conflito de normas constitucionais, os dois textos prevalecem incólumes, porém cada um com sua delimitação própria, com observância do princípio federalista.

Desse modo, compete, sim, à União federal legislar privativamente sobre a radiodifusão, quando for o caso de rádios de grande potência, cujas ondas

²⁰ Laurence H. Tribe. American Constitutional Law. The Foundation Press, Inc. – N.York- 2ª ed. 1988, p. 1419

sonoras atinjam mais de um Estado da Federação. Para esses casos, incidem-se as normas previstas nos art.21, XII, 22, IV e 223, da Constituição federal.

Já a radiodifusão de pequeno alcance e baixa potência, por não desperter o interesse nacional, insere-se, sem sombra de dúvida, na competência municipal, ante o predomínio do interesse local (CF – art. 30, I).

Vários fatores – que estão fora do alcance da União federal – são determinantes para evidenciarem a prevalência do interesse local: 1. A pequena potência, em Watts-ERPs das ondas de rádio, de modo a não ultrapassar as fronteiras do município; 2. A definição do contorno, em virtude da quantidade de “dbm” da emissora, de modo a evitar interferência em outros serviços locais; 3. A especificação da área de cobertura de cada emissora, isto é, se com alcance total de todo o território municipal, ou se dividido por bairros, vilas ou setores; e, finalmente, 4. O relevo do município, a fim de se determinar a altura da antena e a sua exata posição e direcionamento, visando contornar os obstáculos físicos (morros e montanhas) existentes em cada município.

A importância do relevo para a definição do contorno e da altura e direcionamento da antena da emissora está devida e tecnicamente demonstrada no meu livro *Rádios Comunitárias* (p.121– 130).²¹

Quando a União legisla sobre as rádios de grande potência e de longo alcance, o relevo não tem significação técnica. Não é levado em consideração. Nesse caso, para a divisão do espectro eletromagnético do país, é considerado liso, como se fosse uma folha de papel. Já para as rádios de alcance restrito, o relevo físico do território municipal tem significação especial e deve ser, sempre, levado em conta. Um morro que separe dois bairros é suficiente para interromper o fluxo da onda magnética, notadamente a de baixa potência.

Esse ângulo da questão demonstra, por si só, cabalmente, a prevalência do interesse local sobre um eventual – mas não comprovado de fato, ou tecnicamente – interesse federal.

Ressalte-se, finalmente, que, em havendo duas normas constitucionais, hierarquicamente do mesmo valor (uma atribuindo a competência à União, outra ao Município), nenhuma autoridade federal – nem mesmo o juiz, salvo se a nulidade de uma delas estiver “*sub judice*” – poderá fazer prevalecer lei federal editada com base na regra excepcional de competência da União, eis que a lei municipal, também editada com base em norma constitucional, tem sua eficácia garantida, enquanto não for anulada pelo Poder Judiciário. No confronto das duas normas constitucionais, ou da lei municipal em face da lei federal, o conflito será dirimido pela Justiça Federal de 1º Grau, pelo controle difuso de constitucionalidade (CF – art.102, III, alíneas “c” e “d”), jamais por meio de ADIN (CF – art.102, I, “a”), que é restrita à apreciação de “lei ou ato normativo federal ou estadual”, não englobando a lei municipal.

11. TELECOMUNICAÇÃO E RADIODIFUSÃO. RÁDIO COMUNITÁRIA

A Constituição federal distingue a telecomunicação da radiodifusão. Portanto, esta última, tecnicamente, não faz parte da primeira. Por isso, tem tratamento jurídico diversificado.

Com efeito, ao disciplinar a competência material (operacional) da União (art.21), a Carta Política cuidou da telecomunicação no inciso XI e da radiodifu-

²¹ Paulo Fernando Silveira. *Rádios Comunitárias*. Ed. Del Rey, 2001, p. 121-130.

são no inciso XII, alínea “a”.

Igualmente, ao atribuir a competência legislativa à União (art.22), a Constituição tornou a distinguir a telecomunicação da radiodifusão (inciso IV).

A fim de não pairar nenhuma dúvida quanto à distinção determinada pela Carta Magna, o novo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 9.472, de 16.07.1992) exclui, taxativamente, a radiodifusão, remetendo, a teor de seu artigo 215, inciso I, a sua legislação para o antigo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117, de 27.08.1962).

Portanto, no atual ordenamento jurídico, temos tratamentos legislativos e matérias diferenciados para as telecomunicações e para a radiodifusão.

A par dessa distinção, o serviço de radiodifusão comunitária mereceu, justamente por não se enquadrar nas regras gerais da radiodifusão, previstas no antigo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62), legislação própria, adequada a seu singular perfil (Lei 9.612, de 19.02.1998).

Significa dizer que a rádio comunitária, precisamente por ser de baixa potência e de pequeno alcance, não se acha disciplinada pelo Código Brasileiro de Comunicações, mas, sim, obviamente, por legislação específica.

Todavia, essa legislação federal é inconstitucional, eis que cuida de exatamente de assunto de interesse local, que foge de sua competência constitucional, em face do princípio federalista, em virtude do qual ficou consignada a regra expressa no art. 30, inciso I, da Constituição Federal, que atribui competência privativa do município para legislar sobre assunto local.

A inconstitucionalidade dessa lei é tão evidente que, ao definir a cobertura restrita, ela utiliza-se de critérios locais, ao dispor, em seu art. 1º, § 2º, *verbis*: “*Entende-se por cobertura restrita aquela destinada ao atendimento de determinada comunidade de um bairro ou vila.*”

Da mesma forma, ao esclarecer o sentido da baixa potência, vale-se, novamente, de parâmetros locais, ou seja, a altura e o direcionamento da antena (sistema irradiante), só que, equivocadamente, despreza, indevidamente, a importância do relevo físico, como fator determinante da exata localização e posicionamento da antena – matéria de competência municipal – ao dispor (art.1º, § 1º): “*Entende-se por baixa potência o serviço de radiodifusão prestado à comunidade, com potência limitada a um máximo de 25 watts ERP e altura do sistema irradiante não superior a trinta metros.*”

Por fim, a inconstitucionalidade dessa lei se evidencia, ainda, quando dá tratamento privilegiado às emissoras comerciais, em acintoso desrespeito à garantia constitucional do livre acesso ao judiciário, previsto no art.5º, inciso XXXV, da Constituição federal (A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), quando prescreve essa abominação jurídica abaixo transcrita:

Art.22 As emissoras do Serviço de Radiodifusão Comunitária operarão sem direito à proteção contra eventuais interferências causadas por emissoras de quaisquer Serviços de Telecomunicações e Radiodifusão regularmente instaladas, condições estas que constarão do seu certificado de licença e funcionamento. (Evidencie)

Em outras palavras, as rádios comunitárias que causarem interferências – se é que isso é tecnicamente possível (afirma-se, sem bases técnicas, que elas

inclusive derrubam aviões) – serão penalizadas; todavia, as rádios comerciais e outros serviços de telecomunicação e de radiodifusão podem, livremente, causar danos (lesão a direito), sem se responsabilizarem por isso. Isso é, evidentemente, um arrematado absurdo. Indiscutivelmente, esse dispositivo é totalmente inconstitucional.

12. INTERFERÊNCIAS NAS AERONAVES E NOS AEROPORTOS

Não há verdade alguma quanto à interferência das rádios comunitárias nas comunicações referentes à aviação. Dois fundamentos desmentem a tolice desse argumento, lançado, ao acaso, sem respaldo técnico e aceito, liminarmente, por uns poucos juízes preconceituosos, mal informados ou receosos de enfrentarem, caso a caso, os desafios e as dificuldades inerentes ao seu ofício, preferindo o caminho mais fácil da acomodação, ao acatarem, de maneira reverencial, sem maiores questionamentos, a versão oficial, com fulcro apenas em generalizações, ou na dogmática positivista do literalismo da lei, ainda que nebulosas e impróprias ao justo e honesto desate da lide:

1. As rádios comunitárias operam com pequena potência e curto alcance (25 Watts). O Ministério das Comunicações exige uma distância mínima de 4(quatro) quilômetros entre as emissoras. Logo, se há risco para a navegação aérea, ela virá, certamente, das rádios comerciais, que operam com potência enorme de até 30.000 Watts e suas ondas sonoras são de longo alcance.

2. A radiodifusão se dá em frequência diferenciada da usada na aviação e nas torres de controle dos aeroportos.

3. Ainda que haja, ou tenha havido, alguma episódica interferência, é caso de se corrigir o problema naquela emissora específica e não o de se proibir o funcionamento de todas as rádios comunitárias, negando ou anulando o direito fundamental, por conta de fato isolado, perfeita e tecnicamente sanável.

Em outra oportunidade, já escrevi sobre a matéria, com demonstrativos técnicos, elaborados por empresa idônea, que opera nessa área, na dicção seguinte:

A possibilidade de interferência das rádios comunitárias nas comunicações aeronáuticas, civis e militares, ou seja, no denominado Serviço Móvel Aeronáutico – SMA, que envolvem aeronaves e órgãos de controle de tráfego aéreo, minimiza-se, máxime comparativamente com as rádios comerciais, de alta potência, se se considerar que o serviço de radiodifusão em frequência modulada (FM) opera na faixa de frequência distinta, no que toca à faixa de frequência em megacíclos ou megahertz (MHz).

Assim, enquanto as rádios FM, comunitárias ou comerciais, operam na faixa de frequência que vai de 88,000 a 108,000, os serviços de comunicação aeronáuticas, como o Instrument Landing System-ILS, o VHS Omnidirection Radio Range-VOR, a Torre de Controle-TWR, o Controle de Aproximação-APP, o Controle de Solo-SMC, o Centro de Controle de Área-ACC, o Automatic Terminal Information Service-ATIS, o serviço de Informação Meteorológica para Aeronave em Voo-VOLMET e o Controle Operacional de Empresas Privadas-EPTA, funcionam na faixa de frequência a partir de 108,000 até 132,000 MHz.

Finalmente, para por fim a esse argumento, para mim sem fundamento, a Portaria nº 133, de 26.04.95, do Comando da Aeronáutica garante a compatibilidade de uso das faixas de frequências de 88 a 108MHz e de 108 a

137MHz por parte, respectivamente, do Serviço de Radiodifusão Sonora em Frequência Modulada e dos Serviços de Radionavegação Aeronáutica e Móvel Aeronáutico. Essa portaria tem por objetivo estabelecer os critérios de proteção que devam ser assegurados nas respectivas áreas de cobertura, de modo a prevenir a ocorrência entre os Serviços.

Além do mais, a União conta com um serviço especial, chamado de Grupo Especial de Inspeção em Vôo-GEIV, que está incumbido de verificar, regularmente, a condição de funcionamento dos sistemas de auxílio à navegação aérea. Mediante essa regular inspeção, a possibilidade de ocorrência de acidentes é minimizada, eis que o GEIV retira de operação todo e qualquer sistema de comunicação e radionavegação que esteja abaixo de determinados padrões de segurança. O retorno à operação é, também, condicionado a uma nova inspeção, para certificação de que o problema foi sanado.

Como as rádios comunitárias – longe de serem piratas ou clandestinas – operam abertamente, com estatutos registrados em cartório, onde consta o nome dos responsáveis pelas fundações, que as mantém, em endereço publicamente conhecido e anunciado para efeito de captação de apoios culturais, nada há a recear. Qualquer imprevisto – ainda que quase impossível de acontecer – será imediatamente sanado.²²

Portanto,

Como foi visto acima, os aeroportos estão protegidos de interferência basicamente porque seus serviços (Torre de Controle-TWR, Controle de Solo-SMC, Centro de Controle de Área-ACC, Automatic Terminal Information Service-ATIS, Informação Meteorológica para Aeronave em Vôo-VOLMET e o Controle Operacional de Empresas Privadas-EPTA) funcionam em faixa de frequência, em megahertz(MHz) distinta (de 108 a 137MHz) dos em que operam as rádios comerciais, educativas e comunitárias (de 88 a 108 MHz).²³

13. APLICAÇÃO DE PENALIDADES

A lei municipal pode disciplinar, validamente, sobre penalidades administrativas, em razão de infração a qualquer artigo da legislação municipal. Isso é perfeitamente constitucional. Encontra-se na esfera de suas atribuições e de sua autonomia, como Ente político. O município não pode, somente, editar leis em que se cominem sanções criminais. A tipificação de crimes e a cominação de penas criminais estão, no momento, sob a competência federal.

O poder de polícia, inerente a todo Ente político (quem tem competência para legislar desfruta, igualmente, do poder de regulamentar as atividades; conseqüentemente, detém o poder de destruir ou de incapacitar) autoriza a imposição de penalidades administrativas, previstas em lei, por infrações relativas às atividades sujeitas ao controle da legislação local, desde que aplicadas com observância do devido processo legal (*Due process of law*), em sua dimensão procedimental, isto é, desde que seja oportunizada ao infrator a mais ampla defesa antes da aplicação da sanção administrativa pelo órgão estatal.

²² Paulo Fernando Silveira. Rádios Comunitárias. Ed. Del Rey - 2001, p. 112.

²³ idem, obra. cit. p. 113-114

14. APOIO CULTURAL

Assim como as grandes e poderosas universidades particulares, que se dizem, estatutariamente, sem fins lucrativos, podem cobrar mensalidades de seus alunos, visando obter renda para cobrir as suas despesas de custeio e de investimento, inclusive com a modernização dos *campus*, por meio de construções e aquisições de modernos equipamentos, além de gozarem de imunidade tributária (CF – art.150, VI, “c” – Lei 5.172, de 25.10.66 (Código Tributário), arts. 9º, IV, “c” e 14) e de receberem generosas verbas do governo, as rádios comunitárias, evidentemente, também podem receber apoio cultural, privado, em forma de venda de publicidade.

Algumas razões fundamentam esse raciocínio lógico: 1. Elas também têm despesas com pessoal e com a compra de equipamentos; 2. Não vão funcionar com o dinheiro público. 3. O Estado, como agente normativo e regulador, não pode, como regra, interferir na ordem econômica, para disciplinar a atividade privada. Relativamente ao setor privado, sua função é meramente indicativa (CF – art.173). Logo, não pode proibir as rádios comunitárias de obter renda para a consecução de seus fins. Do contrário, o Estado está, por vias indiretas, violando vários princípios constitucionais, como o da livre iniciativa, mais precisamente o da livre manifestação das idéias, por qualquer meio de comunicação, aí embutidos o direito de informar e de ser informado (CF – art. 5º, incisos IX e XIV), como expressamente assegurado pela Carta Magna no art.220, do seguinte teor: “*A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.*”

15. TRÍPLICE FISCALIZAÇÃO

Em havendo lei municipal disciplinando o serviço de radiodifusão comunitária, as emissoras autorizadas a funcionar, mediante alvará municipal, sofrerão, obviamente, três fiscalizações distintas. a) – uma por parte dos órgãos municipais, que imporão, quando for o caso e observado o devido processo legal, as penalidades administrativas cabíveis, previstas na própria lei; b) – outra por parte da ANATEL-Agência Nacional de Telecomunicação, toda vez que a emissora, descumprindo a lei municipal, violar interesses nacionais ou de mais de um Estado-Membro; finalmente, c) – a rádio comunitária sofrerá a fiscalização do público ouvinte, denunciando aos órgãos competentes locais, como o Ministério Público, qualquer infração que se caracterizar como criminosa ou ofensiva ao direito do cidadão, como, por exemplo, ofensa ao Código do Consumidor.

16. INCOMPETÊNCIA DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL PARA SUSPENDER A EFICÁCIA DE LEI MUNICIPAL QUE DISPÕE SOBRE O SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO COMUNITÁRIA.

O exame da funcionalidade de rádio comunitária envolve apenas questão federal, já que, no caso, a lei municipal aparentemente viola dispositivo da constituição federal, que atribui competência à união para, privativamente, legislar sobre a matéria.

Perguntaram-me, em diversas regiões do país, onde fiz palestras sobre as rádios comunitárias: “Se a lei municipal é constitucional, então por que alguns tribunais estaduais estão dando liminares para suspender a sua eficácia?”

A resposta é simples.

Os tribunais de justiça dos Estados-Membros não têm competência para suspender, via Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn, com efeito *erga omnes*, a eficácia de lei municipal, quando o conflito é relacionado com dispositivos da Constituição federal, relativamente à competência legislativa da União Federal.

No entanto, avocando, injustificadamente, para si, essa missão, essas Cortes estaduais estão procedendo à indevida usurpação da competência – única e privativa, no caso – do Conspícuo Supremo Tribunal Federal, a quem foi conferida, pela Carta Magna, como palavra final, a guarda precípua da Constituição Federal.

É verdade que o Supremo Tribunal Federal não tem competência para o conhecimento e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidades versando sobre leis municipais. Mas, também, os Tribunais de Justiça não o têm – como controle concentrado – quando a lei municipal afronta, unicamente, dispositivo da Constituição Federal ou confronta com lei federal.

O controle, no caso, é feito pelo sistema difuso, a partir do primeiro grau de jurisdição da justiça federal, com recursos para os tribunais superiores, até o Supremo Tribunal Federal, como dispõe o art. 102, III, alíneas “c” (lei municipal ou estadual contestada em face da Constituição Federal) e “d” (lei local contestada em face de lei federal), alínea esta incluída por força da emenda constitucional nº 45/2004).

Do contrário, os tribunais estaduais, ao exercerem o controle concentrado, em matéria envolvendo a competência da União, assegurada na Constituição federal, estariam substituindo o Supremo Tribunal Federal na guarda da Carta Política, não lhe permitindo, outrossim, manifestar-se sobre área privativa de sua competência, como Corte final em matéria constitucional, no exercício do controle difuso.

Na lapidar lição de ALEXANDRE DE MORAIS²⁴

A Constituição Federal, nas previsões dos arts. 102, I, a, e art. 125, § 2º, somente deixa em aberto uma possibilidade, relacionada à competência para processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidades de leis ou atos normativos municipais contrários, diretamente, à Constituição Federal.

Nestas hipóteses, será inadmissível ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, ou perante o Tribunal de Justiça local, inexistindo, portanto, controle concentrado de constitucionalidade, pois o único controle de constitucionalidade de lei e de ato normativo municipal em face da Constituição Federal que se admite é o difuso, exercido *incidenter tantum*, por todos os órgãos do Poder Judiciário, quando do julgamento de cada caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal entende não ser possível nessa hipótese o controle concentrado pelo Tribunal de Justiça, pois tendo as decisões efeitos *erga omnes*, no âmbito estadual, a elas estaria vinculado o próprio Supremo Tribunal Federal, que deixaria de exercer sua missão constitucional de guardião da Constituição.

²⁴ Alexandre de Moraes. Direito Constitucional. 14ª ed. Atlas, 2003, p. 611.

Ensina, ainda, com clareza, que o Tribunal de Justiça só tem competência para exercer o controle concentrado de inconstitucionalidade sobre atos normativos ou leis municipais, quando estes violarem, direta e expressamente, dispositivos da Constituição Estadual.²⁵

Afirma, categoricamente, que

Em relação às leis ou atos normativos municipais ou estaduais contrários às Constituições Estaduais, compete ao Tribunal de Justiça local processar e julgar, originalmente, a ação direta de inconstitucionalidade.

Ressalte-se que esta previsão é da própria Constituição Federal, ao dispor no art. 125, § 2º, que os Estados organizarão sua Justiça cabendo-lhes a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Note-se que, se a lei ou ato normativo municipal, além de contrariar dispositivos da Constituição Federal, contrariar, da mesma forma, previsões expressas do texto da Constituição Estadual, mesmo que de repetição obrigatória e redação idêntica, teremos a aplicação do citado art. 125, § 2º, da CF, ou seja, competência do Tribunal de Justiça do respectivo Estado Membro.

No caso em estudo, não há possibilidade de se repetirem os dispositivos, já que a Constituição Federal atribui, privativamente, à União o poder de legislar sobre a radiodifusão (CF – art.21, IV), com exclusão, óbvia, do Estado-Membro. A repetição, a que o doutrinador se refere, é aquela, por exemplo, pela qual se impõem regras aos servidores públicos (CF – art.37). Mesmo assim, o simples fato da repetição não dá poderes aos Tribunais de Justiça de decidirem causas de servidores federais, já que a matéria federal é de competência da Justiça da União (CF– arts. 106 e 109, I).

Este é o entendimento predominante há muito em nossos tribunais, notadamente no Supremo Tribunal Federal. Tanto assim é que essa Veneranda Corte suspendeu, liminarmente, o dispositivo da Constituição do Estado de São Paulo, que autorizava o controle concentrado (ADIN 347-0/600).

Com efeito, o art. 74 e seu inciso XI, da Constituição do Estado de São Paulo, que conferia competência à Justiça Estadual para conhecer e julgar “a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, contestado em face da Constituição Federal”, foi objeto de impugnação perante o Excelso Supremo Tribunal Federal, que suspendeu a eficácia da expressão “Federal” contida no citado artigo²⁶, a ver pela ementa, abaixo, do julgamento:

EMENTA – Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de suspensão liminar da expressão “Federal”, contida no inciso XI do artigo 74 da Constituição do Estado de São Paulo, promulgada em 5 de outubro de 1989, o qual atribuiu competência ao Tribunal de Justiça para processar e julgar originalmente “a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, contestado em face da Constituição Federal”.

Ocorrência, no caso, de relevância da fundamentação jurídica do pedido, bem como da conveniência da suspensão liminar da eficácia da expressão

²⁵ Idem, obra. cit., p. 610

²⁶ Igualmente a expressão “e da Constituição da República”, contida no artigo 106, I, alínea “h”, da Constituição do Estado de Minas Gerais, teve sua eficácia suspensa, em virtude de liminar deferida pelo STF, na ADIn 508-1 (DJ 23.08.91; RTJ 136/1.063).

impugnada.

Liminar deferida para suspender a eficácia da expressão “Federal” contida no inciso XI do artigo 74 da Constituição do Estado de São Paulo, promulgada em 5 de outubro de 1989.

(STF –v.u. J. 15.08.90 – DJU 26.10.90).

Como salientou o Ministro Moreira Alves, ainda na vigência da Constituição de 1969, restava consolidado o entendimento no sentido da inconstitucionalidade de dispositivo de Constituição estadual, que atribuisse ao Tribunal de Justiça a competência para processar e julgar representação de inconstitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição Federal:

(...) Prevaleceu, então, a tese, por mim sustentada, de que se aquela Emenda (Emenda Constitucional nº 1/69) não havia atribuído tal competência ao Supremo Tribunal Federal, isso decorreria do propósito do constituinte federal de excluir do âmbito da representação de inconstitucionalidade as leis municipais, e não de lacuna inconsciente, a permitir o seu preenchimento pelos constituintes estaduais em favor dos Tribunais de Justiça, até porque, decorrendo da natureza mesma da decisão dessa representação sua eficácia *erga omnes*, ficaria o Supremo Tribunal Federal que a ela assim estaria sujeito, impedido de exercer o seu papel incontestável de guardião da Constituição Federal. (...).

Por sua vez, advertiu o Ministro Carlos Velloso, em seu voto, “(...) *se diversos Estados da Federação consagrassem este tipo de controle concentrado, cada Estado teria, sob certos aspectos, uma Constituição Federal diferente, porque o Supremo Tribunal Federal não exerceria o controle das decisões dos Tribunais Estaduais, dadas as características do controle concentrado.* (...)”.

Na lição de insígnies e modernos constitucionalistas,²⁷

O inciso XI do art.74 da Constituição do Estado de São Paulo, que dispunha sobre a competência do Tribunal de Justiça do Estado para julgar, originalmente, a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal, foi suspenso em ação direta de inconstitucionalidade (STF, ADIn 347). Do contrário, um tribunal estadual estaria produzindo decisão com efeito *erga omnes* na sua área de competência, vinculando até mesmo o STF.

Hoje, portanto, inexistente ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal, devendo o controle ser feito pela via de exceção ou por meio da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

A mesma matéria já havia sido objeto de julgamento anterior perante o Supremo Tribunal Federal (Reclamação nº 337-0/190-DF), quando mereceu a mesma resposta, no sentido da inconstitucionalidade do dispositivo da Constituição Estadual.

O voto do Ministro Paulo Brossard, na condição de relator, esclarece bem a questão, ora *sub judice*:

VOTO – O ministro Paulo Brossard (Relator): em duas hipóteses a Constituição Federal prevê a ação direta: a) – contra lei ou ato normativo federal

²⁷ Ricardo Cunha Chimentí, Fernando Capez, Marcio F. Elias Rosa e Marisa F. Santos. Curso de Direito Constitucional. Ed. Saraiva, 2004, p. 361.

ou estadual em face da Constituição Federal; e b)-contra lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Estadual. No primeiro caso, para conhecer da espécie é competente o Supremo Tribunal Federal; no segundo, o Tribunal de Justiça.

2. A Constituição não prevê a hipótese de ação direta em que se argua a inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal.

3. Se a Constituição não cuidou da hipótese, mantendo-se fiel aos antecedentes introduzidos em 1965, com a Emenda 16 à Constituição de 1946, parece não caber ação direta no caso, restando o contencioso constitucional in concreto nos casos de colisão de lei municipal com a Constituição Federal. Nesse sentido, pelo menos, foi o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no regime anterior, assim no RE nº 87.484, Relator o Ministro Néri da Silveira, JSTF, Lex . 69/110; RE nº 91.740, relator o Ministro Xavier de Albuquerque, RTJ, 93/458; RE nº 92.287, Relator o Ministro Rafael Mayer, RTJ, 97/428; RE nº 93.088, Relator o Ministro Soares Muñoz, JSTF, Lex 33/181; RE nº 93.131, relator o Ministro Alfredo Buzaid, RTJ 104/724 e RE nº 94.039, Relator o Ministro Moreira Alves, RDA, 145/156.

4. Nos REs nºs 92.169, 93.088 e 94.039 o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a letra e, do inc. I, do art.54, da Constituição paulista de 1967, cujo preceito foi repetido no inc.XI, do art.74, da atual Constituição daquele Estado, 1989; este preceito, no entanto, foi suspenso pelo Supremo Tribunal Federal, até o julgamento da causa, ao conceder liminar na Ação Direta nº 347.

(...)

6. Dada a evidente anomalia criada com o processamento de uma ação para o qual o Tribunal de Justiça não tem competência, ação direta de inconstitucionalidade frente à Constituição Federal, dada a virtual invasão de competência do Supremo Tribunal Federal, uma vez que, se existisse a ação direta para o caso, teria de ser federal a competência e dada a responsabilidade da Corte como guarda precípua da Constituição, conheço da reclamação para: a) suspender a liminar concedida pelo Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.517, Desembargador Arione Vasconcelos Ribeiro; b) – sobrestar o andamento do feito, até julgamento final desta reclamação; e c) – requisitar informações ao Tribunal reclamado, a fim de instruir a presente reclamação.

Nesse julgamento, o Ministro Carlos Velloso observou que o controle concentrado da inconstitucionalidade de lei municipal, em face de dispositivos da Constituição Federal,

(...) poderia gerar a situação que atentaria contra a competência da Corte Suprema: realizado o controle in abstrato, nos termos mencionados pelo Tribunal de Justiça e não interposto o recurso extraordinário poderia ocorrer de que o guardião-mor da Constituição, a Corte Constitucional, que é o Supremo Tribunal Federal, ver-se impossibilitado de manifestar-se de decisão do Tribunal Estadual, tendo em vista a natureza *erga omnes* da decisão. (...).

No caso de lei municipal, regendo o serviço de radiodifusão comunitária, não há dispositivo da Constituição Estadual afrontado diretamente pela lei municipal, já que os mencionados são da Constituição Federal que, privativamente, atribuem a competência à União Federal. Logo, sequer podem ser repetidos na

Constituição estadual. A simples menção a dispositivos genéricos, da Constituição Estadual, não autoriza o uso excepcional do controle concentrado Estadual, quando a fundamentação do pedido repousa, indubitavelmente, na inconstitucionalidade da lei municipal em face de dispositivos expressos da Constituição Federal e afronta à lei federal.

Todavia, se o egrégio Tribunal de Justiça interferir, manifestando-se sobre um conflito eminentemente federal – em que não se está em discussão nenhuma matéria estadual –, cabe contra a sua decisão a RECLAMAÇÃO perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos consubstanciados no art. 102, inciso I, alínea “I”, da Constituição Federal.

Há inúmeros precedentes do STF – como o exposto acima – no sentido de que os tribunais de justiça estaduais não podem se intrometer, legítima e validamente, na questão federal em conflito unicamente entre a União e os Municípios.

17. DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA

Recentemente, conforme noticiado no *site*, na Internet, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, o seu plenário, em sessão ordinária ocorrida no dia 10.05.2006, decidiu que aquele sodalício não tem competência para efetuar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Mesa Diretora da Câmara Municipal de João Pessoa visando suspender a eficácia de três leis municipais que regulam os serviços de radiodifusão comunitária naquela capital.

Falando por uma Corte unânime, o eminente Desembargador ANTÔNIO ELIAS DE QUEIROGA, relator do processo, afirmou, enfaticamente, ao acatar a preliminar suscitada pela parte contrária, que as leis sancionadas pelo prefeito municipal de João Pessoa “*não afrontam diretamente a Constituição Estadual, daí a incompetência do TJ em julgar essas leis, devendo extinguir a Ação sem julgamento de mérito*”.²⁸

18. CONCLUSÃO

Em face do exposto, posso afirmar, categoricamente, que lei municipal, que verse sobre a autorização sobre o serviço de radiodifusão comunitária, definida como aquela de baixa potência e alcance restrito, não padece de nenhum vício de inconstitucionalidade.²⁹

Ao contrário, sua edição resgata, definitivamente, a autonomia política e administrativa do município, que está sendo usurpada pela União Federal, quando instituiu, *ex vi* da Lei 9.612, de 19.02.1998, o serviço de radiodifusão comunitária, tomando como parâmetros aspectos estritamente locais.

Para preservar justamente sua competência constitucionalmente conferida, o município tem o dever inafastável de defendê-la contra os ataques usurpativos comumente feitos pela União Federal que, por tradição, mantém no poder Executivo a cultura imperial, em que a vontade solitária do presidente da república (e de um Congresso submisso pelo fisiologismo) se sobrepõe às instituições democráticas, haja vista o arbitrário alargamento do uso constitucionalmente restrito das Medidas Provisórias e das prerrogativas criminais de foro de quem detém função ou cargo político (verdadeiros tribunais de exceção, vedados por nossa Carta Magna – CF – art.5º, XXXVII– Não haverá juízo ou tribunal de exceção).

²⁸ www.tj.pb.gov.br/noticias.

²⁹ Já há leis municipais, baseadas em minutas de minha autoria, dispondo sobre o serviço de radiodifusão comunitária nas capitais de São Paulo (SP) e João Pessoa (PB) e nas cidades de Campinas (SP), Santo André (SP), São Gonçalo (RJ), Montes Claros (MG) e Uberaba (MG) entre outras.

A função do princípio federalista é evitar a tirania e a opressão do poder central, ao instituir os entes políticos periféricos e descentralizados, porém com força política autônoma, naquilo que lhes competir pela repartição constitucional do poder político. Aos municípios foi reservada a competência legislativa, independente e privativa, sobre os assuntos locais (CF – art.30,I).

Na lógica constitucional, a lei municipal não vale menos do que a estadual ou federal. Cada uma só dispõe, de modo sã e correto, nos estritos limites da competência constitucionalmente conferida a cada ente político, que busca a legitimidade e validade de sua legislação na Lei Fundamental, fonte única e permanente do poder político, já que, em tese, quando não outorgada pelo próprio governo – mas debatida pela sociedade civil e política, antes de ser legitimamente promulgada –, ela representa a vontade política do povo, do qual todo poder político emana (CF– art.1º., parágrafo único).

A partir do momento em que o município recobra sua parcela de poder político indevidamente usurpada pela União, ele resgata sua autogovernabilidade política, como quer a Constituição Federal, e proporciona ao seus munícipes o poder de decidirem o melhor modo de vida, relativamente a cada comunidade, evidenciado pelos interesses locais. Com isso, haverá maior participação política dos indivíduos, que formam a comunidade, que é a base política do Estado. No momento presente, contudo, essa base se encontra desagregada e estagnada, por força do domínio imperial do governo central. Com o enfrentamento político, resgata-se, também, a dignidade tanto do ente político periférico, como da comunidade local e – por que não dizer – do próprio indivíduo, que fica e se sente mais valorizado, eis que, dentro do município, ele é capaz de atuar com mais desenvoltura, na medida em que suas idéias e opiniões são avaliadas e aproveitadas ou rejeitadas.

A não ser assim, a autonomia do município fica comprometida e o país, longe de se constituir numa república democrática, federativa, sob o Estado de Direito, continua a ser uma espécie de monarquia disfarçada, caminhando os entes políticos periféricos para se transformarem, cada vez mais, em meras autarquias administrativas, subordinadas política, financeira e economicamente ao poder central, deveras dominante e opressor.

Nesse contexto sombrio e fúnebre para a democracia, sempre em risco de ser substituída pela ditadura, o indivíduo é aniquilado. Nada vale. Suas idéias e opiniões não têm influência, já que as decisões políticas são tomadas lá longe, em Brasília, fora do alcance de sua mente criativa e de seus olhos fiscalizadores. A própria imprensa local fica restrita a assuntos triviais, já que o comentário sobre fatos acontecidos em lugares distantes pouco interesse desperta para aquele que sobre eles não pode exercer um juízo seguro e uma opinião sensata, ou uma crítica certa e severa.

Há de se resgatar o princípio federalista, se quisermos ter uma verdadeira democracia, na qual o poder político é repartido e pulverizado, de modo a não permitir o domínio de pessoas ou grupos. A verdadeira democracia pressupõe governo limitado, governo de leis e não de homens. É hora de se começar pela democratização da mídia, eliminando-se o monopólio de reduzido grupo de famílias e dando-se voz ao povo, em suas comunidades, independentemente da coloração partidária do governante de cada município vigente no momento.

Não há democracia sem a efetiva participação do povo na livre e ampla troca das idéias e no sincero debate das questões públicas. A radiodifusão comunitária destina-se a ser a base dessa inovadora abertura política. Ela permite o intercâmbio de opiniões, visões e experiências dos indivíduos. Elas são muito significativas para sem ignoradas. E o governo, se for democrático, não tem o direito de desperdiçá-las.

19. ABSTRACT:

Two constitutional issues are treated in this work. First: The right of public broadcasting supported by the right of free speech. This principle forbids any governmental interference with the right of free speech by means of radio communication. The people have a collective right to receive suitable access to social and political ideas and views in order to change opinions and experiences. They also have the right to public broadcasting avoiding monopolization of the information market. The abstract allegation of scarcity of radio frequencies is not enough to the authorities put restraints on applications if there are frequencies available. That right may not constitutionally be abridged either by government or monopolizing private corporations. Second: Considering the federalism principle one may properly ask who has the power to enact laws about community radio communication, the Union or the Municipality? The local interest involved (low potency to send out signals by radio transmitting stations, restricted area reached by the waves and the surface features of the uneven land) affirms undoubtedly that the latter has the constitutional legislative power in this matter.

KEY Words: Free speech. Public broadcasting. Radio communication. Federalism. Local interest.

20. REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Paes e BONAVIDE, Paulo. História Constitucional do Brasil. Senado Federal. Brasília, DF: 1989
- BALEEIRO, Aliomar. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. 2ª Ed. Forense. Rio de Janeiro, RJ: 1960
- BRANDEIS, Louis D. U.S. Supreme Court Associate Justice – *in* New State Ice Co. v. Liebmann 285 U.S.262 (1932)
- CANOTILHO, J.J.Gomes. Direito Constitucional. 6ª Ed.Coimbra, Portugal: 1995
- CHIMENTI, Ricardo Cunha, CAPEZ, Fernando, ELIAS ROSA, Márcio F e SANTOS, Marisa F. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva. São Paulo: 2004
- COELHO NETO, Armando. Rádio Comunitária não é crime. Ícone Editora. São Paulo: 2002
- GARVEY, John H. and ALEINIKOFF, Alexander T. Modern constitutional theory: a reader. St. Paul: West Publishing, USA. 1991
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 2ª Ed. Coimbra. Portugal: 1983
- MORAIS, Alexandre de. Direito Constitucional. 14ª Ed. Atlas. São Paulo: 2003
- MOREIRA, João Batista. Desembargador Federal do TRF-1ª R. Mandado de Segurança 1999.01.00.013489- 4/MA, de 30.09.2004 (data do julgamento).
- QUEIROGA, Antônio Elias de. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, site do TJ, notícias do dia 10.05.2006.
- SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 6ª Ed. Rev. Trib. São Paulo: 1990
- SHCHEIBER, Harry N. Federalism and the Judicial Mind. University of California. USA: 1992
- SILVEIRA, Paulo Fernando. Rádios Comunitárias. Editora Del Rey. Belo Horizonte: 2001
- _____. Devido Processo Legal (*Due Process of Law*). 3ª Ed. Del Rey. Belo Horizonte: 2001
- _____. Freios & Contrapesos (*Checks and Balances*). Ed. Del Rey. Belo Horizonte: 1999.
- _____. 500 Anos de Servidão – OAB Editora. Brasília – DF: 2004
- TRIBE, Laurence H. American constitutional law. Foundation Press. 2ª ed. U.S.A: 1988
- WHITE, Byron R. U.S. Supreme Court Associate. *In* Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 395 U.S. 367 (1969).



A PROTEÇÃO DA VIDA PRIVADA, DA INTIMIDADE E DO SEGREDO NO DIREITO BRASILEIRO E COMPARADO

Hidemberg Alves da Frota¹

Resumo:

Este artigo analisa as informações sigilosas do direito à privacidade, à luz do Direito brasileiro e do Direito Comparado.

Palavras-chave: Direito à vida privada. Sigilos da privacidade. Direito brasileiro e Direito comparado.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Conceito do Direito à Vida Privada – 3. Os Círculos Concêntricos da Vida Privada – 3.1 O Círculo da Vida Privada *Stricto Sensu* – 3.1.1 Sigilos Fiscal e Financeiro – 3.1.2 Sigilo Empresarial – 3.1.2.1 Sigilo de Escrituração Empresarial – 3.1.2.2 Sigilo Industrial – 3.1.3 Sigilo de Dados e Registros de Comunicações – 3.1.3.1 Sigilo de Dados e Registros Telefônicos – 3.2 O Círculo da Intimidade – 3.2.1 Uso Abusivo dos Meios de Comunicação – 3.2.2 Sigilo Familiar – 3.2.3 Sigilo Profissional – 3.2.4 Sigilo Doméstico – 3.2.5 Sigilo do Conteúdo de Comunicações – 3.2.5.1 Sigilo do Conteúdo de Comunicações Telefônicas – 3.3 O Círculo do Segredo – 4. Conclusão – 5. *Abstract* – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO^{2,3}

Com arrimo no Direito brasileiro e no Direito Comparado, este artigo perscruta o conteúdo, a densidade, o campo de incidência e as peculiaridades das informações sigilosas alojadas no direito à vida privada, a fim de proporcionar ao profissional do Direito subsídios conceituais esclarecedores e orientação relevante quanto a problemáticas jurídicas concernentes à proteção da privacidade em sede de litígios judiciais e administrativos.

2. CONCEITO DO DIREITO À VIDA PRIVADA

O *direito à vida privada* (art. 5º, inc. X, 1ª parte, da Constituição Federal de 1988, c/c art. 21, do Novo Código Civil, a Lei nº 10.406, de 12 de janeiro de 2002) constitui o fundamento jurídico para que a pessoa (física ou jurídica de Direito Privado) possa exigir dos demais componentes da sociedade respeito à faculdade de excluir do escrutínio externo (mormente estatal e coletivo) aspectos de sua existência desprovidos de suficiente interesse público e relevância social.

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA. Advogado. Associado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM.

² Dedico este artigo à minha mãe. Consuelo Alves da Frota, pela postura doce, escorreita e solidária com aqueles que privam da sua convivência, comprometida em propiciar vazão à sua consciência moral e se aperfeiçoar na senda evolutiva, conferindo a seus familiares modelo de pureza de espírito, sincero interesse de assistir ao próximo e de compreender, de modo saudável e ético, os dramas e dilemas da psique individual e coletiva.

³ Agradecimento ao Prof. Jurandir Sebastião, pela paciente e operosa análise, fundamental no aperfeiçoamento deste artigo.



concernentes a informações apenas compartilhadas com pessoas de sua confiança e, em ocasiões excepcionais, compulsoriamente publicizadas ou fornecidas a terceiros por força de impositivo jurídico-legal.

A propósito, impende trazer a lume o conceito de direito à vida privada contido na Resolução nº 428 (§ C, nº 2), expedida em 23 de janeiro de 1970 pela antiga Assembléia Consultiva (em 1975 renomeada para *Assembléia Parlamentar*⁴) do Conselho da Europa, que assim estatui:

2. O direito ao respeito à vida privada consiste essencialmente em poder se levar a própria vida com o mínimo de interferência. Alude à vida privada, à vida familiar e doméstica, à integridade física e moral, à honra e à reputação, à prevenção contra falsa imagem, a não se dar publicidade a fatos irrelevantes e embaraçosos, a não se publicar em fotografias particulares, à proteção contra o uso indevido de comunicações privadas, à proteção contra a divulgação de informações fornecidas ou recebidas confidencialmente pelo particular. Aqueles que, por sua própria conduta, incentivaram revelações indiscretas em relação às quais depois se insurgiram não podem invocar ulteriormente o direito à vida privada.⁵

3. OS CÍRCULOS CONCÊNTRICOS DA VIDA PRIVADA

Enfocamos o direito à vida privada sob o prisma da concepção de “teoria dos círculos concêntricos da esfera da vida privada”⁶, “teoria das esferas da personalidade”⁷, “teoria dos três graus”⁸ ou “teoria das três esferas”⁹ proposta por Heinrich Henkel, em relação à qual acrescentamos novos subsídios. Trata-se de formulação teórica explicitada por Henkel durante a edição de 1957 de tradicional congresso jurídico alemão (*Deutscher Juristentages*, Fórum Jurídico Alemão, confe-

⁴ BURNETT, Anne. Guide to Researching the Council of Europe. Disponível em: <<http://www.llrx.com/features/coe.htm>>. Acesso em: 10 mai. 2006.

⁵ Tradução livre nossa. No ano em curso (2006) se encontram oficialmente disponibilizados o inteiro teor em francês e em inglês do acima referenciado § C, nº 2, da Resolução nº 428 (1970): “2. Le droit au respect de la vie privée consiste essentiellement à pouvoir mener sa vie comme on l’entend avec un minimum d’ingérence. Il concerne la vie privée, la vie familiale et la vie au foyer, l’intégrité physique et morale, l’honneur et la réputation, le fait de ne pas être présenté sous un faux jour, la non-divulagation de faits inutiles et embarrassants, la publication sans autorisation de photographies privées, la protection contre l’espionnage et les indiscrétions injustifiables ou inadmissibles, la protection contre l’utilisation abusive des communications privées, la protection contre la divulgation d’informations communiquées ou reçues confidentiellement par un particulier. Ne peuvent se prévaloir du droit à la protection de leur vie privée les personnes qui, par leurs propres agissements, ont encouragé les indiscrétions dont elles viendraient à se plaindre ultérieurement.”; “2. The right to privacy consists essentially in the right to live one’s own life with a minimum of interference. It concerns private, family and home life, physical and moral integrity, honour and reputation, avoidance of being placed in a false light, non-revelation of irrelevant and embarrassing facts, unauthorised publication of private photographs, protection against misuse of private communications, protection from disclosure of information given or received by the individual confidentially. Those who, by their own actions, have encouraged indiscreet revelations about which they complain later on, cannot avail themselves of the right to privacy”. Cf. UNIÃO EUROPEIA. *Résolution/Resolution 428 (1970) (Assemblée Parlementaire/Parliamentary Assembly)*. Disponível em: <<http://assembly.coe.int>>. Acesso em: 10 mai. 2006. Versão espanhola extra-oficial, cf. HOLCBLAT, Alexander Rosemberg; SANZ, Moirah Sanchez. El derecho a la privacidad en internet. *Revista de Derecho Informático*. Disponível em: <<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=770>>. Acesso em: 11 mai. 2006. Versão em português brasileiro, cf. SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. São Paulo: RT, 1993, p. 119.

⁶ COSTA JR., Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 2. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 36.

⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 254.

⁸ SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. O direito geral de personalidade. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 366. Apud PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Considerações sobre a tutela da intimidade e vida privada no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, ano 7, nº 26, abr.-jun. 1999, p. 66.

⁹ BELLOQUE, Juliana Garcia. Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001. São Paulo: RT, 2003, p. 39.

rência bianual promovida desde 1860 pela Associação Alemã de Juristas, *Deutscher Juristentag e.V.*¹⁰), ocorrido à época na cidade de Düsseldorf¹¹. Tal concepção doutrinária tem sido divulgada no Brasil por Paulo José da Costa Jr. desde 1970¹², quando da publicação da primeira edição de sua clássica monografia, *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*.

Inspirados em Henkel, entendemos que a esfera privada (o *círculo da vida privada em sentido amplo*) encerra três círculos concêntricos (camadas dentro de camadas): o *círculo da vida privada em sentido restrito* (a camada superficial), que contempla o *círculo da intimidade* (a camada intermediária), no qual se acomoda o mais denso desses três compartimentos, o *círculo do segredo* (núcleo).

Assim, o âmbito maior seria abrangido pela esfera privada *stricto sensu* (*Privatsphäre*). Nele estão compreendidos todos aqueles comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem do domínio público. Além da esfera privada, situam-se os processos, episódios e condutas de natureza pública. Acham-se eles ao alcance da coletividade em geral, de um círculo indeterminado de pessoas. Por estarem fora da esfera privada, tais fenômenos encontram-se juridicamente excluídos do campo dos chamados delitos de indiscrição.

No bojo da esfera privada está contida a esfera da intimidade (*Vertrauensphäre*) ou esfera confidencial (*Vertraulichkeitssphäre*). Dela participam somente aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e com as quais mantém certa intimidade. Fazem parte desse campo conversações ou acontecimentos íntimos, dele estando excluídos não só o *quibus ex populo*, como muitos membros que chegam a integrar a esfera pessoal do titular do direito à intimidade. Vale dizer, da esfera da intimidade resta excluído não apenas o público em geral, como é óbvio, bem assim determinadas pessoas, que privam com o indivíduo num âmbito mais amplo.

Por derradeiro, no âmbito da esfera privada, está aquela que deve ser objeto de especial proteção contra a indiscrição: a esfera do segredo (*Geheimisphäre*). Ela compreende aquela parcela da vida particular que é conservada em segredo pelo indivíduo, do qual compartilham uns poucos amigos, muito chegados. Dessa esfera não participam sequer pessoas da intimidade do sujeito. Conseqüentemente, a necessidade de proteção legal, contra a indiscrição, nessa esfera, faz-se sentir mais intensa.¹³

A teoria dos círculos concêntricos fecharia o sistema ao estabelecer a existência de três círculos, sendo que o exterior, de maior diâmetro, abarcaria o direito à privacidade, a que os alemães chamam de *privatsphäre* (sem sentido restrito) ou ainda *intimsphäre*, correspondente à *privatezza* dos italianos e à

¹⁰ DEUTSCHER JURISTENTAG E.V. DJT at a Glance. Disponível em: <<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=770>>. Acesso em: 10 jun. 2006.

¹¹ HENKEL, Heinrich. Der strafschutz des privatlebens gegen indiskretion. In: NIPPERDEY, Hans Carl; LARENZ, K (Org.). Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages in Düsseldorf 1957: Reichen die geltenden gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere im Hinblick auf die Entwicklung der modernen Nachrichtenmittel, aus, um das Privatleben gegen Indiskretion zu schützen? Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1958, Band II, Sitzungsberichte, Teil D, Abt. 1, p. 59-145.

¹² COSTA JR, Paulo José da. Op. cit., passim. A primeira edição é da mesma editora e de 1970, cf. SILVA, Edson Ferreira da. Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 233.

¹³ COSTA JR., Paulo José da. Op. cit., p. 36-37.

sphere of privacy dos americanos. O segundo círculo corresponderia à esfera da confiança, crédito ou fideducía, a que os juristas alemães denominam *vertrauenssphäre*, e, finalmente, o terceiro e último, o círculo do segredo (*geheimisphäre* ou *vertraulichkeitssphäre*), correspondente à *riservatezza* dos italianos e à *sphere of privacy* dos americanos, círculo onde ficaria agasalhada a reserva, o sigilo ou a vida íntima no seu sentido restrito.¹⁴

Estribado na concepção da vida privada como esfera composta por três anéis internos, examinamos o conteúdo de cada círculo concêntrico, a fim de discernir suas características marcantes e distintivas.

3.1 O círculo da vida privada *stricto sensu*

De caráter periférico¹⁵, dedicado a questões de ordem material e à crosta dos relacionamentos humanos, o círculo da vida privada *stricto sensu* (o círculo do privado não-íntimo) ressoa opaco a assuntos espirituais, conexos à liberdade de consciência (art. 5º, inc. VI, 1ª parte, da CF/88) e de pensamento (art. 5º, inc. IV, 1ª parte, da CF/88).

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

No círculo da vida privada em sentido estrito reside o *sigilo patrimonial*, constituído por “informações concernentes ao patrimônio amealhado pelo indivíduo, aspecto relativo ao seu direito de alheamento”¹⁶. Constitui compartimento cativo dos sigilos *fiscal*, *financeiro* (este, subgênero cuja espécie notória é o sigilo *bancário*), *empresarial* e correlatos.

Em suma, o *círculo da vida privada em sentido estrito* ecoa a dimensão material e/ou superficial da vida privada, englobando o sigilo patrimonial (*e.g.*, fiscal, financeiro e empresarial) e o sigilo de dados e registros de comunicações

¹⁴ CALDAS, Pedro Frederico. Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 54. Nesse sentido: FERREIRA, Ivete Senise. A intimidade e o direito penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 2, n. 5, jan.-mar. 1994, p. 99; TAVARES, Juarez. A violação ao sigilo bancário em face da proteção da vida privada. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 1, jan.-mar. 1993, p. 50; FOLMANN, Melisa. Sigilo bancário e fiscal à luz da LC 105/2001 e Decreto 3.724/2001: doutrina, legislação e jurisprudência. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 47-49; FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. Direito à vida privada e à intimidade do portador do HIV: aspectos constitucionais. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 99-100 VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 17-18, 24-27; BELLOQUE, Juliana Garcia. Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001. São Paulo: RT, 2003, p. 39-41; PENTEADO, Jaques de Camargo. O sigilo bancário e as provas ilícitas: breves notas. In: Id. (Org.). Justiça Penal — 4: críticas e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual. São Paulo: RT, 1997, p. 73.

¹⁵ Com o fito de tão-somente facilitar a visualização na mente do leitor da teoria dos círculos concêntricos da vida privada de Henkel, compare-se: o círculo da vida privada em sentido amplo lembra o todo do sistema solar: o círculo da vida privada em sentido estrito, o sistema solar externo (dos planetas exteriores, mormente os gigantes gasosos); o círculo da intimidade, o sistema solar interno (dos planetas “terrestres” ou interiores); o círculo do segredo, o Sol. Sobre o sistema solar e seus componentes, cf. ARNETT, William. An overview of the solar system. Disponível em: <<http://www.nineplanets.org/overview.html>>. Acesso em: 17 dez. 2004. Nesse sentido: RONAN, Colin A. História natural do universo: do Big Bang até ao fim do tempo. Lisboa: Verbo, [1992?], p. 106; ASIMOV, Isaac. O universo. 3. ed. Rio de Janeiro: Bloch, 1974, p. 36. Em vez do sistema solar, a comparação (licença poética de cunho didático) pode ser feita também com a estrutura geológica da Terra: o círculo da vida privada em sentido amplo simbolizaria o globo terrestre; o círculo da vida privada em sentido estrito, a crosta; o círculo da intimidade, o manto; o círculo do segredo, o núcleo. Sobre as camadas terrestres, cf. WICANDER, Reed; MONROE, James S. Historical geology: evolution of the Earth and life through time. St. Paul: West, 1989, p. 12-13.

¹⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 475.

(no qual se sobressai o sigilo de dados e registros telefônicos, também aludido como *sigilo telefônico*¹⁷).

Ressalte-se que os *sigilos* situados no círculo da vida privada *stricto sensu* tendem a ser identificados também como *segredos*. Entretanto, preferimos evitar a sinonímia, posto que, aos olhos da teoria dos círculos concêntricos da vida privada de Henkel, o vocábulo *segredo* corresponde à determinada informação agrupada em esfera central da vida privada, a de raio mais restrito, o *círculo do segredo*.

3.1.1 Sigilos fiscal e financeiro

O *sigilo fiscal* alude à proibição de se divulgarem informações obtidas pela Fazenda Pública e seus agentes acerca da situação econômica ou financeira do contribuinte ou de terceiros, bem assim sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades (art. 198, *caput*, 2ª parte, do Código Tributário Nacional, c/c art. 5º, incs. X e XII, da CF/88)¹⁸.

Já o *sigilo financeiro*, à luz da análise conjunta do *caput* e §§ 1º e 2º, do art. 1º, da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, concerne ao caráter confidencial das operações ativas e passivas, bem como dos serviços prestados pelo elenco de instituições financeiras e equiparadas insculpido na Lei Complementar nº 105/01: (1) bancos de qualquer espécie; (2) distribuidoras de valores mobiliários; (3) corretoras de câmbio e de valores mobiliários; (4) sociedades de crédito, financiamento e investimentos; (5) sociedades de crédito imobiliário; (6) administradores de cartões de crédito; (7) sociedades de arrendamento mercantil (*leasing*)¹⁹; (8) administradoras de mercado de balcão organizado; (9) cooperativas de crédito; (10) associações de poupança e empréstimo; (11) bolsas de valores e de mercadorias e futuros; (12) entidades de liquidação e compensação; (13) outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional; (14) empresas de fomento mercantil (*factoring*)²⁰.

Ainda com relação à definição de sigilo financeiro, ante o acima exposto, com suporte, portanto, na Lei Complementar nº 105/01 (*caput* e §§ 1º e 2º, do art. 1º), infere-se que se trata do dever jurídico das instituições financeiras (inclusive seus empregados²¹) zelarem pela confidencialidade das informações privadas de seus clientes a elas confiadas. Desnecessário frisar que, do ponto de vista do Direito Positivo nacional, *sigilo financeiro* é subgênero de que *sigilo bancário* é espécie²², sendo este respeitante às informações privadas e confidenciais, sob os auspícios de instituições bancárias e pertinentes à sua clientela.

¹⁷ Sublinha o Ministro Celso de Mello: o sigilo telefônico “incide sobre os dados/registros telefônicos e [...] não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança nº 23.452/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 16 de setembro de 1999. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 12 mai. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2004.

¹⁸ ALVES, José Wanderley Bezerra. Comissões parlamentares de inquérito: poderes e limites de atuação. Porto Alegre: SAFE, 2004, p. 423.

¹⁹ SIDOU, J. M. Othon. Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 478-479.

²⁰ As empresas de factoring, instituições equiparadas às financeiras (§ 2º, do art. 1º, da Lei Complementar nº 105/01) para fins de proteção do sigilo de suas operações (ativas e passivas) e serviços prestados, desenvolvem atividade empresarial “mista atípica atípica = serviços + compra de créditos (direitos creditórios) resultantes de vendas mercantis”. Cf. LEITE, Luiz Lemos. Factoring no Brasil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 30.

²¹ BELLOQUE, Juliana Garcia. Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001. São Paulo: RT, 2003, p. 67.

²² *Ibid.*, p. 66.

O traço mais significativo da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal atinente aos sigilos fiscal e bancário se relaciona aos critérios que o Pretório Excelso delineou, a orientarem a decisão administrativa e colegiada de Comissão Parlamentar de Inquérito, quando esta procede à quebra, sem prévia autorização judicial e em decorrência de seus poderes de investigação próprios de autoridade judicial penal (art. 58, § 3º, 1ª parte, da CF/88)²³, dos sigilos bancário e fiscal, assim como do sigilo de dados e registros telefônicos (ou, recorde-se, simplesmente *sigilo telefônico*), daqueles que se encontram sob sua investigação. Para que o STF considere constitucional a quebra, *sponte sua*, por CPI, de sigilos fiscal, bancário e telefônico, necessário o respectivo ato parlamentar homenagear estes requisitos:

(1) Menção expressa a indícios idôneos e concretos da existência de atividade irregular, a traduzirem a legítima *causa provável*;

(2) Objeto da quebra guardar nexos de “pertinência temática” com o fato determinado objeto do inquérito parlamentar em curso;

(3) Comprovação de que constitui providência imprescindível, porquanto ineficazes meios ou fontes lícitas de provas menos gravosas à dignidade (bens, direitos e interesses) do investigado;

(4) Explícita previsão ao possível lapso temporal em que ocorreu a suposta irregularidade.

Tais pressupostos foram consignados na decisão liminar proferida pelo Ministro Cezar Peluso em 17 de maio de 2006²⁴, no Mandado de Segurança nº 25.966/DF, amparado nos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em sede dos Mandados de Segurança nº 23.452/RJ (relator, Ministro Celso de Mello), nº 23.466/DF (relator, Ministro Sepúlveda Pertence), nº 23.619/DF (relator, Ministro Octavio Gallotti) e nº 23.639/DF (relator, Ministro Celso de Mello). Em decisões monocráticas (abaixo aludidas), os Ministros Nelson Jobim, Cesar Peluso e Joaquim Barbosa proibiram a quebra, por CPIs, dos sigilos bancário e fiscal, quando estribada tão-somente em matéria jornalística.

“É vedada a quebra de sigilos bancário e fiscal com base em matéria jornalística.” (MS 24.982-MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática proferida pelo presidente Min. Nelson Jobim, julgamento 08/07/04, DJ 02/08/04). No mesmo sentido: MS 25.812-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática proferida pelo presidente Min. Nelson Jobim, julgamento 27/01/06, DJ 06/02/06.²⁵

Mesmo entendimento esposado pelo STF no acórdão do Mandado de Segurança nº 24135/DF (relator, Ministro Nelson Jobim).

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - ROUBO DE CARGAS. QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO DO IMPETRANTE COM BASE EM MATÉRIAS JORNALÍSTICAS. EXCEPCIONALIDADE DA GARANTIA

²³ COMPARATO, Fábio Konder. Comissão parlamentar de inquérito. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, nº 10, jul.-set. 1995, p. 60. Nesse sentido: MORAES, Alexandre de. Limitações constitucionais às Comissões Parlamentares de Inquérito. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, nº 44, jul.-set. 2003, p. 154.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 25.966/DF (medida liminar). Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 17 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/MS25966liminar.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2006.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito: jurisprudência. Brasília, DF: STF 2006, p. 33. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 9 jun. 2006.

CONSTITUCIONAL DA VIDA PRIVADA DOS CIDADÃOS SE REVELA NA
EXISTÊNCIA DE FATO CONCRETO. AUSÊNCIA DA CAUSA PROVÁVEL
JUSTIFICADORA DAS QUEBRAS DE SIGILO. SEGURANÇA CONCEDIDA.²⁶

No tocante à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sobressai a preocupação da Primeira Turma em acentuar que a Fazenda Pública pode obter do Poder Judiciário a quebra dos sigilos bancário e fiscal, no bojo de execução fiscal, apenas se “esgotadas todas” as medidas extrajudiciais direcionadas a especificar certos dados patrimoniais do executado sem a necessidade de acesso a ambos os sigilos. Nessa direção salientou o Ministro-Relator Teori Albino Zavascki em 28 de agosto de 2005, no Recurso Especial nº 724178/SP²⁷, à semelhança de seu voto-condutor nos arestos concernentes aos Recursos Especiais nº 733773/SP, nº 744369/SP e nº 705761/RS, além do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 644456/SC, do qual foi redator do acórdão, uma vez que vencido o voto do Ministro-Relator José Delgado. No Recurso Especial nº 724.178/SP, em 16 de fevereiro de 2006, reiterou-se o voto-condutor do Ministro Albino Zavascki:

A jurisprudência do STJ está sedimentada no sentido de que não é cabível a quebra de sigilo fiscal ou bancário do executado para que a Fazenda Pública obtenha informações acerca da existência de bens do devedor inadimplente, excepcionando-se tal entendimento somente na hipótese de estarem esgotadas todas as tentativas de obtenção dos dados pela via extrajudicial.²⁸

A Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, em 17 de novembro de 2004, na Remessa e Apelação em Mandado de Segurança concernente ao Processo nº 200150010054182 (relator, Desembargador Federal Poul Erik Dyrhund)²⁹, verificou que a Administração Pública Tributária, ao prezar pela “plena eficácia da capacidade contributiva”, pode atuar no sentido de “identificar o patrimônio e os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”, cruzando informações “em poder da Administração Fazendária”, tais quais “os dados referentes à CPMF, bem como as declarações de Imposto de Renda”. Nessa circunstância, o sigilo bancário se manteria intacto, cabendo à autoridade fazendária “zelar pela integridade da intimidade do contribuinte”, ao evitar a “divulgação pública” de tais informações.

Já em 10 de junho de 2002, no Agravo de Instrumento nº 87933 (relator, Desembargador Federal Ricardo Regueira), a Primeira Turma do TRF da Segunda Região, em prol do resguardo do sigilo fiscal, vedou envio de três últimas declarações de bens de devedores executados, bem assim de seus representantes

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Mandado de Segurança nº 24135/DF. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 3 de outubro de 2002. Diário da Justiça da União, 6 jun. 2003, p. 32. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 9 jun. 2006.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Recurso Especial nº 724178/SP (Processo nº 200500229520). Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 9 de agosto de 2005. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 22 ago. 2005, p. 144. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 9 jun. 2006.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Recurso Especial nº 724.178/SP (Processo nº 2005/0022952-0). Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2006. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 6 mar. 2006, p. 249. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 9 jun. 2006.

²⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região (Sexta Turma). Remessa e Apelação em Mandado de Segurança/ES (Processo nº 200150010054182). Rio de Janeiro, 17 de novembro de 2004. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 2 dez. 2004, p. 104. Relator: Desembargador Federal Poul Erik Dyrhund. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br>>. Acesso em: 10 jun. 2006.

legais, pleiteadas pelo exequente com vistas a facilitar a localização dos bens do executado, em sede do processo executivo judicial.

- O credor deve esgotar todos os meios disponíveis que possibilitem não só a descoberta dos bens do devedor como também a garantia do resultado prático do processo executivo, de modo a não transferir tarefa que lhe cabe exclusivamente executar.

- Deve o exequente manejar o instrumento processual acautelatório adequado para a localização e resguardo dos bens supostamente existentes de propriedade do devedor, ao invés de mobilizar a máquina judiciária, que já trabalha no limite de suas forças.³⁰

Em consonância com o posicionamento da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, proferido no supracitado Agravo de Instrumento nº 87933, a Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, em 28 de março de 2006, no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento e Agravo de Instrumento nº 20050020056081AGI DF (relator, Desembargador Waldir Leôncio Júnior), ratificou o tino daquele órgão julgante fracionário de que, em execução judicial, se cogita a quebra judicial do sigilo fiscal do executado, apenas caso comprovadamente esgotados os demais meios para se localizarem os bens sujeitáveis à penhora.

2. A quebra do sigilo fiscal é medida extraordinária, incomum. Por isso a Turma tem entendido, com razão, que: “Estando a quebra do sigilo fiscal, em desacordo com o direito à inviolabilidade dos dados pessoais e à privacidade, seu deferimento está condicionado à prova inequívoca de que foram esgotados todos os meios para localização de bens passíveis de penhora” (AGI 2005.00.2.008591-4, Rel. Des. Carmelita Brasil, *in* DJ 31-01-2006, p. 95).³¹

3.1.2 Sigilo empresarial

Radica no sigilo empresarial todas as informações (inclusive as de natureza comercial, industrial, tecnológica, econômica, financeira, contábil, as atinentes às propriedades artística, literária e científica e aquelas a respeito da vida interna da empresa individual ou da sociedade empresária) possuidoras de utilidade prática e valor econômico para seu titular, alheias ao conhecimento público, em relação às quais o titular tomou as medidas de segurança apropriadas a garantir a respectiva confidencialidade, cujo uso, exploração, divulgação ou obtenção desautorizado é passível de acarretar dano patrimonial (mormente de caráter econômico ou financeiro) ao titular e que, quando constam de arquivos estatais, devem estar imunes ao direito à informação pública³².

São, portanto, espécies do gênero sigilo empresarial quaisquer informações empresariais de índole confidencial cuja revelação implique ponderável ris-

³⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região (Primeira Turma). Agravo de Instrumento nº 87933/RJ (Processo nº 200102010456752). Relator: Desembargador Federal Ricardo Regueira (votação unânime). Rio de Janeiro, 10 de junho de 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 16 jul. 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 12 mai. 2006.

³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Segunda Turma Cível). Agravo Regimental no Agravo de Instrumento e Agravo de Instrumento nº 20050020056081AGI DF (julgamento simultâneo, Acórdão nº 240056). Relator: Desembargador Waldir Leôncio Júnior (votação unânime). Brasília, DF, 6 de março de 2006. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 28 mar. 2006, p. 105. Disponível em: <<http://www.tjdf.gov.br>>. Acesso em: 10 jun. 2006.

co de dano material. Inserem-se nesse rol as informações empresariais de jaez comercial, industrial, tecnológico, econômico, financeiro, contábil e administrativo, além daquelas alcançadas pelo direito à propriedade intelectual. Independe estarem inscritas somente em arquivos do setor privado ou também estarem contidas em arquivos do setor público.

O Parecer nº 153/2005, de 29 de junho de 2005, da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos – CADA³³, entidade auxiliar da Assembléia da República portuguesa, ao se abeberar em pareceres anteriores da CADA sobre sigilos de empresa, recordou que o campo de incidência do sigilo empresarial³⁴ abarca, inclusive, “os aspectos particulares de financiamento, as previsões de viabilidade e de rendibilidade específicas de uma empresa (privada), as estratégias de captação de clientes ou de desenvolvimento futuro, a identificação de modelos ou de técnicas a seguir no desenvolvimento da actividade” (conteúdo do Parecer nº 106/2001 e do Parecer nº 147/2001, ambos da CADA).

O desvelar de determinado sigilo periga redundar no descobrimento de outro sigilo, em “efeito cascata”. No caso da instituição bancária, a quebra indevida do sigilo bancário, além de impor ônus desnecessário à vida privada do consumidor, acarreta também efeito nocivo ao sigilo empresarial, expondo a relação contratual mantida entre tal instituição financeira e seu cliente. Nesse compasso, cite-se, na jurisprudência do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, a ementa do *Habeas Corpus* nº 199701000260307 (relator, Desembargador Federal Osmar Tognolo, Terceira Turma, julgado em 3 de setembro de 1997), que trazemos à colação a seguir, ressaltando que tradicionalmente a jurisprudência pátria costuma, em vez de invocar o sigilo empresarial, se referir ao sigilo comercial, em função da antiga divisão legal entre Direito Civil e Comercial, finalizado com a entrada em vigor do Código Civil de 2002.

2. Conforme já decidido por esta Turma no julgamento do HC nº 1997.01.00.016227-7/DF, “os dados relativos à vida contratual de uma instituição bancária estão protegidos pelo segredo comercial (art. 17 e 19 - Cód. Comercial), que se insere no conceito amplo de segredo bancário, somente podendo ser devassados por ordem judicial”.³⁵

3.1.2.1 Sigilo de escrituração empresarial

Encerra-se no sigilo empresarial o *sigilo de livros de escrituração empre-*

³² Extraí-se o cerne do sigilo empresarial compulsando-se o teor do art. 166.2, do Código Comercial de Macau de 1999 (Decreto-Lei nº 40/99/M, de 2 de agosto), do art. 64.1, do Código do Procedimento Administrativo de Macau (Decreto-Lei nº 57/99/M, de 11 de outubro), do art. 62.1, do Código do Procedimento Administrativo de Portugal (Decreto-Lei nº 442/91, de 15 de novembro, alterado pelo Decreto-Lei nº 6/96, de 31 de janeiro de 1996), do art. 10, nº 1, 2 e 3, da Lei de Acesso aos Documentos da Administração Pública de Portugal (Lei nº 65/93, de 26 de agosto, alterada pela Lei nº 8/95, de 29 de março), do art. 122, da Lei de Propriedade Intelectual da Nicarágua (Lei nº 354, 1º de junho de 2000), dos arts. 86 e 87, da Lei de Propriedade Intelectual do Chile (Lei nº 19.039, de 24 de janeiro de 1991, alterada pela Lei nº 19.996, de 25 de fevereiro de 2005), do art. 39.2, do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – TRIPS (incorporado na ordem jurídica brasileira pelo art. 1º, do Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, ao ratificar a Ata Final da Rodada Uruguai das Negociações Comerciais Multilaterais do GATT), do art. 195, inc. XI, da Lei de Propriedade Intelectual do Brasil (Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996), e do art. 169, da Nova Lei de Falências do Brasil (Lei nº 11.011, de 9 de fevereiro de 2005).

³³ PORTUGAL. Comissão de Acesso aos Documentos Públicos – CADA. Parecer nº 153/2005. Lisboa, 29 de junho de 2005. Disponível em: <<http://www.cada.pt>>. Acesso em: 20 mai. 2005.

³⁴ As citações serão feitas no formato original, em português europeu.

³⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região (Terceira Turma). *Habeas Corpus* nº 199701000260307. Relator: Desembargador Federal Osmar Tognolo. Brasília, DF, 3 de setembro de 1997. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 6 fev. 1998, p. 230. Disponível em: <<http://www.justicafederal.gov.br>>. Acesso em: 20 mai. 2005.

arial (art. 1.179, *caput*, do CCB/02), sucessor do *sigilo de escrituração comercial*³⁶ ou *sigilo de livros comerciais*³⁷ (art. 17, do derogado Código Comercial brasileiro, a Lei nº 556, de 25 de junho de 1850).

O sigilo de livros de escrituração empresarial abarca o (1) sistema de contabilidade, mecanizado ou não, baseado na escrituração uniforme dos livros da empresa, em correspondência com a documentação respectiva, (2) o balanço patrimonial e (3) o de resultado econômico (art. 1.179, *caput*, do CCB/02). Comparado com o sigilo de livros de escrituração comercial, o sigilo de livros de escrituração empresarial alude não só ao empresário ou à sociedade que pratica atos de comércio, como também a quem exerce qualquer outra atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (art. 966, *caput*, c/c art. 981, *caput*, do CCB/02).

Quanto às exceções nas quais é lícita a exibição de livros comerciais, convém atinar com os exemplos fornecidos pelo magistério de José Wanderley Bezerra Alves:

a) por ordem da autoridade judicial, atendendo requerimento da parte interessada: na liquidação de sociedade, na sucessão por morte de sócio e na solicitação de acionistas que representem 5% ou mais do capital social quando houver fundadas suspeitas de graves irregularidades na administração social (CPC, art. 381, I a III) e nas demais questões relativas à comunhão ou sociedade, administração ou gestão à conta de outrem (Código Civil de 2002, art. 1.191); também pode ser determinada a exibição para fins de verificação judicial para efeitos de falência e concordata, a pedido dos credores (Decreto-lei nº 7.661/45, art. 1º, § 1º, art. 30, III e art. 172); e b) a pedido da fiscalização da seguridade social (Lei nº 8.212/91, art. 33, § 1º), que poderão requisitar força pública para obtenção (CTN, art. 200).³⁸

Tendo-se em vista o advento do Estatuto Falimentar de 2005 (Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005), nota-se que os exemplos supracitados por Bezerra Alves (em obra de 2004) a respeito do Estatuto Falimentar de 1945 (art. 1º, § 1º, art. 30, III e art. 172, do Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945) podem hoje ser substituídos pela alusão aos seguintes dispositivos da Nova Lei de Falências: art. 7º, *caput*, § 2º, art. 22, inc. I, alínea “c”, art. 104, *caput*, incs. II e inc. V, art. 105, inc. V, e art. 110, § 2º, inc. I.

Similar caminho ao magistério de Bezerra Alves percorre o escólio de Ovídio Rocha Barros Sandoval:

No exame da legislação vigente, a exibição de livros comerciais é possível na hipótese de fiscalização tributária, conforme o disposto no art. 195 do Código Tributário Nacional e a respeito de fiscalização previdenciária e da seguridade social (Lei nº 8.212/91, art. 33, § 1º), vinda a Súmula 439 do Supremo Tribunal Federal a estatuir: “estão sujeitos à fiscalização tributária ou previdenciária quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto da investigação”.³⁹

³⁶ Adota a expressão *sigilo* da escrituração comercial: HUNGRIA, Nelson. O segredo em torno da escrituração comercial. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, Rio de Janeiro, ano 3 (nova fase), nº 10, jul.-set. 1965, p. 137-141.

³⁷ Adotam o rótulo *sigilo* de livros comerciais: ALVES, José Wanderley Bezerra. Comissões parlamentares de inquérito: poderes e limites de atuação. Porto Alegre: SAFE, 2004, p. 430; SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. CPI ao pé da letra. Campinas: Millennium, 2001, p. 127-129.

³⁸ ALVES, José Wanderley Bezerra. Op. cit., p. 430-431.

³⁹ SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. Op. cit., p. 129.

Além da sobredita Súmula STF nº 439, de 1º de outubro de 1964, calha mencionar, também no Supremo Tribunal Federal, as Súmulas nº 260, de 13 de dezembro de 1963 (“O exame de livros comerciais, em ação judicial, fica limitado às transações entre os litigantes”), e nº 390, de 3 de abril de 1964 (“A exibição judicial de livros comerciais pode ser requerida como medida preventiva”).

3.1.2.2 Sigilo industrial

O Código de Defesa e Proteção do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) em seu art. 55, § 4º, positiva o sigilo industrial, ao estabelecer, *in verbis*:

Art. 55. [...]

[...]

§ 4º Os órgãos oficiais poderão expedir notificações aos fornecedores para que, sob pena de desobediência, prestem informações sobre questões de interesse do consumidor, resguardado o segredo industrial.

O Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, se refere em três ocasiões ao sigilo industrial:

(1) Art. 16, § 3º: agasalha dever dos órgãos integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente preservarem o sigilo industrial “quando solicitarem ou prestarem informações”;

(2) Art. 17, § 3º: torna acessível ao público o Relatório de Impacto Ambiental, respeitada a matéria de sigilo industrial, assim expressamente caracterizada;

(3) Art. 17, § 4º: preceitua publicação da renovação e da respectiva concessão de licença ambiental, resguardado o sigilo industrial.

Na Apelação Cível nº 70011698974 (julgada em 9 de fevereiro de 2006)⁴⁰, o voto-condutor do Desembargador Ubirajara Mach de Oliveira, da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, trouxe à baila o magistério do espanhol José Antonio Gómez Segade, exposto na monografia *El secreto industrial (know how): Concepto y protección*. Madrid: Tecnos, 1974, p. 66-67, a espitular 3 (três) requisitos para se detectar a presença do sigilo bancário:

(1) O “caráter oculto do conhecimento”;

(2) O “interesse que deve apresentar para a empresa”;

(3) E a “manifestação de vontade do titular da empresa no sentido de mantê-lo secreto”.

No que tange à incumbência do empregado resguardar o sigilo industrial, de acordo com o mencionado voto-condutor do Desembargador Ubirajara, inspirado no magistério de Gómez Segade, essencial haver manifestação de vontade “reconhecível externamente”, de preferência pela “inserção, no contrato de trabalho, de cláusula que imponha o dever de silêncio (op. cit., p. 223 e 227)”.

Na Apelação nº 93.010.4/6-00 (relator, Desembargador Olavo Silveira, julgada em 10 de fevereiro de 2000), a Quarta Câmara de Direito Privado do

⁴⁰ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Sexta Câmara Cível). Apelação Cível nº 70011698974/Comarca de Canoas. Relator, Desembargador Ubirajara Mach de Oliveira. Porto Alegre, 9 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 20 mai. 2006.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo se situou pela indenização a ser efetuada por “empregados que se apossam de desenhos técnicos e segredos industriais, utilizando-os, em empresa própria para fabricação e comércio de peças de máquinas produzidas pela autora”⁴¹.

Ainda em relação ao sigilo industrial, impende transcrever a ementa abaixo, da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (relator, Desembargador Roberto de Abreu e Silva, Apelação Cível, Processo nº 2002.001.25013, julgada em 3 de junho de 2003).

RESPONSABILIDADE CIVIL. SEGREDO E TECNOLOGIA INDUSTRIAL. APROPRIAÇÃO INDEVIDA. SUB-ROGAÇÃO LEGAL COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO. Retrata o contexto probatório dos autos, notadamente da prova pericial que os produtos industrializados por ambas as empresas, originam-se do mesmo projeto e base tecnológicas, evidenciando a apropriação por ato ilícito de segredo industrial de produção de artefatos pirotécnicos assinalados, praticados pelos réus. Tal conduta configura violação da norma do artigo 159 do Código Civil, implementando a obrigação de reparar perdas e danos. As circunstâncias do crédito resultar das condições estabelecidos numa negociação subjacente frustrada, envolvendo uma associação de capital e tecnologia com outra empresa, não retira da sociedade apelante 3 o direito de sub-rogar-se no valor do crédito por ela honrado perante o credor originária, assegurado como líquida e certo pela ordem jurídica civil. PROVIMENTOS PARCIAIS DOS APELOS 1 E 3. DESPROVIMENTO DO APELO 2.⁴²

3.1.3 Sigilo de dados e registros de comunicações

O círculo da privacidade⁴³ *stricto sensu* (privado não-íntimo) não alberga o sigilo do *conteúdo* de comunicações, mas hospeda o *sigilo de dados e registros de comunicações*.

O sigilo de dados de comunicações diz respeito aos bancos de dados pessoais mantidos pelo fornecedor do serviço de comunicação. Exemplos: fichas cadastrais de usuários de sociedades empresárias prestadoras de serviço quer de *bipe* ou *pager*, quer de *e-mail* gratuito. Em tal contexto, bancos de dados pessoais correspondem ao que o Direito Comunitário Positivo europeu define como conjuntos estruturados de dados pessoais, acessíveis segundo critérios determinados, centralizado, descentralizado ou repartido de modo funcional ou geográfico. Essa definição resta inserta em dois Diplomas Legais adotados pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Européia: Diretiva 95/46/CE, de 24 de outubro de 1995 (Capítulo I, art. 2º, alínea “c”) e Regulamento (CE) 45/2001, de 18 de dezembro de 2000 (Capítulo I, art. 2º, alínea “c”)⁴⁴.

⁴¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Quarta Câmara de Direito Privado). Apelação nº 93.010.4/6-00. Relator: Desembargador Olavo Silveira. São Paulo, 10 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 20 mai. 2006.

⁴² RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Terceira Câmara Cível). Apelação Cível (Processo nº 2002.001.25013). Relator: Desembargador Roberto de Abreu e Silva. Rio de Janeiro, 3 de junho de 2003. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 20 mai. 2006.

⁴³ Conquanto reconhecamos que privacidade se tornou expressão majoritária no Direito brasileiro e português, optamos por privacidade, porquanto este, ao contrário de privacidade, constitui vocábulo de incontestada consonância com o vernáculo. Cf. INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS. Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. 1 CD-ROM.

⁴⁴ UNIÃO EUROPÉIA. Regulamento (CE) nº 45/2001, de 18 de dezembro de 2000. Relativo à proteção das pessoas singulares (pessoas físicas) no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação desses dados. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/law_en.htm#directive>. Acesso em: 14 jan. 2005.

Já o *sigilo de registros de comunicação* concerne à rotina de uso de determinada mídia. Exemplos: data do envio da correspondência via Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, número do aparelho de telefax discado, duração da chamada⁴⁵ telefônica, nome do destinatário⁴⁶ do telegrama, lista de e-mails, dados de tráfego e de localização relacionados às comunicações eletrônicas.

Dentre os registros comunicativos eletrônicos, encontram-se os *dados de tráfego* e os *dados de localização*. Enquanto que *dados de tráfego* são quaisquer dados tratados para efeitos do envio de uma comunicação, por meio de uma rede de comunicações eletrônicas ou para efeitos da faturação da mesma (art. 2º.2, alínea “b”, da Diretiva 2002/58/CE), os *dados de localização* são quaisquer dados tratados numa rede de comunicações eletrônicas indicadores da posição geográfica do equipamento terminal de um utilizador de serviço de comunicações eletrônicas publicamente disponível (art. 2º.2, alínea “c”, da Diretiva 2002/58/CE)⁴⁷.

3.1.3.1 Sigilo de dados e registros telefônicos

Quanto ao sigilo de dados e registros de comunicações, destaca-se o *sigilo telefônico*, composto pelo *sigilo de dados cadastrais de usuários de telefonia fixa e móvel*, assim como pelo *sigilo dos registros de chamadas telefônicas*.

Embora o *sigilo de dados e registros telefônicos* e o *sigilo do conteúdo de comunicações telefônicas* se agrupem no art. 5º, inc. XII, da CF/88, ambos não se confundem. Consoante enfatiza o voto-condutor do Ministro Celso de Mello no Mandado de Segurança nº 23.452/RJ, de 16 de setembro de 1999, o *sigilo telefônico* “incide sobre os dados/registros telefônicos e [...] não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas”⁴⁸.

Em outros termos, à luz dessa espécie de teoria dos círculos concêntricos da vida privada, o descerramento da tênue película recobridora do *sigilo telefônico* (sigilo de dados cadastrais de usuários de telefonia fixa e móvel, bem assim sigilo dos registros de chamadas telefônicas) se denota *insuficiente* para caracterizar devassa na *vida íntima do utilizador*⁴⁹, porque a abertura do sigilo de dados e

⁴⁵ Conforme o art. 2º.2, alínea “e”, da Diretiva 2002/58/CE, de 12 de julho de 2002, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Européia nominam chamada a ligação estabelecida por meio de um serviço telefônico publicamente disponível que permite uma comunicação bidirecional em tempo real. Cf. UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2002/58/CE, de 12 de julho de 2002. Relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/law_en.htm#directive>. Acesso em: 14 jan. 2005.

⁴⁶ No art. 1º, da Diretiva 95/46/CE, a alínea “f” reputa destinatário a pessoa singular (física) ou coletiva (jurídica), a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que receba comunicações de dados, independentemente de se tratar ou não de um terceiro, salvo as autoridades suscetíveis de receberem comunicações de dados no âmbito de uma missão de inquérito específica. Cf. UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 95/46/CE, de 24 de outubro de 1995. Relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/law_en.htm#directive>. Acesso em: 14 jan. 2005.

⁴⁷ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2002/58/CE, de 12 de julho de 2002. Relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/law_en.htm#directive>. Acesso em: 14 jan. 2005.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Mandado de Segurança nº 23.452/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello (votação unânime). Brasília, DF, 16 de setembro de 1999. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 12 mai. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2004.

⁴⁹ No art. 2º.1, da Diretiva 2002/58/CE, a alínea “a” chama utilizador a pessoa singular que utilize um serviço de comunicações eletrônicas publicamente disponível para fins privados ou comerciais, não sendo necessariamente assinante deste serviço. Cf. UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2002/58/CE de 12 de julho de 2002. Relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/law_en.htm#directive>. Acesso em: 14 jan. 2005.

registros telefônicos não alcança a quebra do *sigilo do conteúdo das comunicações telefônicas*, esta, sim, a se imiscuir nos recônditos da esfera privada, ou seja, na seara do *círculo da intimidade*, muitas vezes por meio da *interceptação telefônica*, o ato de terceiro captar conversação telefônica (*interceptação telefônica lato sensu*), a qual se divide na *interceptação telefônica stricto sensu* (captação do diálogo ao telefone, sem ciência dos interlocutores) e na *escuta telefônica* (captação da conversação com a anuência de um dos interlocutores)⁵⁰.

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Terceira Câmara Criminal), a ementa e o voto-condutor do Mandado de Segurança nº 293.304-3/2 (relator, Desembargador Gonçalves Nogueira, 23 de novembro de 1999) atesta que o acesso à lista de assinantes de serviço de telefonia celular, em matéria de impacto à vida privada, se equipara ao acesso à lista de assinantes de serviço de telefonia convencional posta em catálogo telefônico, caso o conhecimento daquela se restrinja à autoridade policial judicialmente autorizada a tanto, em face da necessidade de se investigar a macrodelinquência.

A guarda e conservação sob sigilo pela autoridade de lista dos assinantes de telefonia celular, compreensível dos respectivos nomes e endereços, não tem condão de, por si só, acarretar risco à preservação da intimidade pessoal ou resultar em devassa da vida privada. A medida insere-se no poder cautelar do juiz criminal, justificada a necessidade para agilizar, em caráter premonitório, eventuais procedimentos investigativos relacionados à macro delinquência sofisticada. [...] ⁵¹ (grifos nossos)

Ora, desde que a autoridade impetrada se conteve em sua autorização apenas a listas de assinantes de telefonia celular, além dos respectivos endereços, não se vislumbra nenhuma afronta à preservação de suas intimidades, ou que daí resulte em devassa da vida privada. Tem-se em vista tão-somente *dados cadastrais*, à semelhança das conhecidas listas de telefonia convencional, a serem mantidos sob o sigilo sob o sigilo a cargo da autoridade policial, que velará por sua guarda e conservação, ao fito de facilitar de imediato virtuais atividades investigatórias. De óbvia inferência, não propriamente de se adiantar à eventual *interceptação telefônica*, pois, aí sim, urge respeitar o estatuído na Lei 9.296/96. Se tanto não bastasse, põe-se de manifesto nenhum risco de divulgação, reafirmada a precisão dos termos em que se definiu a providência.⁵² (grifos do autor)

A propósito, assim o magistério de Luiz Flávio Gomes distingue *registros telefônicos de comunicações telefônicas em si*:

Desde logo é preciso distinguir: uma coisa é a "comunicação telefônica" em si, outra bem diferente são os registros pertinentes às comunicações telefônicas, registros esses que são documentados e armazenados pela companhia telefônica, tais como: data da chamada telefônica, horário, número do telefone chamado, duração do uso, valor da chamada, etc. Pode-se dizer que esses registros configuram

⁵⁰ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 284. A doutrina brasileira também se refere à escuta telefônica pela expressão gravação clandestina. Cf. STRECK, Lenio Luiz. As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição cidadania - violência. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 107.

⁵¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Terceira Câmara Criminal). Ementa do Mandado de Segurança nº 293.304-3/2. Relator: Desembargador Gonçalves Nogueira. São Paulo, 23 de novembro de 1999. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 11 jun. 2006.

⁵² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Terceira Câmara Criminal). Voto-condutor do Mandado de Segurança nº 293.304-3/2. Relator: Desembargador Gonçalves Nogueira. São Paulo, 23 de novembro de 1999. p. 7. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 11 jun. 2006.

os “dados” escritos correspondentes às comunicações telefônicas. Não são “dados” no sentido utilizado pela ciência da informática (“informação em forma codificada”), senão referências, registros de uma comunicação telefônica, que atestam sua existência, duração, destino, etc. Vêm estampados nas denominadas “contas telefônicas”, que também integram o amplo espectro da “privacidade” da pessoa. [...]”⁵³ (grifos nossos)

No Mandado de Segurança nº 452.761-3/5-00 (relator, Desembargador Damião Cogan, 6 de maio de 2004), a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça paulista teve por lícita a ordem judicial para fornecimento de dados cadastrais de telefonia móvel a autoridades policiais, ante a necessidade de assegurar a eficácia das investigações realizadas.

MANDADO DE SEGURANÇA - Ordem judicial para que concessionária de telefone celular forneça à autoridade policial senha de acesso para eventuais investigações criminais - Alegação de violação do dever de resguardo da intimidade dos assinantes e do dever legal de sigilo da prestadora de serviços - Inexistência de direito líquido e certo - Deveres que comportam exceções - Medida necessária para rápido e eficaz combate à criminalidade organizada e violenta - Sobrepujança do interesse público ao privado - Não violação do direito constitucional de resguardo da intimidade - Medida que não se confunde com autorização de interceptação telefônicas - Inteligência do art. 5º, XII, da Constituição Federal da lei n. 9.296/96 e da Lei n. 9.472/97 - Segurança denegada. (Mandado de Segurança n. 452.761-3/5 - Franca - 5ª Câmara Criminal - Relator: Damião Cogan - 06.05.04 - V.U.)⁵⁴

Na Apelação Crime nº 70004599379 (relatora, Desembargadora Maria da Graça Carvalho Mottin, 8 de outubro de 2002), a Câmara Especial Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul vislumbrou lícita a “coleta de dados armazenados nas relações de chamadas de telefone celular apreendido”⁵⁵ durante flagrante delito (tráfico de entorpecentes). Em mesmo sentido se posicionou, no Tribunal Regional Federal da Quarta Região (Sétima Turma), o voto-condutor da Apelação Criminal nº 2002.04.01.0291123-1/PR (relator, Desembargador Federal Fábio Rosa, 29 de abril de 2002), ao afiançar que “a simples verificação dos números das últimas chamadas feitas e recebidas constantes na memória do telefone celular não significa, por si só, violação ao sigilo telefônico, desde que a apreensão do aparelho seja legítima”⁵⁶. Antes, na Apelação Criminal nº 1997.71.00.024315-2/RS (relator, Desembargador Federal Volkmer de Castilho, 19 de novembro de 2001), a mesma Corte Federal sulista (Oitava Turma) também considerou dispensável prévia chancela judicial, em relação a telefone celular licitamente apreendido em investigação policial, que, depois, foi objeto de “simples checagem dos últimos números registrados na memó-

⁵³ GOMES, Luiz Flávio. A CPI e a quebra do sigilo telefônico. Consulex: revista jurídica, Brasília, DF, v. 1, nº 5, mai. 1997, p. 40.

⁵⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Quinta Câmara Criminal). Ementa do Mandado de Segurança nº 452.761-3/5-00. Relator: Desembargador Damião Cogan. São Paulo, 6 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 11 jun. 2006.

⁵⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Câmara Especial Criminal). Ementa da Apelação Crime nº 70004599379. Relatora: Desembargadora Maria da Graça Carvalho Mottin. Porto Alegre, 8 de outubro de 2002. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 11 jun. 2006.

⁵⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Voto-condutor da Apelação Criminal nº 2002.04.01.0291231-1/PR. Relator: Desembargador Fábio Rosa (votação unânime). Porto Alegre, 29 de abril de 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, DF 21 mai. 2003, p. 808. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em: 11 jun. 2006.

ria do aparelho, ainda que por outra pessoa que não o proprietário⁵⁷, ainda mais se houve anterior beneplácito do Poder Judiciário para a autoridade policial em questão efetuar monitoramento eletrônico das conversações mantidas por meio de aparelhos celulares de propriedade dos réus apelantes.

Grassa dissenso na jurisprudência federal brasileira quanto ao poder requisitório do Ministério Público da União relacionado ao acesso ao sigilo de dados cadastrais de telefonia. Enquanto a maioria da jurisprudência federal pátria tem condicionado à prévia autorização judicial a prerrogativa do Ministério Público da União obter acesso ao sigilo de dados telefônicos (*Habeas Corpus* n° 200204010210747, TRF da Quarta Região, 12 de agosto de 2002; *Habeas Corpus* n° 199901000679827, TRF da Primeira Região, 15 de fevereiro de 2000; Apelação Criminal n° 200435007156205, Primeira Turma Recursal da Seção Judiciária de Goiás, 24 de agosto de 2004; *Habeas Corpus* n° 200102010167651, TRF da Segunda Região, 8 de outubro de 2001), parcela minoritária do repositório da jurisprudência federal (Agravo de Instrumento n° 200203000431662, TRF da Terceira Região, 21 de maio de 2003; Apelação Criminal n° 199971000243152, TRF da Quarta Região, 19 de novembro de 2001) reconheceu o poder requisitório de o MPU requisitar, sem a anterior interveniência judicatória, o teor do sigilo de dados telefônicos. Sendo matéria controversa, a prestadora de serviço de telefonia possui plausível e ponderado argumento jurídico para se opor à requisição ministerial, sem caracterizar prática de crime de desobediência (art. 330, do Código Penal brasileiro), salvo se anterior ou posteriormente houver decisão judicial a corroborar a juridicidade da exigência alinhavada pelo *Parquet*.

DIREITO PENAL E CONSTITUCIONAL. DESOBEDIÊNCIA. REQUISICÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO DOS DADOS E COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. ART. 5º, INC. XII, CF/88. DOLO. INEXISTÊNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA.

1. Em que pesem as prerrogativas institucionais do Ministério Público que, no exercício de suas atribuições investigatórias, tem o direito de requisitar documentos bem como informações a entidades públicas e privadas (art. 8º da LC 75/93), não se deve olvidar que os dados e comunicações telefônicas estão acobertados por sigilo constitucional, o qual, segundo entendimento pretoriano, só pode ser quebrado mediante ordem judicial específica.

2. Havendo controvérsia jurisprudencial acerca do tema, não configura crime de desobediência o fato do administrador de empresa concessionária de telefonia negar-se ao atendimento da requisição ministerial, justificando sua recusa em face do disposto no art. 5º, inciso XII da CF, bem como ante as possíveis implicações advindas da quebra do sigilo telefônico dos clientes, sem a respectiva autorização.

3. Restando evidenciada a ausência de dolo, tornando atípica a conduta, cabível o trancamento do inquérito policial.⁵⁸

⁵⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região (Oitava Turma). Apelação Criminal n° 1999.71.00.024315-2/RS. Relator: Desembargador Federal Volkmer de Castilho (votação unânime). Porto Alegre, 19 de novembro de 2001. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 13 fev. 2002, p. 802. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em: 11 jun. 2006.

⁵⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região (Oitava Turma). Habeas Corpus n° 200204010210747/PR. Relator: Desembargador Federal Elcio Pinheiro de Castro (votação unânime). Porto Alegre, 12 de agosto de 2002. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em: 13 jun. 2006.

3.2 O círculo da intimidade

A segunda circunferência, o *círculo da intimidade*, reflete o aspecto espiritual e denso da esfera privada, celeiro das liberdades pessoais e caixa de ressonância para as idiossincrasias do ser humano, plasmado nos sigilos familiar, profissional, doméstico e do conteúdo de comunicações.

O elemento fundamental do direito à intimidade, manifestação primordial do direito à vida privada, é a exigibilidade de respeito ao isolamento de cada ser humano, que não pretende que certos aspectos de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros. Em outras palavras, é o *direito de estar só*.⁵⁹ (grifos do autor)

No Acórdão nº 128/92 [...], considerou-se estar em causa “o direito de cada um ver protegido o espaço interior ou familiar da pessoa ou do seu lar contra intromissões alheias. [...] Neste âmbito privado ou de intimidade está englobada a vida pessoal, a vida familiar, a relação com outras esferas de privacidade (*v.g.* a amizade), o lugar próprio da vida pessoal e familiar (o lar ou o domicílio), e bem assim os meios de expressão e comunicação privados (a correspondência, o telefone, as conversas orais, etc.). [§] Este *direito à intimidade* ou à *vida privada* – este direito a uma esfera própria inviolável, onde ninguém deve poder penetrar sem autorização do respectivo titular – compreende: a) a autonomia, ou seja, o direito a ser o próprio a regular, livre de ingerências estatais e sociais, essa esfera de intimidade; b) o direito a não ver difundido o que é próprio dessa esfera de intimidade, a não ser mediante autorização do interessado [...]”. E no Acórdão nº 319/95 [...] afirmou-se que “o *direito à reserva da intimidade da vida privada* (...) é o direito de cada um a ver protegido o espaço interior da pessoa ou do seu lar contra intromissões alheias; o direito a uma esfera própria inviolável, onde ninguém deve poder penetrar sem autorização do respectivo titular (...)” [...].

[...] tanto a doutrina como a jurisprudência têm entendido [...] que o direito à reserva da intimidade da vida privada não deixa de redundar na tutela jus fundamental de uma “esfera pessoal íntima” (cf. os Acórdãos nºs 456/93 e 355/97, publicados, respectivamente, no *Diário da República I-A Série*, de 9 de Setembro de 1993 e de 7 de Maio de 1997) e “inviolável” (cf. o Acórdão nº 319/95, publicado no *Diário da República II Série*, de 2 de Novembro de 1995), de “um núcleo mínimo onde ninguém penetre salvo autorização do próprio titular” (cf. Acórdão nº 264/97), que abrange, “no âmbito desse espaço próprio inviolável” (cf. Acórdão nº 355/97), *inter alia*, os aspectos relativos à vida pessoal e familiar da pessoa, designadamente, “os elementos respeitantes à *vida* (...) *conjugal, amorosa e afectiva* da pessoa (tais como, por exemplo, os projectos de casamento e separação, as aventuras amorosas, as amizades, afeições e ódios)” [...].⁶⁰ (grifos do autor)

Nessa senda, preceitua o art. 15.2, alínea “a”, do Regime Jurídico dos Inquiridos Parlamentares da Assembléia da República Portuguesa (Lei nº 05, de 1º de março de 1993, alterada pela Lei nº 126, de 10 de dezembro de 1997)⁶¹: as

⁵⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 180.

⁶⁰ Voto-condutor do Conselheiro Benjamim Rodrigues perante a 2ª Seção da Corte Constitucional portuguesa. Cf. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 607-03. Relator: Conselheiro Benjamim Rodrigues. Lisboa, 5 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 13 jul. 2004.

⁶¹ PORTUGAL. Regime jurídico dos inquiridos parlamentares. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt>>. Acesso em: 3 jul. 2004.

Comissões Parlamentares de Inquérito do Parlamento lusitano, após a publicação do relatório final, podem dar publicidade às suas atas e aos documentos sob sua posse, exceto se revelarem matéria sujeita a segredo de Estado, a segredo de justiça ou a *sigilo por razões da reserva de intimidade das pessoas*.

3.2.1 Uso abusivo dos meios de comunicação

No âmbito do direito à intimidade sobressai desdobramento do direito à vida privada consubstanciado no direito de não ser importunado pela sociedade, pelo Poder Público e por seus pares. Posto de outro modo: “O elemento fundamental do direito à intimidade, manifestação primordial do direito à vida privada, é a exigibilidade de respeito ao isolamento de cada ser humano, que não pretende que certos aspectos de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros. Em outras palavras, é o *direito de estar só*.”⁶² (grifos do autor)

Nos círculos concêntricos da esfera privada, encaixilha-se, sobretudo, no círculo da intimidade, a proteção contra o emprego de meios de comunicação como instrumentos para intrusão da vida privada.

A Segunda Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul, no Recurso Inominado nº 71000690016 (relator, Juiz de Direito Luiz Antônio Alves Capra, 15 de fevereiro de 2006)⁶³, elucidou que consubstancia dano moral “o reiterado envio de mensagens indesejadas pelo fornecedor do serviço” de telefonia celular, notando invasão de privacidade em tal conduta, uma vez que o consumidor “se vê, assim, em diferentes horários do dia perturbado em seus afazeres cotidianos e forçado, inclusive, até mesmo a desligar o aparelho”. No Recurso Inominado nº 71000796094 (relatora, Juíza de Direito Mylene Maria Michel, 16 de novembro de 2005)⁶⁴, a indicada Segunda Turma Recursal Cível inferiu afronta à vida privada na remessa, via aparelho celular, de “torpedo⁶⁵ supostamente ofensivo ao autor”.

A Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal, na Apelação Cível no Juizado Especial nº 2005110674967ACJ DF (relator, Juiz de Direito João Batista Teixeira, 10 de março de 2006)⁶⁶, detectou menoscabo do “núcleo essencial de privacidade e de direito de personalidade” na conduta de “fornecedora de serviços de TV por assinatura, que celebra contrato de prestação de serviços, incluindo no pacote, canal adulto que exhibe sexo explícito, sem prestar informação clara e adequada a respeito e sem consentimento do consumidor e, que ao receber reclamação, adota providência paliativa, não impedindo o acesso aos filmes pornográficos por parte de menores”.

Em função da invasão da intimidade deflagrada, via internet, de modo anônimo, acórdãos dos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro

⁶² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 180.

⁶³ RIO GRANDE DO SUL. Segunda Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado nº 71000690016/Comarca de Catuípe. Relator: Juiz de Direito Luiz Antônio Alves Capra. Porto Alegre, 15 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2006.

⁶⁴ RIO GRANDE DO SUL. Segunda Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado nº 71000796094/Comarca de Camaquã. Relatora: Juíza de Direito Mylene Maria Michel. Porto Alegre, 16 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2006.

⁶⁵ In casu, mensagem escrita, com conteúdo amoroso, enviada pelo celular.

⁶⁶ BRASIL. Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais e Cíveis do Distrito Federal. Apelação Cível no Juizado Especial nº 20050110674967ACJ DF. Acórdão nº 240077. Relator: Juiz de Direito João Batista Teixeira. Brasília, DF, 10 de março de 2006. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 24 mar. 2006, p. 174. Disponível em: <<http://www.tjdf.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2006.

(Agravado de Instrumento nº 2004.002.20186, Oitava Câmara Cível, Desembargadora-Relatora Leticia Sardas, 26 de abril de 2005) e Rio Grande do Sul (Apelação Cível nº 70009810839, Décima Primeira Câmara Cível, Desembargador-Relator Ney de Freitas Barcellos, 1º de dezembro de 2004) anuíram com a identificação do autor dessa espécie exacerbada de intrusão da vida privada, flexibilizando o direito à privacidade do autor do ilícito eletrônico, a fim de melhor assegurar a defesa do direito à intimidade da vítima.

INTERNET – INFORMACOES CADASTRAIS – ACAO CAUTELAR –
EXIBICAO DE DOCUMENTO – CONCESSAO DE LIMINAR

Ação cautelar de exibição de documentos. Liminar. Informação de dados cadastrais. IP - Internet Protocol. Lei Geral de Telecomunicações. STFC Serviço de Telefonia Fixa Comutada. Invasão do sistema de informação. Hacker. Anonimato e privacidade. Direitos do usuário.

1. A evolução da Internet, como ocorre com o desenvolvimento de qualquer inovação tecnológica, provocou uma transformação no estudo das normas jurídicas, formando o que se pode denominar de direito digital ou direito da informática, que tem o desafio de equilibrar a delicada balança em que se pesa o interesse econômico, a proteção da privacidade e o anonimato.

2. Os *hackers* são indivíduos que entram num sistema de informática, quebrando sistemas de segurança, para causar danos.

3. A discussão do tema segurança na rede envolve a discussão de dois assuntos polêmicos: anonimato e privacidade.

4. O direito à privacidade constitui um limite natural ao direito à informação.

5. O direito ao anonimato constitui um dificultador dos mecanismos de segurança em ambiente virtual.

6. Incentivar a clandestinidade na rede significa torná-la um mundo em que ninguém é obrigado a nada, nem responsável por nada.

7. Os provedores, como portas de entrada e saída da rede, são os que têm possibilidade de averiguar os dados dos internautas que sejam seus clientes, propiciando que se investigue a prática de atos irregulares.

8. Desprovimento do Agravo de Instrumento.⁶⁷

TELET. Ação Cautelar Inominada. A pretensão do autor de ter acesso a informações que levem à identificação da autoria de mensagem de cunho hostil enviada pela internet ao celular do seu filho, menor impúbere, se sobrepõe ao dever da ré, prestadora do serviço de telefonia móvel, de garantir a privacidade de seus clientes.

Apelo improvido.⁶⁸

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no Mandado de Segurança (Criminal) nº 1.0000.04.414635-5/000 (Terceira Câmara Criminal,

⁶⁷ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Oitava Câmara Cível). Agravo de Instrumento nº 2004.002.20186. Relatora: Desembargadora Leticia Sardas. Rio de Janeiro, 1º de março de 2005. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2006.

⁶⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Décima Primeira Câmara Cível). Apelação Cível nº 70009810839. Relator: Desembargador Bayard Ney de Freitas Barcellos. Porto Alegre, 1º de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2006.

Desembargador-Relator Paulo César Dias, 1º de março de 2005)⁶⁹, ante a prática de crimes contra a honra pela internet (“envio de mensagens injuriosas e de conteúdo difamatório”), se posicionou favorável à obtenção direta pela autoridade policial (sem anterior autorização judicial) de “dados cadastrais em poder do provedor de acesso à Internet, que permitam a identificação de autor de crimes digitais”, o que não feriria “o direito à privacidade e o sigilo das comunicações, uma vez que dizem respeito à qualificação de pessoas, e não ao teor da mensagem enviada”, sendo, ademais, tal requisição policial, argumentou o voto-condutor, “inserida nas atribuições do Delegado de Polícia, por força do art. 6º do CPP”.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Agravo de Instrumento nº 372.645.4/7-00 (Sexta Câmara de Direito Privado, Desembargador-Relator Percival Nogueira, 1º de setembro de 2005)⁷⁰, ratificou medida liminar, de antecipação de tutela, pela exclusão de comunidade virtual criada em popular *site* de relacionamentos da internet, porquanto, a referida comunidade digital (voltada a apoiar determinada cidadã em disputa pela guarda da filha), acabou por servir de palco a manifestações anônimas contra a honra e a privacidade do ex-marido daquela e pai desta. O voto-condutor (Voto nº 2.128) apontou para a preponderância, *in casu*, dos direitos à honra e à privacidade sobre a liberdade de expressão realizada no anonimato e, ainda, frisou que, “sendo a criadora da comunidade a mediadora responsável por evitar excessos, não logrou ela fazê-lo, permitindo o anonimato e a divulgação das ofensas”.

3.2.2 Sigilo familiar

O “direito à intimidade da vida privada, como garantia de resguardo, de reserva, de protecção⁷¹” – nas palavras do Tribunal da Relação de Lisboa, proferidas pelo voto-condutor do Acórdão de 23 de junho de 2004 (Processo nº 5845/2004-3, Juiz Desembargador-Relator Clemente Lima) – “supõe a faculdade de impedir a revelação de factos relativos à vida íntima e familiar, de requerer a cessação de algum eventual abuso e o ressarcimento dos danos derivados da divulgação de um facto respeitante à vida privada⁷² (grifos nossos).

Definição semelhante expendeu a Sala Primeira (de Direito Civil) do Tribunal Supremo da Espanha (Resolução nº 673/2004, Magistrado-Relator José Ramón Ferrándiz Gabriel, 13 de julho de 2004), para quem o “direito à intimidade familiar tem por objeto garantir ao indivíduo um âmbito reservado de sua vida coincidente com aquele em que se desenvolvem as relações de tal natureza, pois” – saliente-se – “o permite se manter excluído tanto do conhecimento quanto das intromissões de terceiros, quer se trate de Poderes Públicos, quer de particu-

⁶⁹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Terceira Câmara Criminal). Mandado de Segurança (Criminal) nº 1.0000.04.414635-5/000 (Comarca de Caratinga). Relator: Desembargador Paulo César Dias. Belo Horizonte, 1º de março de 2005. Diário do Judiciário, Belo Horizonte, 29 abr. 2005. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2006.

⁷⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Sexta Câmara de Direito Privado). Agravo de Instrumento nº 372.645.4/7-00 (Comarca de São Paulo). (Voto nº 2.128). Relator: Desembargador Percival Nogueira. São Paulo, 1º de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2006.

⁷¹ Ortografia original do português europeu.

⁷² Voto do Desembargador-Relator Clemente Lima. Cf. PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Processo nº 5845/2004-3 (Recurso Penal). Relator: Juiz Desembargador Clemente Lima (votação unânime). Lisboa, 23 de junho de 2004. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 16 jun. 2006.

lares”⁷³. Na indicada ótica da Corte Suprema espanhola, “não se garante uma intimidade determinada e sim o direito a possuí-la, dispondo para este fim de um poder jurídico sobre a publicidade da informação relativa ao círculo reservado, neste caso, de sua família.” – acentue-se – “com independência do conteúdo daquilo que se deseja manter sob abrigo do conhecimento público”⁷⁴.

Possuem contato com a vida íntima os familiares e os amigos próximos. Tais relacionamentos integram o campo de incidência do *sigilo familiar*. Na condição de direito fundamental, a intimidade familiar aufere proteção expressa das Constituições espanhola de 1976 (art. 18.1)⁷⁵, colombiana de 1991 (art. 15, *caput*)⁷⁶, paraguaia de 1992 (art. 33, *caput*, 1ª parte)⁷⁷ e peruana de 1993 (art. 2.7)⁷⁸, sendo com frequência mencionada pela jurisprudência hispanófono (*e.g.*, Cortes Constitucionais colombiana, *Sentencia* nº T-513/93, de 5 de novembro de 1993⁷⁹, e espanhola, *Sentencia* nº 201/1997, de 25 de novembro de 1997⁸⁰).

3.2.3 Sigilo profissional

Além dos familiares e dos amigos próximos, compartilham da vida pri-

⁷³ Inteiro teor, em espanhol europeu, do período acima traduzido em tradução livre nossa: “*El derecho a la intimidad familiar tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida coincidente con aquel en que se desarrollan las relaciones de tal naturaleza, pues permite mantenerlo excluido tanto del conocimiento como de las intromisiones de terceros, se trate de poderes públicos o de particulares, en contra de su voluntad* (entre outras, *Sentencias* del Tribunal Constitucional 144/1999, de 22 de julio, 115/2000, de 10 de mayo, 119/2001, de 24 de mayo, 292/2000, de 30 de noviembre, 83/2002, de 22 de abril, y 127/2.003, de 30 de junio).” Cf. ESPANHA. Tribunal Supremo (Sala Primeira, Sala de lo Civil). Resolución nº 673/2004 (Recurso nº 2412/2000). Ponente: Magistrado José Ramón Ferrándiz Gabriel. Madrid, a 13 de Julio de 2004. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es>>. Acesso em: 16 jun. 2006.

⁷⁴ Inteiro teor, em espanhol europeu, do período acima citado em tradução livre nossa: “*Como declaró la Sentencia del mismo Tribunal 115/2.000, de 5 de mayo, no garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado, en este caso, de su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Esa doctrina se corrobora con la sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 26 de marzo de 1.985, 26 de marzo de 1.985, 7 de julio de 1.989, 25 de marzo de 1.993 y de 25 de febrero de 1997).*” Cf. ESPANHA. Tribunal Supremo (Sala Primeira, Sala de lo Civil). Resolución nº 673/2004 (Recurso nº 2412/2000). Ponente: Magistrado José Ramón Ferrándiz Gabriel. Madrid, a 13 de Julio de 2004. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es>>. Acesso em: 16 jun. 2006.

⁷⁵ Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. (grifos nossos) Cf. ESPANHA. La Constitución Española. Disponível em: <<http://www.congreso.es>>. Acesso em: 12 jun. 2004.

⁷⁶ Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. (grifos nossos) Cf. COLÔMBIA. Constitución Política de la República de Colombia de 1991. Disponível em: <<http://www.senado.gov.co/>>. Acesso em: 12 jan. 2004.

⁷⁷ La intimidad personal y familiar, así como el respeto a la vida privada, son inviolables. (grifos nossos) Cf. PARAGUAI. Constitución Nacional. Disponível em: <<http://www.senado.gov.py/constitu.html>>. Acesso em: 16 set. 2004.

⁷⁸ Artículo 2º. Toda persona tiene derecho: [...] 7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias. [...] Cf. PERU. Constitución Política del Perú (1993). Disponível em: <<http://www.congreso.gob.pe>>. Acesso em: 16 set. 2004.

⁷⁹ “[...] se debe entender que existen derechos fundamentales que se predicen de manera exclusiva de la persona humana, v.gr. el derecho a la vida y la exclusión de la pena de muerte (artículo 11); la prohibición de desaparición forzada, torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 12); el derecho a la intimidad familiar (artículo 15), entre otros.” (grifos nossos) Cf. Voto do Magistrado-Relator Herrera Vergara. Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *Sentencia* nº T-513/93. Magistrado ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara. Santafé de Bogotá, Noviembre 5 de 1993. Disponível em: <<http://www.ramajudicial.gov.co>> Acesso em: 12 jan. 2005.

⁸⁰ Ementa da *Sentencia* nº 201/1997, de 25 de novembro (acórdão do Tribunal Constitucional da Espanha). Cf. ESPANHA. Jurisprudencia Penitenciaria Constitucional 1981-2003. Disponível em: <<http://www.fiscalia.org/juris/penit.htm>> Acesso em: 12 jan. 2005. “*Derecho a usar la lengua eusquera en comunicaciones telefónicas con familiares. Derecho a la intimidad familiar. Recursos contra resoluciones del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. La comunicación familiar no es un derecho absoluto como no lo son ninguno de los derechos constitucionales protegidos. Su ejercicio puede ser limitado o condicionado.*” (grifos nossos) Ementa da *Sentencia* nº 201/1997, de 25 de novembro (acórdão do Tribunal Constitucional da Espanha). Cf. ESPANHA. Jurisprudencia Penitenciaria Constitucional 1981-2003. Disponível em: <<http://www.fiscalia.org/juris/penit.htm>> Acesso em: 12 jan. 2005.

vada do indivíduo (ainda que em graus diferentes) os terceiros especializados em determinado mister, cujo exercício implica adentrarem o espaço privado do destinatário da atividade. Exemplos: empregados domésticos⁸¹, secretários particulares, contabilistas, motoristas, professores de educação física, advogados, assistentes sociais, psicólogos, profissionais da saúde e conselheiros espirituais⁸². Para o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República portuguesa (Parecer nº 49/1991, de 9 de abril de 1992, Relator: Procurador-Geral Ferreira Ramos), “segredo profissional é a proibição de revelar factos⁸³ ou acontecimentos de que se teve conhecimento ou que foram confiados em razão e no exercício de uma actividade profissional”⁸⁴.

Trata-se do campo de incidência do *sigilo profissional* (art. 5º, inc. XIV, 2ª parte, da CF/88), calçado na proteção das “confidências feitas em razão da função, ministério, ofício ou profissão do interlocutor”⁸⁵ (grifos nossos), em “enumeração genérica”⁸⁶ e abrangente, na linha do Código Penal brasileiro (*crime de violação de segredo*⁸⁷ *profissional*, capitulado no art. 154⁸⁸). O sigilo profissional se estende aos “auxiliares ou ajudantes das pessoas obrigadas ao sigilo profissional”⁸⁹, quando, por força da sua ocupação, conhecem circunstância sigilosa.

As lições da dogmática penal (com estribo no mencionado art. 154, do CPB) proporcionam a necessária noção acerca da amplitude dos sujeitos ativos e

⁸¹ “O direito ao segredo também se impõe, certamente, aos empregados e serviços a qualquer título, aos quais não é dado vasculhar salas, armários, gavetas ou compartimentos que isolem objeto, carta, fita, foto, retrato, papel etc., tampouco se aventurar em busca de detalhes pessoais cujo conhecimento perturba, pouco ou muito, o espírito.” (grifos nossos) Cf. JABUR, Gilberto Haddad. Op. cit., p. 266.

⁸² “O titular do segredo é protegido, no caso, pelo direito à intimidade, pois o profissional, médico, advogado e também o padre-confessor (por outros fundamentos) não pode liberar o segredo, devassando a esfera íntima, de que teve conhecimento, sob pena de violar aquele direito e incidir em sanções civis e penais.” Cf. AFONSO DA SILVA, José. Curso de direito constitucional positivo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 207.

⁸³ Mantivemos a redação original, em português europeu.

⁸⁴ “Ponderou-se, a propósito, no parecer nº 110/56 [...]: ‘O exercício de certas profissões, como o funcionamento de determinados serviços exige ou pressupõe, pela própria natureza das necessidades que tais profissões ou serviços visam a satisfazer, que os indivíduos que a eles tenham de recorrer revelem factos [...] que interessam à esfera íntima da sua personalidade, quer física, quer jurídica. Quando esses serviços ou profissões são de fundamental importância colectiva, porque virtualmente todos os cidadãos carecem de os utilizar, é intuitivo que a inviolabilidade dos segredos conhecidos através do seu funcionamento ou exercício constitui, como condição indispensável de confiança nessas imprescindíveis actividades, um alto interesse público. Daí que a violação da obrigação a que ficam adstritos certos agentes profissionais de não revelarem factos confidenciais conhecidos através da sua actividade funcional – obrigação que informa o conceito do segredo profissional – seja punível não só disciplinarmente mas também criminalmente’. Sintetizando: segredo profissional é a proibição de revelar factos ou acontecimentos de que se teve conhecimento ou que foram confiados em razão e no exercício de uma actividade profissional [...]’ (grifos nossos) Cf. PORTUGAL. Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República. Parecer nº 49/1991. Interessado: Sr. Ministro da Saúde. Relator: Procurador-Geral Ferreira Ramos. Lisboa, 9 de abril de 1992. Diário da República, Lisboa, nº 64, 16 mar. 1995. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf?OpenDatabase>>. Acesso em: 13 jan. 2005.

⁸⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit., p. 412.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 413.

⁸⁷ Convém reprimir o que assinalamos de início: os sigilos situados no círculo da vida privada *stricto sensu* tendem a ser identificados também como segredos. Entretanto, preferimos evitar a sinonímia, posto que, aos olhos da teoria dos círculos concêntricos da vida privada de Henkel, o vocábulo segredo corresponde à determinada informação agrupada em esfera central da vida privada, a de raio mais restrito, o círculo do segredo.

⁸⁸ Violação do segredo profissional: “Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. Parágrafo único - Somente se procede mediante representação”.

⁸⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: parte especial. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 1, p. 177. Apud GUASTINI, Vicente Celso da Rocha. Dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos. In: SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (Org.). Código penal e sua interpretação jurisprudencial. 7. ed. São Paulo: RT, 2000, v. 2, p. 2.399.

passivos conectados em relação jurídica envolvendo proteção do sigilo profissional.

No contexto do sigilo profissional, o sujeito passivo corresponde à pessoa a quem se presta determinada atividade, independente do rótulo adotado (por exemplo, cliente, paciente, consultante ou consumidor), cujo vocábulo é contingente e diversificado, assim como o do sujeito ativo, o qual consiste em quem toma conhecimento de determinado aspecto da vida privada alheia, por força do mister exercido. Enfatiza Luiz Régis Prado:

É indiferente que o agente venha a ter conhecimento do segredo pelo próprio interessado ou independentemente da vontade deste, desde que o conhecimento do fato lhe tenha sido proporcionado por sua profissão ou condição pessoal. Desnecessário que o agente ainda exerça a profissão, função, ministério ou ofício no momento da revelação do segredo; basta que a transmissão tenha ocorrido durante o desempenho daquela atividade.⁹⁰

O mister praticado pelo sujeito ativo pode configurar função, ministério, ofício ou profissão propriamente dita:

Sujeito ativo do delito [de violação do segredo profissional] é, portanto, a pessoa que revela segredo de que teve conhecimento em razão de sua função, ministério, ofício ou profissão. *Função* é o encargo, permanente ou temporário, atribuído por força de lei, decisão judicial, administrativa ou contrato. O conteúdo da expressão é amplo, já que o agente, ao exercer uma profissão, ofício ou ministério realiza uma série de funções específicas, inerentes a essas atividades. Logo, mesmo um estudante de medicina pode desempenhar algumas funções próprias da profissão médica. *Ministério* é o encargo vinculado a um determinado estado ou condição pessoal, alheios aos fins lucrativos (*v.g.* sacerdote, freira etc.). *Ofício* é o serviço manual ou mecânico (*v.g.* costureira, barbeiro, cabeleireiro etc.). *Profissão* é toda atividade, pública ou particular, habitual e especializada, através da qual se prestam serviços a terceiros (*v.g.* médico, advogado, psicólogos, dentistas etc.). O exercício profissional normalmente está submetido ao preenchimento de certas exigências regulamentares impostas pelo Poder Público (*v.g.* obtenção de diploma, registro profissional etc.) e tem fins lucrativos.⁹¹ (grifos do autor)

Como ensina Arnaldo Wald, os sigilos profissionais resplandecem específicos, “densidades e conteúdos distintos, algumas vezes protegidos diferentemente pela lei, mas que obedecem a uma mesma razão de ser”⁹². Do ponto de vista do direito à vida privada, os sigilos profissionais de maior relevo jurídico são aqueles de conteúdo *extrapatrimonial*, diretamente relacionados a informações conexas ao círculo da intimidade e ao imo dos direitos da personalidade do sujeito passivo. Porém, mesmo no âmbito do direito à vida privada, existem sigilos profissionais sem nexos imediatos com a intimidade do receptor do serviço e, ao mesmo tempo, pertinentes ao seu círculo da vida privada *stricto sensu* (ou seja, atrelados ao sigilo patrimonial do indivíduo alvo do fornecimento de determinada atividade de cunho profissional *lato sensu* – é dizer, rememore-se, função, ministério, ofício ou profissão), crosta da privatividade na qual se encaixam – lembre-

⁹⁰ PRADO, Luiz Régis. Curso de direito penal brasileiro. São Paulo: RT, 2000, v. 2, p. 351-352.

⁹¹ *Ibid.*, loc. cit.

⁹² WALD, Arnaldo. O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do sistema financeiro e na lei complementar nº 70. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, São Paulo, ano 1, nº 1, out.-dez. 1992, p. 198-199. Apud FREGADOLLI, Luciana. O direito à intimidade e a prova ilícita. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 135.

se – os sigilos fiscal, financeiro (*v.g.*, sigilo bancário) e empresarial (*e.g.*, sigilos industrial, comercial e contábil).

Com base no (e em complemento ao) magistério de Arnaldo Wald⁹³, resalte-se que o sigilo profissional é do interesse do *sujeito passivo* (a fim de ter preservadas da ilícita e antiética exposição pública e a terceiros, pessoas físicas e jurídicas, de informações patrimoniais e extrapatrimoniais concernentes à sua vida privada), do *sujeito ativo* (com o propósito de honrar seu dever deontológico de discrição e de manter intacta sua confiabilidade e honorabilidade), assim como do Poder Público e da sociedade em geral (respeito aos princípios da boa-fé e da segurança jurídica, além da promoção de condições mínimas de coexistência coletiva, de desenvolvimento socioeconômico, de exercício legal de atividades profissionais e da preservação da integridade psíquica e moral da coletividade).

3.2.4 Sigilo doméstico

O círculo da intimidade acolhe os pensamentos, crenças e valores⁹⁴ da pessoa natural, desvelados amiúde e melhor cultivados em seu lar, motivo da existência do *sigilo doméstico*, a salvaguardar da exposição pública o ambiente onde a pessoa física mais descobre e desenvolve sua personalidade (espaço correspondente à morada do indivíduo em sua acepção ampliativa, isto é, ao lar *permanente* ou *provisório*, endereço *residencial* ou *profissional*) e a proteger as informações veiculadas tão-somente no espaço doméstico (ou seja, no lar *lato sensu*), cujo conteúdo pode coincidir ou não com o teor dos sigilos familiar e profissional e até transcender o conteúdo destes.

Inserem-se no *sigilo doméstico* as confidências partilhadas apenas na ambiência do lar, correspondente, quanto ao âmbito do sigilo em tela, ao endereço *residencial* (do indivíduo ou de seus familiares ou amigos chegados) ou *profissional* (consultório, gabinete ou escritório de quem, em função de seu mister, conhece a intimidade de outrem), *perene* ou *temporário*. Daí porque se relaciona o sigilo doméstico à *inviolabilidade do lar em sentido amplo*, preconizada pela Constituição brasileira de 1988 (art. 5º, inc. XI, 1ª parte)⁹⁵, compreendendo não “apenas a residência, a habitação com intenção definitiva de estabelecimento, mas todo local, determinado e separado, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive profissionalmente”⁹⁶.

O espaço domiciliar previsto no art. 5º, inc. XI, 1ª parte, da CF/88, abarca qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva, compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade

⁹³ “[...] é preciso reconhecer a existência de uma pluralidade de segredos profissionais, com densidades e conteúdos distintos, algumas vezes protegidos diferentemente pela lei, mas que obedecem a uma mesma razão de ser e que não se limitam a consagrar interesses privados, mas também correspondem a interesses sociais e públicos. O interesse privado tanto é do cliente como o do profissional, ambos necessitando e merecendo a proteção legal, por motivos diversos. Assim, o cliente não quer divulgar determinados fatos que, hoje, já são reconhecidos como constituindo um reflexo e uma projeção de sua personalidade. O profissional, por sua vez, considera a discrição como elemento do seu fundo de comércio e, por outro lado, os nomes dos seus clientes constituem, em determinados casos, um verdadeiro segredo comercial e integram o seu fundo de comércio. Quanto ao interesse social, consiste em assegurar o bom funcionamento das instituições e o desenvolvimento econômico do país.” (grifos nossos) Cf. WALD, Arnaldo. O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do sistema financeiro e na lei complementar nº 70. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. São Paulo, ano 1, nº 1, out.-dez. 1992, p. 198-199. Apud FREGADOLLI, Luciana. O direito à intimidade e a prova ilícita. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 135.

⁹⁴ HONG KONG. Report: civil liability for invasion of privacy. Hong Kong: The Law Reform Commission of Hong Kong, 9 dec. 2004, p. 6, tradução nossa.

⁹⁵ SZANIAWSKI, Elimar. Op. cit., p. 136-137.

⁹⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. Comissão parlamentar de inquérito: técnica e prática. São Paulo, 2001, p. 118.

(art. 150, § 4º, do CPB), inclusive suas dependências (art. 150, *caput*, *in fine*, do CPB), ou seja, “os locais que se incorporam funcionalmente à casa, embora não a integrem materialmente (*v.g.* jardins, quintais, garagens, pátios, celeiros, adegas etc.)”⁹⁷. A acepção larga de domicílio inclui aposentos de hotéis e motéis, bem como o domicílio da meretriz, quando “fechado ao público”⁹⁸. O art. 298, *caput*, do Código Penal boliviano de 1973, inclui entre as hipóteses de violação de domicílio, a entrada arbitrária em recinto habitado por outrem.⁹⁹

Complementa Tórres: “[...] o domicílio no sentido da Constituição, não é só o lugar onde se realizam outras atividades cotidianas habituais, senão também o âmbito fechado erigido por uma pessoa com objetivo de desenvolver nele alguma atividade... o estabelecimento de um âmbito de intimidade constitucionalmente protegido não está vinculado à habitação em si mesma, senão ao livre desenvolvimento da personalidade e, conseqüentemente, não necessita estar identificado com a morada habitual.”¹⁰⁰

Sintetiza Alves: “[...] o que pode ser considerado casa, no sentido constitucional? A expressão, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, tem caráter amplo, abrangendo: a) qualquer compartimento habitado; b) qualquer aposento ocupado de uma habitação coletiva; c) qualquer compartimento privado onde se exerça profissão ou atividade. Esse mesmo entendimento foi adotado pelo legislador infraconstitucional, consoante se verifica do § 4º, do artigo 150 do Código Penal.”¹⁰¹

Violado o domicílio, estará caracterizado o *atentado à liberdade pessoal*, no sentido de que todo o *indivíduo tem de atuar livremente dentro do espaço físico que lhe é reservado para a realização de sua vida privada*, onde não deverá ser perturbado por terceiros, cuja presença ali não tenha sido autorizada pelo morador.¹⁰² (grifos nossos)

Com este alcance, a *inviolabilidade do domicílio está relacionada com o direito à intimidade pessoal (esfera privada espacial)*, previsto no art. 26º, *considerando-se o domicílio como projecção espacial da pessoa*. É ainda um direito à liberdade da pessoa, e assim é que a Constituição considera a “vontade”, o “consentimento” da pessoa (nº 2 e 3) como condição *sine qua non* da possibilidade de entrada no domicílio dos cidadãos fora dos casos de mandato judicial.¹⁰³ (grifos nossos)

⁹⁷ PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 351-311.

⁹⁸ GUASTINI, Vicente Celso da Rocha. Dos crimes contra a inviolabilidade do domicílio. In: SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (Org.). Op. cit., p. 2.382-2.383.

⁹⁹ ARTICULO 298. (ALLANAMIENTO DEL DOMICILIO O SUS DEPENDENCIAS): El que arbitrariamente entrare en domicilio ajeno o sus dependencias, o en un recinto habitado por otro, o en un lugar de trabajo, o permaneciere de igual manera en ellos, incurrirá en la pena de privación de libertad de tres meses a dos años y multa de treinta a cien días. Cf. BOLÍVIA. Código penal. Disponível em: <<http://www.jus.gov.ar/minjus/ssjyal/biblio/CPBolivia.html>>. Acesso em: 13 jan. 2005.

¹⁰⁰ TÓRRES, Ana Maria Campos. A busca e apreensão e o devido processo legal. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 147.

¹⁰¹ ALVES, José Wanderley Bezerra. Op. cit., p. 388-389. Nesse sentido: GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Comissões parlamentares de inquérito: poderes de investigação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 89.

¹⁰² SZANIAWSKI, Elimar. Op. cit., p. 137.

¹⁰³ Voto-condutor do Juiz Desembargador Carvalho Martins perante a Seção Cível do Tribunal da Relação de Guimarães. PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães. Acórdão nº 415/04-1. Relator: Juiz Desembargador Carvalho Martins. Guimarães, 31 de março de 2003. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrg.ns?OpenDatabase>>. Acesso em: 10 jan. 2005.

Exemplo de infringência simultânea à inviolabilidade do domicílio e da intimidade reside na causa pertinente à Ação Penal nº 307, do Supremo Tribunal Federal, de 13 de dezembro de 1994 (Pleno, Ministro-Relator, Ilmar Galvão)¹⁰⁴, que considerou ilícito o ato de diligência fiscal de apreensão de microcomputador em domicílio (escritório) de sociedade anônima, pois a medida em tela restou desprovida de prévia autorização judicial ou do consentimento do morador (ou figura equivalente), aptas a suprirem a ausência da chancela judicial¹⁰⁵. Na ocasião, o Ministro-Relator, Ilmar Galvão, grifou que o campo de incidência da proteção constitucional ao domicílio inclui “até mesmo o local onde se exerce a profissão ou a atividade, desde que constitua um ambiente fechado ou de acesso restrito ao público” (fls. 2186/STF).

3.2.5 Sigilo do conteúdo de comunicações

Demais disso, no cinturão em que se encastoa a vida íntima, repousa o *sigilo do teor de comunicações particulares de toda a sorte* (do colóquio ao pé do ouvido à transmissão telemática, passando pela epistolar, telegráfica, radioelétrica, telefônica e informática¹⁰⁶), cujo descerramento deixa entrever em detalhes ou escancara a mentalidade da pessoa corpórea e de sua personalidade.

O sigilo de comunicações escuda “toda comunicação interpessoal realizada por meio capaz de transmitir o pensamento (*v.g.* carta, telegrama, cartão-postal, bilhete, convite, radiograma etc.)”¹⁰⁷ e, alerta o Código Penal espanhol de 1995 (art. 197.1)¹⁰⁸, serve de obstáculo a quem deseja (1) se apoderar de papéis, cartas, mensagens de correio eletrônico¹⁰⁹ ou quaisquer outros documentos ou bens pessoais, (2) interceptar comunicações ou (3) utilizar artifícios técnicos de escuta, transmissão, gravação ou reprodução do som ou da imagem ou de qualquer outro sinal de comunicação.

Consoante pontifica o *Bundesgerichtshof* — BGH (o Supremo Tribunal Federal alemão), segundo se consignou no repositório jurisprudencial *BGHZ* 73, 120, de 19 de dezembro de 1978 (com trecho abaixo compilado), o sigilo do conteúdo de comunicações compreende o teor de todas as comunicações privadas, mesmo aquelas relacionadas à esfera pública, a exemplo de troca de idéias

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação Penal nº 307/DF Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 13 de dezembro de 1994. Brasília, DF. Diário da Justiça da União, 13 out. 1995, p. 34.247. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2006.

¹⁰⁵ Consignou o voto-condutor do Ministro Ilmar Galvão (fls. 2187/STF, parágrafo segundo): “Se a entrada dos agentes fiscais no escritório da empresa VERAX não foi consentida pelo morador ou quem a esse fosse equiparável, nem precedida de autorização judicial, ainda que tenham sido cumpridos os demais procedimentos legais, o que se pode concluir é que toda a diligência, noticiada pela imprensa como verdadeira invasão, foi maculada por um vício de origem.” Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação Penal nº 307/DF Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 13 de dezembro de 1994. Brasília, DF. Diário da Justiça da União, 13 out. 1995, p. 34.247. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2006.

¹⁰⁶ Assim se diferenciam as comunicações telemáticas das informáticas: “As comunicações por sistema de informática são aquelas realizadas através do uso de equipamentos e procedimentos da área de processamento de dados; as realizadas por sistema de telemática decorrem da utilização conjugada de computador e meios de telecomunicações (via telefone).” Cf. ALVES, José Wanderley Bezerra. Op. cit., p. 429-430.

¹⁰⁷ PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 324.

¹⁰⁸ ESPANHA. Código Penal Español. Disponível em: <http://www.ruidos.org/Normas/Codigo_Penal.htm>. Acesso em: 13 jan. 2004.

¹⁰⁹ Conforme o art. 2º, 1.ª, alínea “h”, da Diretiva 2002/58/CE, o Parlamento e o Conselho da União Européia consideram correio eletrônico qualquer mensagem textual, vocal, sonora ou gráfica enviada por meio de um rede pública de comunicações que pode ser armazenada na rede ou no equipamento terminal do destinatário até este a recolher. Cf. UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 2002/58/CE de 12 de julho de 2002. Relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/law_en.htm#directive>. Acesso em: 14 jan. 2005.

sobre questões políticas e sociais por agentes políticos alvos de interceptação telefônica em sentido estrito (“captação de conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores”¹¹⁰).

Todos, até um político exposto à arena política e em busca de publicidade, possuem, em princípio, pleito protegido pelos arts. 1º e 2º, da Lei Fundamental, no tocante à salvaguarda de sua esfera privada, em relação à qual os demais têm acesso apenas ao que ele [o político] deixa divisar. *Em sua esfera privada ele [o político] deve estar a salvo do controle e da censura do público, senão a base em que sua personalidade pode vir à tona e se desenvolver estaria prejudicada.* Todos os eventos e expressões da vida da sua esfera pessoal estão, em princípio, protegidos pelo direito personalíssimo de assim se auto-determinar. *Isso é sobretudo verdadeiro quanto à conversação privada, a exemplo da chamada telefônica entre os Requerentes, a qual não perdeu seu caráter privado a despeito do aspecto político da conversação.*¹¹¹ (grifos nossos)

3.2.5.1 Sigilo do conteúdo de comunicações telefônicas

A Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 (Lei da Interceptação Telefônica), autoriza a interceptação de comunicações telefônicas de qualquer natureza – inclusive interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática (art. 1º, parágrafo único) –, almejando facilitar a colheita de provas lícitas, em sede de investigação criminal e instrução processual penal, mediante autorização expressa do órgão judiciário competente da ação principal, sob sigredo de justiça (art. 1º, *caput*).

Vedada a interceptação telefônica quando (1) ausentes indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal (art. 2º, inc. I); (2) não se tratar de medida indispensável, porquanto a prova pode ser feita por outros meios, menos intrusivos da vida privada (art. 2º, inc. II); (3) o fato objeto da interceptação telefônica constitui infração penal punida, no máximo, com pena de detenção (art. 2º, inc. III).

Exige-se descrição clara da situação objeto da interceptação telefônica, indicando-se e se qualificando, inclusive, os indivíduos investigados, salvo impossibilidade manifesta e devidamente justificada (art. 2º, parágrafo único).

A interceptação telefônica será determinada pela autoridade judicial, (1) de ofício ou (2) via requerimento (art. 3º, *caput*), proferido, neste caso, dos seguintes órgãos: autoridade policial, na investigação criminal (art. 3º, inc. I), ou do Ministério Público, na investigação criminal ou na instrução probatória processual penal (art. 3º, inc. II).

¹¹⁰ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 36.

¹¹¹ “Everyone, even a politician appearing in the public arena and seeking publicity, has in principle a claim protected by Arts 1 and 2 of the Basic Law to the safeguarding of his private sphere, to which others only have access insofar as he allows them to see it. In this private sphere he must be safe from control and censorship by the public, otherwise the basis on which his personality can be realised and develop would be endangered. All the events and expressions of life of this personal sphere are in principle protected by the right of the personality to self-determination in this way. This is above all true of a private conversation like the telephone call between the claimants, which did not lose its private character through the political aspect of the conversation.[...] Also the fact that politicians are discussing political and social questions in their private sphere does not of itself give the public access to this area; otherwise there would be no protected private sphere for politician and this should be undeniable for them also [...]”. (grifos nossos) Cf. Tradução em inglês do Prof. Raymond Youngs, disponibilizada pelo site do *Institute of Global Law (University College London)*. Cf. ALEMANHA. Bundesgerichtshof. BGHZ 73, 120. Karlsruhe, 19. Dezember 1978. Disponível em: <http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law>. Acesso em: 10 jan. 2005, tradução livre nossa da supracitada tradução anglófona.

No pedido da autoridade policial ou ministerial, impende se demonstrarem a necessidade da interceptação telefônica e os meios a serem empregados (art. 4º, *caput*). Excepcionalmente, admite-se pedido verbal, condicionado à posterior redução a termo (art. 4º, § 1º).

De acordo com interpretação conferida ao art. 5º, *caput*, da Lei nº 9.296/96, pelo Supremo Tribunal Federal (*Habeas Corpus* nº 83515/RS, de 16 de setembro de 2004, Ministro-Relator Nelson Jobim), são possíveis sucessivas prorrogações judiciais do prazo legal de 15 (quinze) dias de interceptação telefônica, quando, mostrando-se complexo o fato apurado, afigura-se “investigação diferenciada e contínua”¹¹².

Compreende a jurisprudência pátria que a interceptação telefônica, por depender de expressa regulamentação por Diploma Legislativo, até o advento da Lei nº 9.296/96, não possuía amparo legal, ainda que explicitamente autorizada por autoridade judicial (STF, Segundo *Habeas Corpus* nº 69912/RS). A ilicitude da interceptação telefônica (mesmo judicialmente chancelada) alcançava as provas diretas e indiretas (STF, *Habeas Corpus* nº 73351/SP). Não se anula condenação penal se as provas oriundas de interceptação telefônica ilícita tão-somente complementaram o conjunto probatório (STF, *Habeas Corpus* nº 74599/SP), sem papel decisivo na fundamentação fática do decreto condenatório (STJ, *Habeas Corpus* nº 23432/SP). Lícita a prova correspondente à gravação efetuada por um dos interlocutores (no STF, *Habeas Corpus* nº 75261/MG; no STJ, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 10534/RJ, *Habeas Corpus* nº 14336/RJ, Recurso Especial nº 214089/SP).

3.3 O Círculo do segredo

Na raiz do íntimo se aloja o *círculo do segredo*, melhor reduto para a pessoa natural estar só, livre para expandir a vertente espiritual de sua existência, onde se projeta a alma humana em sua essência, a personalidade deve evolver plenamente e se plantea a imagem mais autêntica de alguém, adstrita a pensamentos (totalmente ocultos ou presentes apenas em diários e quejandos) ou unicamente desvelada (1) à seleta porção de parentes e amigos íntimos mais próximos e/ou (2) a profissionais cientes, em função da atividade exercitada, de detalhes secretos de clientes ou congêneres.

4. CONCLUSÃO

1. Na *teoria dos círculos concêntricos da vida privada* inspirada em Henkel, o *círculo da vida privada em sentido amplo* contempla três círculos concêntricos: o círculo da *vida privada* em sentido estrito, o círculo da *intimidade* e o círculo do *segredo*. São camadas dentro de camadas. O círculo do segredo se insere no círculo da intimidade, que, por sua vez, encarta-se no círculo da vida privada em sentido estrito;

2. No *círculo da vida privada em sentido estrito* repousa a crosta da esfera privada, a extremidade da vida particular mais perceptível ao observador externo e menos reveladora da personalidade de cada um. Essa primeira circunvolução serve de palco a relações interpessoais superficiais, exemplificadas pelas amizades que se adstringem ao coleguismo. No círculo da vida privada em

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Habeas Corpus* nº 83515/RS. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, 16 de setembro de 2004. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 4 mar. 2005, p. 11. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 22 jun. 2006.

sentido estrito perfilam o sigilo patrimonial (onde se alojam os sigilos fiscal, financeiro e empresarial) e de dados e registros de comunicações (a exemplo do sigilo de dados e registros telefônicos ou simplesmente sigilo telefônico). No círculo da vida privada em sentido estrito prevalecem a dimensão material da vida privada e/ou aspectos perfunctórios dos relacionamentos humanos;

3. No círculo intermediário – o *círculo da intimidade* – sobejam as idiossincrasias do ser humano e floresce a dimensão espiritual da existência humana, desdobrada nas informações confidenciais compartilhadas com familiares e amigos próximos (*sigilo familiar*) e com profissionais que têm contato com a intimidade de outrem por força da atividade exercida (*sigilo profissional*), muitas vezes desveladas no espaço domiciliar, endereço residencial ou profissional, permanente ou provisório (*sigilo doméstico*) e, neste caso, relacionadas à *inviolabilidade do domicílio* (inc. XI, do art. 5º, da CF/88). No círculo íntimo também se agasalha o *sigilo do conteúdo de comunicações privadas* (incluindo-se a telemática, epistolar, telegráfica, radioelétrica, telefônica e informática), mesmo se aludirem a questões públicas;

4. A raiz da intimidade alberga o círculo nuclear, o *círculo do segredo*, em volta do qual orbitam os demais e onde se projeta a imagem mais autêntica de alguém, (1) adstrita a diários e pensamentos ou (2) unicamente desvelada aos parentes e amigos íntimos mais chegados e/ou, ainda, a pessoas que tomam conhecimento de detalhes recônditos do indivíduo, em face do mister desempenhado.

5. ABSTRACT:

THE PROTECTION OF PRIVATE LIFE, INTIMACY AND SECRECY ON BRAZILIAN LAW AND COMPARATIVE LAW

This article analyzes the confidential information related to the right of privacy. It focuses on the Brazilian Law and the Comparative Law.

Key words: Right of privacy. Confidential information related to privacy. Brazilian Law and Comparative Law.

6. REFERÊNCIAS

- BARBEITAS, André Terrigno. *O sigilo bancário e a necessidade da ponderação de interesses*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001*. São Paulo: RT, 2003.
- BENASSE, Paulo Roberto. *A personalidade, os danos morais e sua liquidação de forma múltipla*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.
- D'OLIVO, Maurício. O direito à intimidade na Constituição Federal de 1988. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 4, nº 15, p. 184-203, abr.-jun. 1996.

- FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. *Direito à vida privada e à intimidade do portador do HIV: aspectos constitucionais*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- FERREIRA, Ivete Senise. A intimidade e o direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, nº 5, p. 96-106, jan.-mar. 1994.
- FOLMANN, Melisa. *Sigilo bancário e fiscal à luz da LC 105/2001 e Decreto 3.724/2001: doutrina, legislação e jurisprudência*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.
- FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova ilícita*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- _____. O direito à intimidade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 5, nº 19, p. 196-246, abr.-jun. 1997.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.
- GOMES, Luiz Flávio. A CPI e a quebra do sigilo telefônico. *Consulex: revista jurídica*, Brasília, DF, v. 1, nº 5, mai. 1997, p. 40.
- JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: RT, 2000.
- PENTEADO, Jaques de Camargo. O sigilo bancário e as provas ilícitas: breves notas. In: _____. *Justiça Penal — 4: críticas e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual*. São Paulo: RT, 1997. p. 71-106.
- PEREIRA, Frederico Valdez. Uma leitura constitucional da proteção ao sigilo bancário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 804, p. 115-131, out. 2002.
- PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Considerações sobre a tutela da intimidade e vida privada no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, nº 26, p. 59-79, abr.-jun. 1999.
- QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. *Sigilo bancário*. São Paulo: Dialética, 2002.
- ROQUE, Maria José Oliveira Lima. *Sigilo bancário & direito à intimidade*. Curitiba: Juruá, 2003.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993.



ICMS ECOLÓGICO: INSTRUMENTO ECONÔMICO PARA A GESTÃO AMBIENTAL

Mariana Oliveira Pinto¹

Resumo:

O artigo discorre sobre os critérios ambientais de repartição do ICMS Ecológico e revela porque ele pode ser considerado um importante instrumento de políticas ambientais no âmbito da administração pública municipal para a promoção do desenvolvimento sustentável. A pesquisa ainda traz, a partir das experiências positivas desse instrumento no Estado de Minas Gerais, algumas recomendações para seu aperfeiçoamento e para difusão em outros estados da federação brasileira. Palavras-chave: ICMS Ecológico. Tributação ambiental. Gestão ambiental. Políticas públicas. Desenvolvimento sustentável.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Políticas públicas, Direito e tributação – 3. O ICMS Ecológico como instrumento econômico de política ambiental – 4. Critérios ambientais na repartição do ICMS – 5. A experiência do ICMS Ecológico no Estado de Minas Gerais – 5.1. O saneamento ambiental em Minas Gerais – 5.2. As áreas protegidas mineiras – 5.3. A proteção ao patrimônio cultural mineiro – 6. Considerações finais – 7. *Abstract* – 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A degradação ambiental intensa do ar, água e solo, que vem ocorrendo globalmente e implicando a deterioração da própria qualidade de vida humana, leva ao questionamento da racionalidade econômica e tecnológica dominante e requer um novo modelo de desenvolvimento da sociedade, capaz de articular os processos econômicos, sociais, políticos e ambientais.

É nesse contexto que se fala sobre o Desenvolvimento Sustentável, concebido como aquele que, pautado em critérios de justiça social, procura conciliar as atividades econômicas com a proteção do meio ambiente, garantindo a equidade inter e intrageracional no acesso aos recursos naturais.

Para assegurar esse novo desenvolvimento, fazem-se necessários o planejamento e a ação estatal, mediante políticas públicas, as quais devem analisar os caminhos percorridos pela economia material e, a partir disso, planejar com intuito de reorientar a sociedade para um outro desenvolvimento, capaz de reconhecer o potencial da biodiversidade e percebê-lo como uma riqueza a ser protegida e não como um empecilho ao desenvolvimento.

Por isso, o Estado “[...] terá que reforçar sua atuação precisamente nas áreas em que o mercado não é eficaz como regulador espontâneo da economia numa perspectiva de médio e longo prazos, precisamente nas dimensões social e

¹ Advogada em Brasília-DF. Consultora Ambiental. Pós-graduada em Desenvolvimento Sustentável e Direito Ambiental (CDS/UnB). Mestranda em Políticas Públicas e Gestão Ambiental (CDS/UnB).



ambiental e nos segmentos estratégicos de limitada e lenta rentabilidade”². Oral, afinal a concretização das políticas públicas se dá mediante a normatização da atividade econômica e pela atividade empreendedora do Poder Público, que ganha realce no âmbito local.

Dentro desse prisma, cresce o debate sobre a atuação do poder público municipal, sobretudo, no tocante à importância dos Municípios elaborarem e implementarem suas Agendas 21 locais, com vistas à sustentabilidade desses espaços. Com isso, avultam questões relacionadas à descentralização econômica, social e política como uma possibilidade de mobilizar energias locais para o enfrentamento dos desafios ambientais.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma descentralização político-administrativa, conferindo responsabilidades e competências aos Estados e Municípios – agora dotados de autonomia – e redistribuindo papéis dantes concentrados nas mãos da União. Contudo, essa descentralização, principalmente aos Municípios, não foi acompanhada de repasse de recursos em proporções adequadas para o desempenho da gestão da coisa pública de modo efetivo, nem em critérios justos de repartição de receitas entre os entes públicos, como explica Celina Souza³:

[...] a lógica que rege a distribuição de competências entre os entes constitutivos da federação é paradoxal. Por um lado, os constituintes decidiram reduzir os recursos financeiros federais *vis-à-vis* aos outros dois níveis de governo, situação que foi parcialmente revertida ao longo dos últimos anos. Por outro lado, os constituintes aumentaram as competências legislativas e de jurisdição do governo federal, ao mesmo tempo em que aumentaram o leque das competências concorrentes.

Assim, é necessário aprimorar os sistemas tributário e financeiro existentes em nosso ordenamento, conferindo-lhe uma leitura capaz de reconhecer o papel do município como principal provedor de importantes políticas socioambientais e também de ver o meio ambiente ecologicamente equilibrado como próprio condicionante da viabilidade econômica do mercado.

Com isso articulam-se novos instrumentos ecológicos, os quais “permitem a internalização dos custos ambientais nos custos de produção e consumo, estimulam a redução de custos com controle ambiental e induzem mudanças tecnológicas compatíveis com a sustentabilidade”⁴.

Um exemplo desse tipo de instrumento é o ICMS Ecológico, existente em alguns Estados brasileiros e que oferece incentivos aos Municípios que estruturam um modelo de gestão ambiental local. Ele cada vez ganha mais simpatizantes por ser um indutor de políticas ambientais e sustentáveis.

Então, a partir de uma análise dos dez anos de experiência do Estado de Minas Gerais, o texto pretende mostrar como o ICMS Ecológico vem-se apresentando como um importante aliado nos processos de gestão ambiental dos Municípios, sem se esquecer dos riscos que rodeiam os caminhos para a efetiva aplicação desse instrumento.

² BUARQUE, Sérgio C. Construindo o desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: Garamond, 2004. p.23.

³ Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. Revista de Sociologia e Política. V.24. Curitiba, jun., 2005.

⁴ BRASIL. Agenda 21 Brasileira: bases para discussão.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS, DIREITO E TRIBUTAÇÃO

As políticas públicas consistem no conjunto de ações governamentais que visam coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, com vistas a alcançar objetivos que sejam de interesse coletivo e determinados politicamente. Ou como explica Derani⁵, “[...] são manifestações das relações de forças sociais refletidas nas instituições estatais e atuam sobre campos institucionais diversos, para produzir efeitos modificadores da vida social”.

Dessa forma, as políticas públicas, mediante ações dos agentes públicos, são capazes de influenciar no contexto econômico visando a resultados que os agentes econômicos não conseguem atuando livremente, em virtude das falhas de mercado, como na proteção do meio ambiente. Surgem então as políticas voltadas para a serra ambiental, isto é, políticas “[...] de decisão sobre a gestão dos recursos naturais, combinando ações e compromissos em que estão envolvidos a sociedade em geral e os poderes legalmente constituídos”⁶.

A gestão ambiental é então um conjunto de ações envolvendo o Poder Público, a sociedade e os agentes produtivos, com o fim de utilizar racionalmente os recursos naturais⁷. Essas ações se concretizam por meio de instrumentos de política.

Motta⁸ distingue, de um modo geral, dois tipos de instrumentos de política pública: os *Instrumentos de Comando e Controle* (CEC) e os *Instrumentos Econômicos* (IEs). Os primeiros são instrumentos coercitivos, que fixam parâmetros técnicos para as ações e atividades econômicas, por meio do estabelecimento de critérios de interdições, autorizações ou regulamentações, de modo a assegurar o escopo da política desejada. É o caso das licenças ambientais, dos zoneamentos e dos padrões de qualidade ambiental que, *v.g.* estipulando os limites máximos de concentrações de poluentes no meio ambiente, têm o objetivo de influenciar as atitudes do poluidor.

Contudo, a utilização dos *Instrumentos de Comando e Controle*, de forma isolada, não é capaz sozinha de surtir os efeitos desejados para uma política ambiental, já que ela apresenta muitas dificuldades: sua implementação é lenta e gradual, demorando, portanto, muito tempo para atingir seus objetivos; às vezes, é rejeitada por aqueles que deveriam submeter-se ao seu controle; não atinge os escopos propostos; pode favorecer alguns grupos de interesse; há probabilidade de gerar clima de confrontação entre regulador e regulado; e seu controle é ineficaz, sobretudo em virtude das dificuldades de monitoramento⁹.

Em face desse lado negativo, os Instrumentos de Comando e Controle não devem ser aplicados isoladamente, mas sim de forma complementar com outros. Eles precisam se articular com a dimensão das ações econômicas, isto é,

⁵ Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002.p.239.

⁶ MOTA, José Aroudo. O valor da natureza: economia e política dos recursos naturais. Rio de Janeiro: Garamond, 2001.p.68.

⁷ BURSZTYN, Maria Augusta Almeida. Gestão ambiental: instrumentos e práticas. Brasília, Ibama, 1994.

⁸ MOTTA, Ronaldo Serôa da. Instrumentos econômicos e política ambiental. In: MAY, Peter H. et al. Instrumentos econômicos para o desenvolvimento sustentável na Amazônia brasileira. Brasília: Ministério do meio Ambiente, 2005.

⁹ BURSZTYN. Op. cit. 1994.

¹⁰ CAVALCANTI, Raquel Negrão. Instrumentos econômicos e de comando e controle como mecanismos de política ambiental. In: BARBOSA, Sonia Regina da Cal Seixas (Org). A temática ambiental e a pluralidade do Ciclo de Seminários do NEPAM.

como os Instrumentos Econômicos para convergirem a atuação das formas de mercado para o uso mais racional dos recursos ambientais. Uma vez aplicados de forma combinada, esses mecanismos podem tornar-se mais eficazes¹⁰.

Os *Instrumentos Econômicos*, também conhecidos por Incentivos, “[...] atuam nos custos de produção e consumo dos agentes econômicos, que estão direta e indiretamente associados aos objetivos da política ambiental, e contemplam uma grande diversidade de ferramentas de política que requerem condições especiais de aplicação”¹¹. Alguns tipos desse instrumento são as tarifas sobre emissões de poluentes e sobre determinados produtos, os sistemas de depósito e reembolso (sistema de consignação), os subsídios e os impostos.

Pode-se dizer que os Instrumentos Econômicos têm basicamente três objetivos: a maximização do bem-estar social, o financiamento de uma atividade social e a indução de um comportamento social¹². Eles apresentam muitas vantagens em prol da proteção do meio ambiente, pois podem induzir os agentes econômicos a melhorarem o meio ambiente mediante incentivos econômicos. Ademais, têm o condão de estimular a inovação tecnológica e apresentam o potencial de gerar recursos financeiros e de direcionar impostos e taxas para as atividades mais degradadoras da natureza¹³.

Esses mecanismos econômicos, aliás, remontam ao artigo 4º, inciso VII, da Lei 6.938/81 (Lei da Política Nacional de Meio Ambiente) que prescreve como um dos objetivos dessa política a “imposição, ao poluidor e ao pagador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”.

A Declaração do Rio (1992), no Princípio 16, também observa a complementaridade dos instrumentos econômicos com os de comando e controle: “As autoridades nacionais devem se esforçar para promover a internalização dos custos ambientais e da utilização dos instrumentos econômicos, levando em consideração a abordagem de que o poluidor deve, em princípio, arcar com o ônus da poluição”.

A mesma idéia está contida na Agenda 21 global, que em seu Capítulo VIII, sugere que “os governos devem assimilar gradualmente o desenvolvimento da experiência com os instrumentos econômicos e os mecanismos de mercado [...]”.

A aplicação desses instrumentos é, na verdade, a própria aplicação do Direito, já que este é um sistema abrangendo princípios e legislações, que estabelece regras coercitivas, penalidades e imposições oficiais. Essas normas incorporam em seu bojo aspectos ideológicos, políticos, sociais e econômicos, que refletem na atuação do ente estatal no momento de elaboração das políticas públicas e na intervenção nas atividades econômicas. Por isso, Fábio Konder Comparato¹⁴ assevera que

A grande maioria das leis insere-se, hoje, no quadro de políticas governamentais e tem por função não mais a declaração de direitos e deveres em

¹¹ MOTTA, Ronaldo Serôa da. Instrumentos econômicos e política ambiental. In: MAY, Peter H. et al. Instrumentos econômicos para o desenvolvimento sustentável na Amazônia brasileira. Brasília: Ministério do meio Ambiente, 2005.p.21.

¹² MOTTA. Op. cit. p.23.

¹³ BURSZTYN, Maria Augusta Almeida. Gestão ambiental: instrumentos e práticas. Brasília, Ibama, 1994.

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Interesse Público. V.16, 2002.p.59.

situações jurídicas permanentes, mas a solução de questões de conjuntura (Massnahmegesetze), ou então, o direcionamento, por meio de incentivos ou desincentivos, das atividades privadas, sobretudo no âmbito empresarial (Lenkungs-gesetze), ou ainda a regulação de procedimentos no campo administrativo (Steuerungs-gesetze).

A estreita conexão entre o Direito e a implementação das políticas públicas reside no fato de que estas revelam os mecanismos necessários para buscar os valores inseridos nos princípios jurídicos, os quais trazem as finalidades a serem alcançadas pela sociedade¹⁵. São exemplos os princípios implicitamente previstos no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, que visam assegurar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como os princípios da prevenção, da precaução e da participação. Outros exemplos de princípios a serem alcançados estão previstos dentro do Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira, da Constituição Federal, que dispõe sobre a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, a qual visa assegurar existência digna e justiça social, por meio da observância de vários princípios, dentre os quais a função social da propriedade e a defesa do meio ambiente, inclusive mediante o tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental gerado pelas ações e atividades econômicas (Art. 170).

Assim, a existência de um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado implica a obediência ao princípio da defesa do meio ambiente nas atividades econômicas. Por isso afirma Derani¹⁶ que

O princípio da defesa do meio ambiente inscrito na ordem econômica constitucional toma uma forma específica de relacionamento social, a atividade econômica. Quando realizado, contribui para a obtenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. A reprodução de atividades privadas e a intervenção estatal no domínio econômico devem estar pautadas no preenchimento desse princípio.

Nesse contexto, o Poder Público não é somente proprietário dos bens ambientais. Ele também exerce uma função gestora dos bens ambientais, que não são dele, mas de toda a coletividade. E por isso deve prestar contas convincentemente de sua gestão, que deve ocorrer de modo eficiente e democrático¹⁷. E como tal, tem a tarefa de intervir no domínio estatal para administrar e controlar a utilização dos recursos naturais, de maneira a melhorar a qualidade do meio ambiente. Na consecução dessas finalidades, os Direitos Financeiro e Tributário exercem um relevante papel, já que para o desenvolvimento dessas atividades estatais, com vistas à realização do bem comum, é necessária a obtenção de recursos financeiros, como os tributos. Estes “[...] devem exercer uma finalidade eminentemente voltada ao bem comum, devendo ser otimizada sua utilização como instrumento de implementação das políticas de proteção do meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável”¹⁸.

¹⁵ SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e políticas públicas: o ICMS Ecológico. Revista de Direito Ambiental. V. 38. RT. abr.-jun., 2005.

¹⁶ DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica. In: FIGUEIREDO, Guilherme Purvin de (Org.). Temas de direito ambiental e urbanístico. São Paulo: Max Limonad, 1998. p.100.

¹⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993.p.106.

Os tributos podem ser classificados conforme sua finalidade: *fiscal*, *extrafiscal* ou *parafiscal*. Os tributos *fiscais* são aqueles com fins arrecadatórios de recursos financeiros. Explica Oliveira¹⁹ que “A fiscalidade é o comportamento do Poder Público com o único intuito de abastecimento dos cofres públicos. É o poder de instituição de tributos, desprovido de qualquer finalidade que não a arrecadatória”.

Os tributos *parafiscais* têm por fim custear as atividades paralelas às da Administração Direta. Consiste em o titular da competência tributária conferir a outro sujeito ativo, a disponibilidade dos recursos²⁰.

No que tange aos tributos *extrafiscais*, eles almejam a intervenção na economia mediante estímulos ou desestímulos de certos comportamentos. Dessa forma, tem por objetivo não apenas arrecadar tributos, mas identicamente conformar comportamentos ou desestimular comportamentos contrários a situações socialmente indesejáveis. Para evidenciar essas funções do tributo extrafiscal, é oportuno transcrever as lições de Hely Lopes Meirelles²¹:

A extrafiscalidade é a utilização do tributo como meio de fomento ou de desestímulo a atividades reputadas convenientes ou inconvenientes à comunidade. É ato de política fiscal, isto é, de ação de governo para o atingimento de fins sociais através da maior ou menor imposição tributária. [...] Com efeito, através da agravação do imposto podem-se afastar certas atividades ou modificar-se a atitude dos particulares reputadas contrárias ao interesse público, como pelo abrandamento da tributação pode-se incentivar a conduta individual conveniente à comunidade.

Com esse poder de induzir a comportamentos e, diante da necessidade de criar mecanismos de ordenação e de intervenção nas atividades econômicas em benefício do meio ambiente, a tributação extrafiscal apresentou-se como um relevante implementador de políticas ambientais. As palavras de Santana²², abaixo transcritas, reiteram essa importância:

A tributação ambiental extrafiscal cumpre um significativo papel na implementação das normas ambientais, já que o seu caráter não-sancionador permite aos produtores e consumidores a internalização econômica dos custos ambientais decorrentes da produção e consumo de bens e serviços potencialmente poluidores, bem como o direcionamento da produção e do consumo para os bens e serviços ecologicamente sustentáveis.

Assim, as normas tributárias, primordialmente as de função extrafiscal, dão origem a instrumentos econômicos de políticas públicas, cujas finalidades sociais podem ser mais bem exploradas, com a busca do bem-estar social e com a manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nesse sentido é que vem sendo adotado a partir da década de 1990 o ICMS Ecológico. Trata-se da introdução da dimensão ambiental dentro dos critérios de distribuição dos recursos estaduais arrecadados pela tributação, que incide sobre a circulação de mercadorias e serviços, como será analisado adiante.

¹⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes. Receitas públicas tributárias. Revista Tributária e de Finanças Públicas. V.58. RT. set.-out., 2004. p.215.

²⁰ OLIVEIRA. Ob. cit. (p.202-225).

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993.p.158.

²² SANTANA, Heron José de. Meio ambiente e reforma tributária: Justiça fiscal e extrafiscal dos tributos ambientais. Revista de Direito Ambiental. V. 33. RT. jan.-mar., 2004. p.30.

3. O ICMS ECOLÓGICO COMO INSTRUMENTO ECONÔMICO DE POLÍTICA AMBIENTAL

O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS) trata-se de um tributo estadual, previsto no artigo 155, inciso II da Constituição Federal de 1988. É considerado o imposto mais importante do âmbito estadual uma vez que é o maior imposto em termos de volume de arrecadação.

Conquanto seja um tributo estadual, a Carta Maior assegura no artigo 158, inciso IV e no parágrafo único, que 25% do ICMS arrecadado pelo Estado seja transferido aos Municípios, com base nos seguintes critérios:

1. três quartos (75%), no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços realizadas em seus territórios. Esse critério é a diferença entre as notas fiscais de venda do município e as suas notas fiscais de compra. Portanto, ele corrobora com o privilégio dos Municípios de maior produção econômica, pois eles são os que conseguem gerar maiores receitas tributárias.²³
2. até um quarto (25%), *de acordo com o que dispuser lei estadual.*

É com base nesse último ditame constitucional que os Estados têm autonomia²⁴ para estabelecer os critérios de distribuição da parcela do ICMS que cabe aos Municípios, isto é, cabe ao próprio Estado prever quanto (porcentagem) e quando (em que casos) os entes menores receberão uma cota desse tributo.

Ocorre que, tradicionalmente, os Estados prevêem no rateio dos 25% dos recursos os mesmos critérios adotados para a parcela correspondente aos 75%, os quais se baseavam em fatores demográficos e, às vezes, até em proporções iguais a todos os entes municipais. Isso acabava por privilegiar os Municípios mais desenvolvidos economicamente e, não raramente, mais degradados ecologicamente, já que possuíam maiores disponibilidades de serviços, intensa circulação de mercadorias e também alto número de indústrias instaladas. Com isso, podiam gerar maiores receitas.

Por outro lado, os Municípios que abrangiam em seu território espaços territoriais especialmente protegidos, como reservas legais e unidades de conservação, acabavam recebendo menor repasse econômico do seu Estado, pois, em geral, tinham uma economia pouco desenvolvida. O motivo disso, explica Nanni²⁵, é que “Essas áreas protegidas por Unidades de Conservação Ambiental (UCs) criadas por leis específicas, impedem que os municípios adotem modelos econômicos tradicionais e predatórios, como os que atraem as indústrias e o turismo de massa”.

Por essas razões, observam Scaff e Tupiassu²⁶ que os Municípios enquadrados nessa situação são duplamente penalizados: (i) pela limitação de uso econômico de parcela do seu território em virtude da afetação ambiental; (ii) pelos efeitos economicamente nefastos de tal limitação, que implica menor por-

²³ MEIRELLES. Op.cit., 1993.

²⁴ Segundo José Afonso da Silva (1995 b, p.590), “Autonomia significa capacidade ou poder de gerir os próprios negócios, dentro de um círculo prefixado por entidade superior”.

²⁵ NANNI, Sara. Recursos para a sustentabilidade. Ciência e Cultura. V.55, Nº 4, out. - dez., 2003. p.12.

²⁶ SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e políticas públicas: o ICMS Ecológico. Revista de Direito Ambiental. V. 38. RT. abr.-jun., 2005.

centagem de repasse orçamentário e que não os recompensa pelas externalidades positivas geradas à sociedade com a proteção de áreas naturais.

É nesse contexto que o Estado entra com seu papel de concretizador da política econômica-ambiental com o intuito de ajustar a produção e de cumprir o seu dever de gestor ambiental. Em outras palavras, de (re) organizar as atividades e corrigir as externalidades por elas geradas, aproximando as decisões particulares de investimento ao atendimento das finalidades socioambientais da sociedade e procurando alternativas justas para o financiamento público nos Municípios.

Assim, os Estados-federativos passaram a adotar uma nova política no federalismo fiscal: a de compatibilizar o sistema financeiro e tributário, com os ditames de defesa ambiental, compensando os Municípios que, apesar de não terem atividades econômicas amplamente desenvolvidas, detinham em seu domínio áreas naturais protegidas.

É nessa perspectiva que o ICMS ganhou o adjetivo “Ecológico”. Na verdade, o ICMS Ecológico²⁷ não se trata de um novo tributo, mas sim um novo conceito de redistribuição das receitas; um modo inovador de repasse dos recursos arrecadados pelo Estado, à cuja parte têm direito os Municípios. A propósito, como assevera Vargas²⁸, nem seria conveniente a criação de um novo tributo, pois é suficiente adaptar aqueles que já estão em vigor, tornando-os mais racionais e lucrativos para toda a sociedade. Para reforçar esse pensamento, vale a pena transcrever os ensinamentos de Zeola²⁹:

A enorme carga tributária que incide sobre o povo brasileiro impede que se cogite a criação de novos impostos, ou aumente a alíquota dos já existentes. Dessa forma, redistribuir o imposto existente de forma adequada, punindo quem danifica e incentivando quem protege a natureza, é uma das opções que tem se transformando em importante modelo.

O ICMS Ecológico também foi mencionado na Agenda 21 Brasileira, que o apresentou como uma das estratégias para a construção de um País sustentável. O ICMS Ecológico foi sugerido nessa conjuntura por se tratar de um incentivo econômico-tributário indutor de comportamentos ambientalmente sustentáveis, tanto por parte dos agentes públicos, como pela sociedade. Tendo isso em vista, a Agenda 21 mencionou a necessidade de se disseminar esse conceito para todas as unidades da federação.

Com esse instrumento econômico, pode-se dizer que é possível uma interferência direta dos Estados no desenvolvimento municipal uma vez que os critérios de distribuição das receitas arrecadadas influem fundamentalmente sobre as políticas públicas nele adotadas. Assim, se for bem planejado, tem o condão de constituir-se em um fator de indução econômica³⁰.

²⁷ Assim, pode-se dizer que a denominação ICMS Ecológico não é a mais adequada para identificar sua essência, haja vista que não há qualquer vinculação do fato gerador do ICMS com a proteção ambiental, nem da receita arrecada com a canalização em atividades ambientais.

²⁸ VARGAS, Jorge de Oliveira. O direito tributário a serviço do meio ambiente. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. V.25. RT. out.-dez., 1998. (p.62-75).

²⁹ ZEOLA, Senise Freire Chaca. ICMS: Instrumento de proteção e conservação do meio ambiente. Revista de Direito Ambiental. V.30. RT. abr.-jun., 2003. p.182.

³⁰ SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e políticas públicas: o ICMS Ecológico. Revista de Direito Ambiental. V. 38. RT. abr.-jun., 2005. (p.99-120).

4. CRITÉRIOS AMBIENTAIS NA REPARTIÇÃO DE RECURSOS DO ICMS

Devido à autonomia prevista constitucionalmente aos Estados da federação e considerando as especificidades de cada região, o modo operacional do ICMS Ecológico difere-se em cada Estado, conforme o estabelecido em suas legislações.

Castro³¹ diz que, de uma forma geral, os principais objetivos do ICMS Ecológico são oferecer melhoria do meio ambiente por meio de:

1. Compensação financeira aos entes municipais que sofrem restrições de uso e ocupação de parte de seus territórios por Unidades de Conservação (fundamentais para a preservação da biodiversidade) e terras indígenas (fundamentais para garantir a sobrevivência física e cultural dos povos indígenas).
2. Compensação financeira aos Municípios que invistam nos seus sistemas de água e esgoto tratados e coleta de lixo com destinação final adequados.
3. Estimular as Prefeituras a formularem e executarem políticas ambientais.
4. Redistribuir os recursos do ICMS (aos municípios) de forma mais justa e ambientalmente correta.

Esses objetivos se inserem no tripé que embasa o conceito de Desenvolvimento Sustentável: ecologicamente correto, economicamente viável e socialmente justo. Ademais, esse novo critério de distribuição permite que os Municípios ajam localmente visando ao bem-estar da sociedade como um todo. Por isso, acredita-se³², a partir de análise sobre as experiências com o ICMS Ecológico, que esse instrumento normativo “[...] têm demonstrado que se trata de uma medida positiva, principalmente em relação à conscientização sobre conservação ambiental. [...] A perspectiva de ampliar a receita advinda do ICMS Ecológico estimula os Municípios a investir na conservação”. Diz ainda que o ICMS é aplicado em “[...] ações voltadas na melhoria da qualidade de vida que promovam o equilíbrio ecológico e o Desenvolvimento Sustentável, que de forma direta ou indireta geram rendas e colaboram com o progresso dos Municípios”³³.

Assim, dentre os sub-critérios que já pautaram o rateio dos recursos, segundo essa ótica da sustentabilidade, nos diversos Estados, podem-se exemplificar os seguintes: (i) apoio às comunidades indígenas; (ii) abrigo de unidades de conservação; (iii) investimento em ações de saneamento básico; (iv) sistema de tratamento ou disposição final de resíduos sólidos urbanos; (v) manutenção de mananciais de abastecimento público de água; (vi) proteção do patrimônio histórico; (vii) organização de brigadas voluntárias de controle e queimadas e combate a incêndios; (viii) promoção da conservação e o manejo do solo; (ix) adoção e implantação da Agenda 21 local.

Isso não significa que a totalidade desses indicadores esteja presente em todos os Estados que já prevêem esse mecanismo, pois a escolha deles se dará segundo os aspectos ecológico-sociais do território estatal. Além disso, o *quantum* a ser rateado também é variável, a exemplo do Estado de São Paulo, cujo

³¹ CASTRO, Alexandre Barros. Tributação e ecologia: uma combinação possível. Revista Tributária e de Finanças Públicas. V.51. RT. jul.-ago., 2003.p.147.

³² ZEOLA, Senise Freire Chaca. ICMS: Instrumento de proteção e conservação do meio ambiente. Revista de Direito Ambiental. V.30. RT. abr.-jun., 2003. p.183.

³³ ZEOLA. Op.cit. p.195.

porcentual é de 0,5% e do Estado do Paraná, que destina 5% do valor total.

E foi nesse último Estado que surgiu o ICMS Ecológico, a partir de uma possibilidade aberta pela Constituição Estadual de 1989, que em seu art.132, parágrafo único, trouxe o seguinte texto:

Art. 132. A repartição das receitas tributárias do Estado obedece ao que, a respeito, determina a Constituição Federal.

Parágrafo Único. O Estado assegurará, na forma da lei, aos Municípios que tenham parte de seu território integrando unidades de conservação ambiental, ou que sejam diretamente influenciados por elas, ou àqueles com mananciais de abastecimento público, tratamento especial quanto ao crédito da receita referida no art. 158, parágrafo único, II, da Constituição Federal.

Visando a regulamentar esse dispositivo, em 1991 foi promulgada a Lei Complementar 59, que no critério na repartição de ICMS maneja 5% da porcentagem atribuída pelo valor adicionado³⁴ dos municípios para o critério ambiental. Inicialmente, esses critérios baseavam-se apenas em fatores quantitativos, o que não contribuía para uma efetiva proteção do meio ambiente. Todavia, foram posteriormente incorporados valores qualitativos³⁵.

Seguindo o exemplo do Paraná, o Estado de São Paulo adotou o ICMS Ecológico, mediante a promulgação da Lei Estadual 8.510, de 29 de dezembro de 1993. Em seguida, o Estado de Minas Gerais logo incorporou esse instrumento (1995). Essas experiências foram também replicadas em outros Estados³⁶: Rondônia³⁷ (1996), Mato Grosso do Sul³⁸ (2000), Amapá (1996), Rio Grande do Sul (1998), Mato Grosso³⁹ (2000), Pernambuco⁴⁰ (2001) e Tocantins⁴¹ (2002). E muitos outros Estados estudam a adoção do ICMS Ecológico.

Apesar de todas as virtudes desse instrumento é necessário estar atento a algumas questões. Primeiramente, cumpre lembrar que o ICMS é um “jogo de soma zero”, ou seja, quanto maior número de Municípios aderirem ao critério ecológico, menor será o retorno financeiro a eles, a menos que o valor arrecadado cresça na mesma proporção. Além disso, alguns Municípios podem ter seu porcentual diminuído com esses novos critérios. A título de exemplo, vale mencionar o ocorrido em Minas Gerais. Lá, “[...] aproximadamente 90% dos municípi-

³⁴ Além do valor adicionado, os outros critérios que pautavam o rateio de ICMS até 1991, no Estado do Paraná eram: valor produção agropecuária; número de habitantes no Município; cota fixa; número de propriedades rurais; e superfície territorial do Município (PARANÁ, 1990).

³⁵ “Os valores e critérios legalmente estabelecidos passam então a ser quantificado diante dos dados fáticos, proporcionando a definição de um ranking ecológico dos municípios. Deste modo, cada município receberá um montante proporcional ao compromisso ambiental por ele assumido, o qual será incrementado conforme a melhoria da qualidade de vida da população” (Scaff; Tupiassu, 2005, p.110).

³⁶ Essa adoção não significou, entretanto, a efetividade do instrumento em alguns Estados. No Rio Grande do Sul, por exemplo, a Lei Estadual 9.860, de 20 de abril de 1993, introduziu esse parâmetro. Entretanto, em virtude de problemas de ordem legal, essa lei não entrou em vigor.

³⁷ No Estado de Rondônia, o critério ambiental foi introduzido pela Lei Complementar Estadual 147, de 15 de janeiro de 1996.

³⁸ O ICMS Ecológico foi inserido por meio da Lei Complementar 73/00. Mas só foi efetivamente implantado no ano de 2002. A Lei Complementar 77, que criou o ICMS-Ecológico, data de 7 de dezembro de 1994, mas só se tornou realidade em 2001, com a promulgação da Lei 2.193.

³⁹ No Estado do Mato Grosso, o ICMS Ecológico foi previsto através da Lei Complementar Estadual 73, de 7 de dezembro de 2000. Porém, só foi efetivamente implantado em 2002.

⁴⁰ Em Pernambuco, o critério ambiental veio com a Lei Estadual 11.899/00, com nova redação dada pela Lei 12.206/02. Mas somente em 2004 foi instituído de forma efetiva.

⁴¹ No Tocantins, o ICMS foi implantado com a Lei Estadual 1.323/02.

os tiveram perdas no montante de recursos recebidos em função do de conjunto de critérios da *Lei Robin Hood*, mas os 200 mais pobres do Estado tiveram um aumento no ICMS *per capita* de 56%⁴². Esse instrumento revela, então, um parâmetro mais justo de distribuição de renda.

Outro ponto a ser ponderado é incentivar a participação da sociedade tanto no momento de aprovação da Lei de ICMS Ecológico, como de sua implementação, afinal são elas que, conforme o caso, serão as beneficiárias diretas ou indiretas da medida ou ainda que arcarão com os custos⁴³. Para isso, o Poder Público deve de fato obedecer aos princípios da informação e da publicidade, disponibilizando dados sobre os repasses de valores a serem creditados às municipalidades, com demonstrações dos respectivos critérios adotados.

5. A EXPERIÊNCIA DO ICMS ECOLÓGICO NO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso específico de Minas Gerais, esse Estado já comemora seus dez anos de implantação do ICMS Ecológico, adotado com a Lei 12.040, de 28 de dezembro de 1995 – conhecida como *Lei Robin Hood* – a qual foi revogada pela Lei 13.803/00, que passou a disciplinar a matéria. Até então, a distribuição do ICMS ocorria consoante dois critérios econômicos básicos: valor adicionado fiscal – VAF (94%) e produção minerária (5,6%), conforme mostra o Gráfico 1.

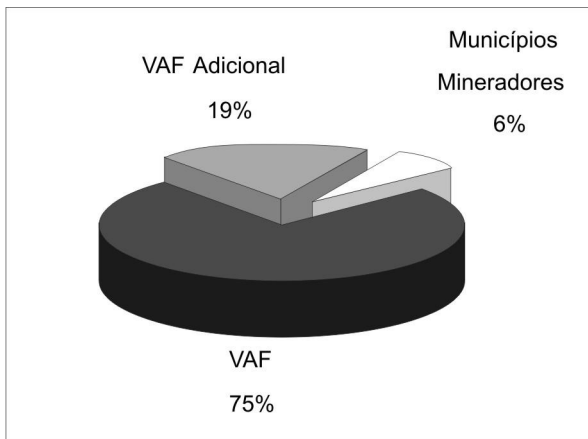
Em 1996, dos então 756 Municípios mineiros existentes, apenas dez, ou seja, só 1,3% do número total, recebiam 50% da renda segundo o critério do VAF. Por outro lado, 10% dos recursos eram destinados a 605 (80%) dos Municípios mineiros, pelo mesmo critério (Gráfico 2). Esses dados revelavam que os poucos Municípios que mais geravam circulação de mercadorias e tinham maiores atividades economicamente produtivas recebiam metade dos repasses financeiros.

Com o advento da *Lei Robin Hood*, o rateio devido aos Municípios não apenas previu uma cota mínima (que seria em torno de 5%), como também incorporou indicadores socioambientais: população, geográfico, saúde, educação, produção de alimentos (área cultivada), patrimônio cultural e meio ambiente. As parcelas estabelecidas para cada um desses novos critérios diferenciavam-se entre si, compondo o total de aproximadamente 20% do valor total, como detalha a Tabela 1.

⁴² GERBER JOÃO, Cristina. ICMS-ECOLÓGICO. Um instrumento econômico de apoio à sustentabilidade. Tese de Doutorado do Curso de Pós-Graduação em Engenharia de Produção da Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2004. p.117.

⁴³ GERBER. Op. cit. 2004.

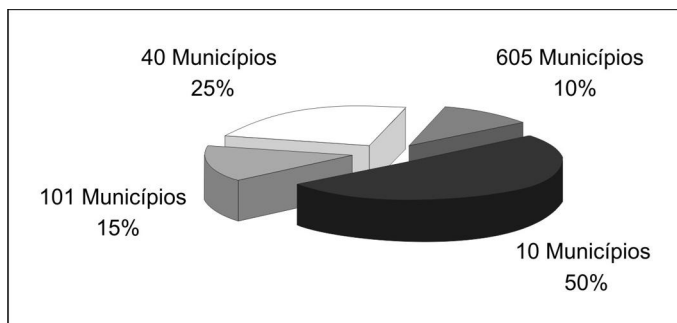
Gráfico 1 - Distribuição do ICMS destinado aos municípios até 1995



- * 94 % do ICMS distribuído aos 723 municípios proporcionalmente ao VAF
- * 6 % do ICMS distribuído aos 310 municípios mineradores
- * Valor Adicionado Fiscal (VAF): diferença entre os valores das notas de compra e venda realizadas no município

Fonte: MINAS GERAIS, adaptado (2005) ⁴⁴

Gráfico 2- Distribuição do VAF em Minas Gerais (1996 - 756 municípios)



Fonte: MINAS GERAIS, adaptado (2005) ⁴⁵

No que tange ao sub-critério meio ambiente, a lei previu o repasse de 1% para os municípios que atendessem os seguintes parâmetros: *saneamento ambiental* (Art. 1º, inc.VII, alínea a) e *unidades de conservação e outras áreas protegias* (Art.1ª, inc. VII, alínea b).

A Lei 12.040/95 trouxe também o componente *proteção ao patrimônio cultural*. E o incluiu como um sub-critério à parte e não como inserido no meio ambiente, prevendo também para ele o percentual de 1% (Art. 1º, inc. VII). Con-

⁴⁴ http://www.feam.br/Licenciamento_Ambiental/ICMS_Ecologico/slide4.htm. Acesso em: 16 nov., 2005.

⁴⁵ http://www.feam.br/Licenciamento_Ambiental/ICMS_Ecologico/slide3.htm. Acesso em: 16 nov., 2005.

tudo, entendemos que o patrimônio cultural nada mais é que um tipo de meio ambiente, só que alterado ou construído pelo homem. Esse é também o entendimento de José Afonso da Silva⁴⁶, que diz que o conceito de meio ambiente deve ser “[...] globalizante, abrangente de toda a Natureza original e artificial, bem como os elementos culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico”.

Dessa forma, adotamos neste estudo o parâmetro *proteção ao patrimônio cultural* como elemento ambiental. Por isso, dizemos que o Estado de Minas Gerais adota os três sub-critérios relativos à proteção do meio ambiente: saneamento ambiental, áreas protegidas e patrimônio cultural.

Tabela 1 - Distribuição do ICMS destinado aos Municípios mineiros após 1997 (em %)

Critérios	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	A partir de 2005
VAF Adicional + VAF	83,45	79,48	79,55	79,61	79,63	79,64	79,65	79,66	79,68
Área Geográfica	0,66	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00
População	2,04	2,71	2,71	2,71	2,71	2,71	2,71	2,71	2,71
População dos 50 mais populosos	1,33	2,00	2,00	2,00	2,00	2,00	2,00	2,00	2,00
Educação	1,33	2,00	2,00	2,00	2,00	2,00	2,00	2,00	2,00
Área Cultivada	0,66	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00
Patrimônio Cultural	0,66	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00
Meio Ambiente	0,66	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00
Saúde	1,33	2,00	2,00	2,00	2,00	2,00	2,00	2,00	2,00
Receita Própria	1,33	2,00	2,00	2,00	2,00	2,00	2,00	2,00	2,00
Cota Mínima	5,50	5,50	5,50	5,50	5,500	5,500	5,500	5,500	5,500
Municípios Mineradores	0,75	0,11	0,11	0,11	0,11	0,11	0,11	0,11	0,11
Outros	0,25	0,18	0,12	0,05	0,04	0,03	0,02	0,01	0
Total	100	100	100	100	100	100	100	100	100

Fonte 1: A autora, a partir de dados obtidos no Anexo I das Leis Estaduais 12.040/95 e 13.803/00.

5.1. O SANEAMENTO AMBIENTAL EM MINAS GERAIS

A deficiência da prestação de serviços de saneamento – abastecimento de água, esgotamento sanitário e disposição final de resíduo – é um grave problema socioambiental. Um estudo elaborado a partir de pesquisas de campo em 2002 do *Suplemento de Meio Ambiente sobre Informações Básicas Municipais (MUNIC)*⁴⁷, realizado em parceria com o Ministério do Meio Ambiente, revelou números alarmantes: cerca de 67% dos 45 milhões de domicílios brasileiros não dispõem de água canalizada; e, além disso, somente 52,2% dos Municípios têm serviço de esgoto sanitário. Isso significa que 80 milhões de brasileiros não têm acesso a redes de esgoto no país, o que ajuda a proliferar doenças endêmicas (como cólera, dengue, febre amarela e malária) ou epidêmicas.

A contaminação dos solos atinge 33% dos Municípios e em 13 das 22 cidades brasileiras com mais de 500 mil habitantes, os resíduos das atividades de saúde afetam um número maior de Municípios. A pesquisa identificou 1.159

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995 a. p.21.

⁴⁷ Dados disponíveis em: <www.ibge.gov.br>.

cidades com taxas de mortalidade infantil acima de quarenta óbitos por mil nascidos vivos. Desse conjunto, 93,7% está no Nordeste, 4,14% está na região Norte e 2,15% no Sudeste – todos estes em Minas Gerais.

Outro problema é a contaminação de solo que afeta 33% dos Municípios, como decorrência, sobretudo, do uso de fertilizantes e agrotóxicos (63%) e da destinação inadequada do esgoto doméstico (60%). Sua maior ocorrência localiza-se no Sul (50%) e no Sudeste (34%).

E no caso dos resíduos sólidos, muito embora 73% dos domicílios dispõem de serviços de coleta de lixo, a maioria deles opera de modo irregular e incompleta. Essa situação leva à degradação do meio ambiente, causando poluição das águas superficiais e subterrâneas, bem como do solo e do ar. Além disso, provoca danos à saúde humana, em virtude de gerar gases e contribuir para a proliferação de vetores, como moscas, baratas e ratos. Calcula-se que cerca de 65% do total de internações nos hospitais públicos está relacionado a doenças advindas da falta de saneamento⁴⁸.

Em Minas Gerais o panorama não é muito diferente. A maioria dos Municípios mineiros adota a disposição de lixo a céu aberto como forma de destinação final dos resíduos sólidos urbanos, provocando danos à saúde humana e levando à deterioração da qualidade ambiental urbana. Dessa forma, a adoção do saneamento ambiental como um dos critérios a serem observados na repartição do benefício foi uma política acertada para estimular os Municípios a solucionarem esse passivo ambiental.

O parâmetro ambiental previsto no Estado consistiu, então, na adoção de sistemas de tratamento ou disposição final de lixo urbano ou de sistema de tratamento de esgoto sanitário. No primeiro caso, é necessário que esse saneamento atenda pelo menos 70% da população e, no segundo caso, a 50% dela. E, em ambos os sistemas, necessita-se que o Município tenha obtido a devida licença do Conselho Estadual de Política Ambiental (COPAM).

O percentual a ser destinado aos Municípios, dentro da área de saneamento, é de no máximo 50% do total dos recursos a serem repassados sob o critério meio ambiente. Além disso, a Lei 13.803/00 prevê que o valor máximo a ser destinado anualmente ao Município não pode ultrapassar o montante do investimento realizado na implantação do sistema de saneamento ambiental.

A Deliberação Normativa COPAM 52/01 também trouxe uma regulamentação que corroborou para os entes municipais adotarem essa política. Ela convocou alguns Municípios que possuíam população urbana superior a 50 mil habitantes para o licenciamento ambiental de sistema adequado de destinação final de resíduos sólidos urbanos de origem domiciliar, comercial e pública (Art. 1º). A aludida deliberação traçou algumas metas e seus respectivos prazos para serem cumpridos ao longo dos próximos cinco anos⁴⁹.

5.2. AS ÁREAS PROTEGIDAS MINEIRAS

O Estado de Minas Gerais contempla três biomas: Mata Atlântica, Cerrado e Caatinga. Cada qual têm um papel fundamental na garantia do meio ambi-

⁴⁸ BRASIL. Agenda 21 Brasileira: bases para discussão.

⁴⁹ Contudo, esse prazo já foi prorrogado algumas vezes, pelas Deliberações Normativas Copam 56/02, 67/03 e posteriormente pela Deliberação Normativa Copam 75/04, em virtude das dificuldades financeiras e técnico-operacionais do poder público municipal atendê-los.

ente ecologicamente equilibrado, demandando sua proteção efetiva. Visando estimular essa prática, a legislação mineira⁵⁰ estabelece que a existência de áreas naturais protegidas nos Municípios, uma vez atendidos certos parâmetros, possibilita o repasse de recursos para esse ente.

Como espécie de espaços territoriais especialmente protegidos, para o fim desse benefício, a lei considera as categorias de unidades de conservação do grupo de proteção integral (Parques Públicos, Estações Ecológicas, Reservas Biológicas, Monumentos Naturais e Refúgio da Vida Silvestre) e de uso sustentável (Áreas de Proteção Ambiental, Florestas Públicas, Reserva de Fauna, Reserva de Desenvolvimento Sustentável, Reserva Particular do Patrimônio Natural, Reserva Extrativista e Área de Relevante Interesse Ecológico), previstas na Lei Federal 9.985/00 – Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC) – bem como as Áreas de Proteção Especial⁵¹, estaduais, relativas a mananciais, patrimônio paisagístico ou arqueológico, as Terras Indígenas e as Reservas Particulares de Recomposição Ambiental⁵².

Assim, os Municípios a serem beneficiados são tanto aqueles que possuem unidades de conservação pública (federal, estadual ou municipal) como também de domínio particular. Porém, não basta a mera existência de fato da área protegida no Município para se receber o benefício. Primeiramente, é necessário que ela conste do cadastro estadual de unidades de conservação da natureza e outras áreas protegidas, o qual será supervisionado pela Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SEMAD), com apoio técnico e operacional do Instituto Estadual de Florestas (IEF) no que concerne à sua organização, manutenção e atualização (Art. 2º da Resolução SEMAD 318/05). Além disso, esse sub-critério pauta-se de acordo com o porcentual da área do Município que é delimitada pela área protegida e também com o atendimento ao fator de conservação ambiental⁵³, relativo ao grau de restrição ao uso alternativo do solo.

Vale aqui se atentar para o aspecto qualitativo das unidades de conservação, pois se sabe que algumas são criadas “para inglês ver”, já que não regularizam sua situação fundiária, não implantam infra-estrutura, nem elaboram planos de manejo. Dessa maneira, a observância da qualidade é necessária para servir de suporte a incentivos de preservação. É essa também a opinião de Gerber João⁵⁴: “Critérios qualitativos devem ser inseridos na avaliação das unidades de conservação, para alcançar a escala sustentável que se pretende e para o desfavorecer o aparecimento de UCs insatisfatórias, que não cumprem seu papel de geradoras de matéria-energia com baixa entropia”.

⁵⁰ Lei Estadual 13.803/00 e Resolução SEMAD 318, de 15 de fevereiro de 2005.

⁵¹ As áreas de interesse especial são as destinadas à proteção dos mananciais ou do patrimônio paisagístico e arqueológico, definidas por decreto estadual. Estão previstas na Lei Estadual 6.766, de 19.12.79, nos artigos 13 e 14.

⁵² As Reservas Particulares de Recomposição Ambiental consistem uma espécie peculiar ao Estado de Minas Gerais, prevista na Lei Estadual 15.027/04. Trata-se de áreas de domínio privado, degradadas por atividades agrícola, pastoril ou silvicultural, e gravadas com perpetuidade e destinada à recuperação ambiental. São prioritariamente destinadas à formação das áreas de Reserva Legal de propriedades rurais, podendo alternativamente ser utilizada para pesquisa científica, produção de bens florestais lenhosos e não lenhosos, extrativismo, agrossilvicultura e outras atividades não degradadoras do meio ambiente.

⁵³ Esse fator de qualidade de conservação é variável de 0,1 (um décimo) a 1,0 (um), conforme parâmetros estabelecidos pela Deliberação Normativa do Conselho Estadual de Política Ambiental (COPAM) – Deliberação 86/05.

⁵⁴ GERBER JOÃO, Cristina. ICMS-ECOLÓGICO. Um instrumento econômico de apoio à sustentabilidade. Tese de Doutorado do Curso de Pós-Graduação em Engenharia de Produção da Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2004.p.121.

Diante desse desafio, a Deliberação Normativa 86/05 mudou o procedimento e os parâmetros, com a implantação do Fator de Qualidade, que terá variação expressa em décimos, de 0,1 a 1,00 (Tabela 2). Ele pauta-se nos seguintes parâmetros:

- área de cobertura vegetal nativa ou área recuperada com espécies nativas na unidade;
- percentual de área de Reserva Legal averbada na zona de amortecimento;
- área com situação fundiária resolvida (exceto áreas de domínio privado);
- limites da unidade demarcados;
- planejamento;
- articulação da zona de amortecimento com o zoneamento municipal;
- Conselho Deliberativo ou Consultivo;
- quadro de pessoal;
- infra-estrutura e equipamentos;
- recursos financeiros;
- parâmetros adicionais: captação de recursos externos ou receitas próprias para o desenvolvimento de programas, correspondente a pelo menos 25% do orçamento do ano desta avaliação e recursos provenientes do Município representando pelo menos 25% do orçamento executado na unidade no ano desta avaliação, em áreas que não sejam de administração municipal; e
- inscrição no Cadastro.

A previsão do ICMS Ecológico no Estado vem incentivando, então, a criação de áreas protegidas, pois a perspectiva de ampliação da receita oriunda desse instrumento, estimula o poder público municipal a investir na conservação ambiental de áreas públicas e a induzir o particular a instituir também esses espaços⁵⁵.

Segundo dados da Secretaria de Estado de Meio Ambiente, atualmente, dos atuais 853 Municípios constituídos, 170 são beneficiados com o ICMS Ecológico. Somente com o repasse do sub-critério áreas protegidas, no período compreendido entre janeiro a agosto de 2005, foram repassados para esses Municípios cerca de R\$ 7 milhões.

Tabela 2 – Fator de conservação para as espécies de áreas protegidas

Espécie de área protegida	Fator de Conservação
I – Unidades de proteção integral	
a) Estação Ecológica	1,0
b) Reserva Biológica	1,0
c) Monumento Natural	1,0
d) Refúgio da Vida Silvestre	1,0
e) Parque Nacional, Estadual e Parque Natural Municipal	0,9
II – Unidades de uso sustentável	
a) Reserva Particular do Patrimônio Natural	0,9
b) Reserva Extrativista	0,5
c) Reserva de Desenvolvimento Sustentável	0,7
d) Floresta Nacional, Estadual e Municipal	0,7
e) Reserva de Fauna	0,3
f) Área de Relevante Interesse Ecológico	0,3
g) Áreas de Proteção Ambiental I, com zoneamento ecológico-econômico:	
1) Zonas de Vida Silvestre	1,0
2) Demais Zonas	0,1
h) Áreas de Proteção Ambiental II, federais ou estaduais, sem zoneamento ecológico-econômico.	0,025
i) Reserva Particular de Recomposição Ambiental.	0,9
III - Áreas de Proteção Especial, estaduais, relativas a mananciais, patrimônio paisagístico ou arqueológico	0,1
IV - Áreas Indígenas	0,5

Fonte: Resolução Semad 318/05 e 329/05

5.3. A PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL MINEIRO

O patrimônio cultural compreende tanto os bens imateriais (produção cultural de um povo, expressões musicais, memória oral etc.) como os bens materiais (móveis – como pinturas e esculturas – e imóveis). A importância da sua tutela é abrir campo para “[...] refletir seu sentido humano, seu valor coletivo e a visão unitária do meio ambiente em todos os seus aspectos”⁵⁶.

Para um Município ser beneficiado com esse recurso, conforme previsto no Anexo III (Índice de Patrimônio Cultural – PPC) da Lei 13.803/00, os dados relativos aos tombamentos e às políticas municipais devem ser atestados pelo Conselho Curador do Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais (IEPHA-MG), mediante a comprovação pelo Município dos seguintes itens:

- que os tombamentos estão sendo realizados consoante a técnica e a metodologia adequadas;
- que possui política de preservação de patrimônio cultural, devidamente respaldada por lei;
- que tem efetiva atuação na preservação dos seus bens culturais.

Minas Gerais possui muitos núcleos históricos e conjuntos urbanos e

⁵⁵ FIUZA, Anete Pinto. ICMS Ecológico: um instrumento para a gestão ambiental, 2002. Disponível em: <www.mt.trfl.gov.br>. Acesso em: 19 nov., 2005.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995 a. p.23.

paisagísticos que são referências locais, regionais e nacionais. Podem-se citar as cidades de Ouro Preto, Mariana e Sabará, conhecidas pela exploração aurífera, que marcou um período de abundância e prosperidade na região.

Outras cidades também contam com seu patrimônio histórico e artístico. Juiz de Fora⁵⁷, por exemplo, está com um processo de tombamento estadual de alguns prédios históricos na Zona da Mata: o Museu Mariano Procópio (prédio, acervo e parque), o Museu Ferroviário de Juiz de Fora (prédio, acervo, anexo da Estação da Leopoldina e prédio da Estação Central do Brasil), a Usina de Marmelos Zero (prédio e acervo) e a antiga sede do Banco de Crédito Real (prédio e acervo), onde funciona o Museu do Crédito Real. Com isso, o Município aguarda o trâmite final burocrático para o receber o benefício.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ICMS Ecológico não se trata, portanto, de um novo imposto para a sociedade. Ele consiste em uma redefinição dos critérios de repartição de parcela das receitas arrecadadas pelo Estado e que agora são direcionadas àqueles municípios que adotem medidas de conservação e preservação do meio ambiente.

Esses novos critérios são os mais diversos e variam de Estado para Estado, segundo as diretrizes e peculiaridades regionais de cada um. Podem ser, por exemplo, medidas de criação e implantação de unidades de conservação, de delimitação de reservas indígenas ou de melhoramento do saneamento ambiental.

Nesses dez anos de experiência do ICMS Ecológico no Estado de Minas Gerais, com resultados positivos na área de saneamento ambiental, áreas naturais protegidas e tutela ao patrimônio cultural, percebe-se que esse é um instrumento relevante para a gestão ambiental. Ele possibilita a adoção de alternativas mais harmônicas com o meio ambiente no âmbito local, assegurando a qualidade de vida da comunidade e de seu patrimônio histórico, artístico e cultural.

Os Municípios mineiros também se sentem mais motivados a instalarem unidades de conservação, as quais passam agora a serem vistas como uma oportunidade de gerar renda (não só pelo repasse de parcela do ICMS, mas também pela oportunidade de exploração de atividades econômicas, conforme previsto no plano de manejo de cada espaço) e não como óbices ao desenvolvimento.

Ocorre que, devido à questão da “soma zero”, ao passar do tempo, essa política fica menos atrativa aos Municípios, que passarão a receber menor porcentagem, à medida que maior número de entes dela se beneficiar. Todavia, esse aspecto desfavorável pode ser contornado com a ampliação do montante destinado ao componente ambiental. E isso vem sendo discutido em Minas Gerais. O governo do Estado estuda a ampliação do percentual que é destinado ao sub-critério ambiental em 100%, ou seja, passar o índice de 1% para 2%.⁵⁸ Somando ao percentual que é destinado ao patrimônio cultural, esse índice ficaria então em 3%.

Cumpra ponderar que para o sucesso dessa política é fundamental que o Poder Público Municipal, além de possuir vontade política em promover o desenvolvimento sustentável no âmbito local, tenha capacidade administrativa e conte com quadro de pessoal técnico, capaz de formular e executar os projetos ambientais.

⁵⁷ Informações obtidas pela reportagem Juiz de Fora - IEPHA tomba prédios históricos, de 30.03.05. Disponível em: <<http://www.estradaareal.org.br/notic/index.asp?pagina=3&codigo=697>>. Acesso em: 19. nov., 2005.

⁵⁸ O governador mineiro da Gestão 2003-2006, no fim do primeiro semestre de 2005, assinou mensagem encaminhando projeto de lei à Assembléia Legislativa para atualização dos dispositivos da Lei do ICMS Ecológico do Estado (Lei 13.803/00). Informativo semanal da Associação Mineira de Silvicultura - nº 8 de 01 de julho de 2005. Disponível em: <www.silvimiras.com.br>. Acesso em: 22 nov., 2005.

Ademais, para garantir esse processo, necessita-se que essa política seja reforçada com a formação de parcerias e envolvimento com a sociedade civil – grupos comunitários locais, ONGs, empresas privadas e instituições científicas – para que ela acompanhe a gestão dos bens públicos, dissemine informações, colabore na identificação dos problemas locais e esteja disposta a seguir as normas de comando e controle. Com a participação social envolvida na negociação, elaboração, implantação e fiscalização das políticas ambientais, estas terão, a nosso ver, maiores chances de obter êxito.

Enfim, a partir da experiência mostrada, pode-se dizer que o ICMS Ecológico é uma importante política de incentivo ao instrumento de desenvolvimento sustentável, pois estimula o poder público municipal a implementar políticas ecologicamente equilibradas, socialmente justas e economicamente viáveis. É como um prêmio aos Municípios que investem na proteção do meio ambiente, quer seja natural ou construído. Ou, por outro prisma, pode ser visto como uma fonte de financiamento para os projetos ambientais.

Dessa forma, é recomendável que esse instrumento econômico seja difundido para os Estados onde ainda não estejam implantados. E naqueles em já esteja previsto, deve-se avaliá-lo periodicamente com vistas ao aprimoramento desse incentivo ambiental, sobretudo, no que diz respeito aos critérios qualitativos e ao fortalecimento da participação popular no processo de gestão ambiental.

7. ABSTRACT:

This paper discusses an environmental revenue-sharing scheme, known as the “ICMS Ecológico”, and explains because it can be considered an important environmental policy for the municipal governments in order to promotion the sustainable development. Also, after showing the positive experiences of this scheme in Minas Gerais, the research provides recommendations for its improvement and for spreading the theme in other states of Brazil.

Key words: “ICMS Ecológico”. Environmental tax. Environmental management. Public policies. Sustainable development.

8. REFERÊNCIAS

- BRASIL. Agenda 21 Brasileira: bases para discussão. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/se/agen21/index.cfm>>. Acesso em: 19 nov., 2005.
- BUARQUE, Sérgio C. Construindo o desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.
- BURSZTYN, Marcel (Org). Para pensar o desenvolvimento sustentável. Brasília: Editora Brasiliense, 1993.
- BURSZTYN, Maria Augusta Almeida. Gestão ambiental: instrumentos e práticas. Brasília, Ibama, 1994.
- CASTRO, Alexandre Barros. Tributação e ecologia: uma combinação possível. Revista Tributária e de Finanças Públicas. V.51. RT. jul.-ago., 2003. (p.147-149).
- CAVALCANTI, Raquel Negrão. Instrumentos econômicos e de comando e controle como mecanismos de política ambiental. In: BARBOSA, Sonia Regina da Cal Seixas (Org). A temática ambiental e a pluralidade do Ciclo de Seminários do NEPAM. (p. 19- 43).
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Interesse Público. V.16, 2002.(p.49-63).

DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica. In: FIGUEIREDO, Guilherme Purvin de (Org.). Temas de direito ambiental e urbanístico. São Paulo: Max Limonad, 1998. (p.91- 101).

_____. Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FIUZA, Anete Pinto. ICMS Ecológico: um instrumento para a gestão ambiental, 2002. Disponível em: <www.mt.trfl.gov.br>. Acesso em: 19 nov., 2005.

GERBER JOÃO, Cristina. ICMS-ECOLÓGICO. Um instrumento econômico de apoio à sustentabilidade. Tese de Doutorado do Curso de Pós-Graduação em Engenharia de Produção da Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993.

MOTA, José Aroudo. O valor da natureza: economia e política dos recursos naturais. Rio de Janeiro: Garamond, 2001.

MOTTA, Ronaldo Serôa da. Instrumentos econômicos e política ambiental. In: MAY, Peter H. *et al.* Instrumentos econômicos para o desenvolvimento sustentável na Amazônia brasileira. Brasília: Ministério do meio Ambiente, 2005.

NANNI, Sara. Recursos para a sustentabilidade. Ciência e Cultura. V.55, Nº 4, out. - dez., 2003. (p.12-13).

OLIVEIRA, Regis Fernandes. Receitas públicas tributárias. Revista Tributária e de Finanças Públicas. V.58. RT. set.- out., 2004. (p.202-225).

SANTANA, Heron José de. Meio ambiente e reforma tributária: Justiça fiscal e extrafiscal dos tributos ambientais. Revista de Direito Ambiental. V. 33. RT. jan.-mar., 2004. (p.09-32).

SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e políticas públicas: o ICMS Ecológico. Revista de Direito Ambiental. V. 38. RT. abr.-jun., 2005. (p.99-120).

SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 1995.

SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. Revista de Sociologia e Política. V.24. Curitiba, jun., 2005.

VARGAS, Jorge de Oliveira. O direito tributário a serviço do meio ambiente. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. V.25. RT. out.-dez., 1998. (p.62-75).

ZEOLA, Senise Freire Chaca. ICMS: Instrumento de proteção e conservação do meio ambiente. Revista de Direito Ambiental. V.30. RT. abr.-jun., 2003. (p.179-197).



AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS Nº 41/03 E Nº 19/98 E A FIXAÇÃO DE SUBTETO DOS SERVIDORES PÚBLICOS – HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Roberto de Abreu e Silva¹

RESUMO:

No quadro do processo de ponderação de valores, no particular confronto de emendas constitucionais com os direitos fundamentais inseridos no artigo 5º, XXXVI, elevados ao *status* de princípios de salvaguarda de direitos adquiridos e de irredutibilidade de vencimento, na dimensão axiológica da Constituição, triunfam estes sobre as disposições restritivas de direitos inseridas nas ECs nº/s 41/03 e 19/98 e diplomas legislativos decorrentes. Tais normas, editadas por força do Poder Constituinte Derivado, enfraquecidas no plano de valores da CRFB/88, restarão sempre vencidas na batalha no campo da Carta de Direitos e Liberdades públicas, quando colidirem com as normas de expressão valorativa maior do Poder Constituinte Originário (arts. 5º, XXXVI e 60, §4º, da CRFB/88).
Palavras-chave: Funcionalismo. Subteto remuneratório. Direito adquirido. Princípios constitucionais. Hierarquia hermenêutica.

SUMÁRIO:

1. Introdução: Hermenêutica constitucional – 2. A aplicação da lei, seus conflitos e a defesa dos prejudicados – 3. Âmbito legal da discussão – 4. A solução no plano formal e material – 5. Direitos fundamentais constitucionais – 6. Hierarquia dos princípios constitucionais – 7. Intangibilidade dos direitos adquiridos – 8. Princípios constitucionais predominantes – 9. Conclusão – 10 – *Résumé* – 11. Referências.

1. INTRODUÇÃO – HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

1. A questão da fixação de subtetos nos ganhos de qualquer natureza dos servidores públicos aposentados e ativos ostentando direitos adquiridos, consequência das inovações das Emendas Constitucionais nº/s 41/03 e 19/98, exige uma hermenêutica ponderada à luz da Constituição, doutrina, jurisprudência e consciência jurídica do exegeta, na ótica do princípio: *honeste vivere neminem laedere sum cuique tribuere*, dando a cada um o que é seu, no momento de se converter o direito em Justiça.

¹ Roberto de Abreu e Silva. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor e Doutor em Direito.



2. A APLICAÇÃO DA LEI, SEUS CONFLITOS E A DEFESA DOS PREJUDICADOS

2.1. Argumentam os aposentados e ativos que conquistaram direitos à jubilação, a despeito de não exercidos, que os diplomas legislativos provenientes da EC nº 41/03, nas esferas federal, estadual e municipal, ao estabelecerem subtetos, não podem afetá-los, porquanto suas situações se encontram resguardadas pelo instituto do direito adquirido, garantido como preceito individual fundamental e inviolável, nos artigos 5º, XXXVI, e 60, § 4º, da CRFB/88.

2.2. Para garantia de seus direitos, os servidores atingidos postulam, em regra, deferimento de liminar, na via mandamental, alicerçados no art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51, no desiderato de evitar as reduções de verbas de natureza alimentar e de difícil reparação por entidade pública, provenientes dos efeitos concretos de lei ou decreto a impactar o pilar da segurança jurídica da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB/88.

2.3. Por outro lado, respondem as autoridades impetradas sustentando a validade e eficácia da lei ou decreto, que estabeleceu o subteto, como corolário da EC nº 41/03, a partir de sua vigência.

3. ÂMBITO LEGAL DA DISCUSSÃO

A solução do conflito de interesses, nesta pesquisa, pressupõe respostas às questões de ordem formal e material. No sentido formal, pode o chefe do executivo fixar subteto por meio de decreto? Na ótica material, a EC nº 41/2003, como Poder Constituinte Derivado que é, pode excluir ou mitigar situações jurídicas que configuram direitos adquiridos de aposentados e ativos, estes conquistados, a despeito de não exercidos?

4. A SOLUÇÃO NO PLANO FORMAL E MATERIAL

4.1. Sucede o exame e definição da questão *formal* suscitada mediante os fundamentos seguintes:

4.1.1. A fixação do limite remuneratório pelo Chefe do Poder Executivo estadual ou municipal e *subteto* na implementação das normas da EC nº 41/03 carece de lei em sentido estrito, porquanto “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, da CRFB/88).

(i) Nesse sentido, proclamou a E. 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), MS nº 403/04, relatoria do Des. Murilo Andrade Carvalho, j. em 29.03.2005:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUBTETO. DECRETO N. 23.919 DO MUNICIPIO DO RIO DE JANEIRO. (...) Decreto de execução de duvidosa constitucionalidade pelo prisma formal, tendo em vista que inova na ordem jurídica, o que só é possível pela via da lei, consoante exsurge da cláusula pétrea constitucional contida no art. 5º, II da CF, prescrevendo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. (...) E.C. 41/03 que, nesta parte, é passível de exame de conformidade com a cláusula pétrea insculpida no inciso IV do p. 4º, do art. 60, do contrato social, onde se consagra a intangibilidade dos direitos e garantias individuais pela vontade do constituinte derivado, rubrica que se insere o direito adquirido (Concessão da

segurança).”

(ii) No mesmo diapasão, posicionou-se o E. Órgão Especial do (TJRJ) ao fulminar a pretensão do Estado, em estabelecer “subteto” remuneratório sob os reflexos de redutor constitucional pelo Decreto nº 25.168/99, na medida em que configura ato administrativo de efeito concreto - MS. nº 1516/2000, Unânime. Relator Des. Marlan Marinho, 20.08.01:

“(...) O subteto estabelecido pelo Dec. Estadual no. 25.168/99, é inaplicável à remuneração, proventos e pensões dos servidores públicos e pensionistas, que os vem recebendo, de acordo com lei anterior, porque, entre nós, o direito adquirido é constitucionalmente protegido. Esta é a posição do STF, firmada em sessão administrativa, ao argumento desenvolvido no sentido de que as normas dos artigos 37, XI e 39, p. 4, da Constituição Federal, com a nova redação, não são auto-aplicáveis, dependendo, antes, da edição de lei formal, de iniciativa dos Chefes dos três Poderes da Nação, destinada à fixação, no âmbito federal, do chamado teto remuneratório”.

(iii) No mesmo sentido, decidiu a E. Oitava Câmara Cível do TJRJ no Mandado de Segurança nº 2004.004.02559, relator Desembargador ANTONIO SALDANHA PALHEIRO:

“MANDADO DE SEGURANÇA. TETO CONSTITUCIONAL. SERVIDOR MUNICIPAL INATIVO. DECRETO MUNICIPAL 23919 DE 16/01/04. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE SUBTETO REMUNERATÓRIO, ENQUANTO NÃO EDITADA LEI FEDERAL PELOS TRÊS PODERES. O COMANDO DA E. C. 41 DE 19/12/03 NÃO INCIDE SOBRE DIREITO ADQUIRIDO, CONSISTENTE EM PROVENTOS PERCEBIDOS DE LONGO PRAZO, INTEGRADOS AO PATRIMÔNIO DOS IMPETRANTES. PRESERVAÇÃO DO DIREITO ADQUIRIDO EM FACE DE NORMA INSERIDA NO TEXTO CONSTITUCIONAL PELO PODER DERIVADO. LEGITIMIDADE PASSIVA, UMA VEZ QUE O DECRETO QUE FIXA O SUBTETO FOI EDITADO PELO PREFEITO MUNICIPAL E EXECUTADO PELO SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO. NORMA DE EFEITO CONCRETO, A CONFIGURAR ATO ADMINISTRATIVO TÍPICO. MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO JÁ CONSOLIDADA INCLUSIVE ATRAVÉS DE DECISÃO DO E. ÓRGÃO ESPECIAL. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.” (sublinhado do expositor)

4.2. No sentido *material*, merece relevo o posicionamento de vanguarda da Justiça Mineira, relativo aos temas: teto remuneratório, vantagens pessoais e irredutibilidade de vencimentos dos aposentados, na apelação Cível nº 10024.03.11700-5/001, 6ª Câmara Cível, comarca de Belo Horizonte, apelante: Município de Belo Horizonte, relator. Des. Edílson Fernandes, 03.05.2005:

“MANDADO DE SEGURANÇA. TETO REMUNERATÓRIO. CONSTITUCIONAL. EMENDA. SERVIDOR APOSENTADO. VANTAGENS PESSOAIS. IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. Não pode a Emenda constitucional pretender excluir ou mitigar situações jurídicas que se refiram a direitos definitivamente constituídos e imunes à revisão, mormente em face da garantia da irredutibilidade de vencimentos. A Emenda Constitucional n. 41 não pode ser aplicada a servidores cuja situação já se encontrava consolidada e, portanto, amparada pela garantia do direito adquirido.”

Igualmente, na Apelação nº 1.0024.04.3260029-8/001, 5ª Câmara Cível, comarca de Belo Horizonte, apelante: IPSEMIG, apelado: AMMP Assoc. Mineira do Ministério Público, relatora. Des. Maria Elza, 14.04.05:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TETO REMUNERATÓRIO. PODER CONSTITUINTE DERIVADO. DIREITO ADQUIRIDO. 1. O art. 37, XI, da Constituição da República Federativa do Brasil, com redação conferida pela EC n. 41/03 estabeleceu o teto máximo da remuneração e do subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de modo que qualquer valor que exceda o teto deverá ser decotado. 2. Todavia, as modificações ocorridas pela EC n. 41/03 no que concernem ao teto remuneratório esbarram, em princípio no chamado “direito adquirido” vez que a supressão na remuneração ou subsídio, visando adequar o teto estabelecido, importa necessariamente, em exclusão de parcelas já incorporadas ao patrimônio do servidor público.”

4.3. Assim sendo, afigura-se patente a ilegitimidade de decreto para fixar subteto, por conter vícios formais em dois aspectos: a) a competência de estabelecer o subsídio do chefe do executivo é do legislativo; b) a fixação de subtetos para os aposentados, se possível no sistema jurídico vigente, reclama lei no sentido estrito, motivo pelo qual se rechaça a validade e eficácia de decreto, na medida em que afronta o postulado de reserva de lei, *ut norma* do art. 5º, II, da CRFB/88.

4.4. No mérito, as situações jurídicas dos aposentados e ativos com direitos conquistados à aposentadoria, antes da edição de decreto ou lei fixando subteto por força da EC nº 41/03, consubstanciam-se direitos adquiridos, insuscetíveis de modificações pelo Poder Constituinte Derivado, porquanto configuram preceitos fundamentais resguardados pela muralha jurídica da cláusula pétrea (arts.5º, XXXVI e 60, § 4º, da CRFB/88).

4.4.1. Nesse sentido, converge a lição da Profª Carmen Lúcia Antunes Rocha²:

“Somente pela ação do poder constituinte originário – cujo processo não é deflagrado apenas pela eventual vontade de um governante ou de um grupo que chegue ao poder – se podem desfazer situações constituídas, solapar direitos anteriormente aceitos como coerentes com os princípios e valores antes acatados. Somente pela atuação do poder constituinte originário se podem desconstituir o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, nos termos do sistema constitucional vigente (art. XXXVI, da Lei Fundamental da República). O mais é fraude à constituição, é destruição da Constituição em seus esteios-mestres. Quando, por meio de uma reforma constitucional, se investem contra situações firmadas em condições jurídicas pretéritas sobre as quais retroagem as novas normas, não se tem como prejudicado apenas o princípio do direito adquirido, mas, também, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

4.4.2. Nessa perspectiva, pontuou, ainda, o Min. Celso de Mello, no julgamento da Medida Cautelar (ADI 939, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.94)³:

² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos. São Paulo: Saraiva, 1999, p.109.

³ Min. Celso de Mello, trecho em destaque no voto da Ministra Ellen Gracie na ADI nº 3.105-8 D.F.

“É preciso não perder de perspectiva que as emendas constitucionais podem revelar-se incompatíveis, também elas, com o texto da Constituição a que aderem. Daí a sua plena sindicabilidade jurisdicional, especialmente em face do núcleo temático protegido pela cláusula de imutabilidade inscrita no art. 60, parágrafo 4º, da Carta Federal. As denominadas cláusulas pétreas representam, na realidade, categorias normativas subordinantes que, achando-se pré-excluídas, por decisão da Assembléia Nacional Constituinte, do Poder de reforma do Congresso Nacional, evidenciam-se como temas insuscetíveis de modificação pela via do poder constituinte derivado.

4.4.3. Neste passo, enfatizou a d. Procuradoria de Justiça nos autos do Mandado de Segurança nº 2004.004.00962, da 6ª Câmara Cível do TJRJ, ao referir-se à EC nº 41/03, que alterou a situação jurídica dos aposentados:

... acredita esta Procuradoria de Justiça que a presente Emenda Constitucional n. 41/2003 – como poder derivado que é – não pode pretender excluir ou mitigar situações jurídicas que já estejam consolidadas, como a dos impetrantes que já estão aposentados.”

No entender dessa d. Procuradoria de Justiça, o fato de o artigo 9º, da EC nº 41/03, declarar aplicável o art. 17, do ADCT,

“constitui-se indisfarçável tentativa de burlar a garantia do direito adquirido, consagrado no artigo 5º, inciso XXXVI, da CF. Não confere legitimidade ao Poder constituinte derivado para restringir direitos dos aposentados, em situações jurídicas constituídas, anteriormente.”

5. DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS

5.1. No terreno da Carta de Direitos e liberdades das pessoas, a EC nº 41/03, ao determinar a fixação de subteto, colide com a norma de salvaguarda do direito adquirido, no capítulo dos direitos fundamentais, resguardado pela cláusula pétreia (arts.5º, XXXVI e 60, § 4º, da CRFB/88).

5.2. A colisão de direitos fundamentais tem lugar quando alguma situação jurídica é vedada por um princípio, mas permitida por outro, hipótese em que um dos princípios deve prevalecer. Isto não significa que o princípio do qual se abdica na solução seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza. A hermenêutica atribui maior valor a um bem do que a outro na adequação do fato ao modelo tipificado na norma jurídica, no propósito de solucionar a colisão de direitos fundamentais, com substrato em normas de igual estatura e similar nobreza constitucional.

5.3. Não se pode olvidar, na solução desse impasse, que a Constituição tem subjacente em seu conteúdo valores maiores que revelam uma justiça fundamental, em que o injusto se afigura inconstitucional, em princípio⁴.

5.4. Pontue-se que, na subsunção clássica das normas jurídicas, em ponderação, segundo os fatos, valores e princípios da Carta Magna, estes, com onipresença máxima, quando da concretização do direito, legitimam um Estado

⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1999, p. 122, § 2º, versa sobre: A potencial inconstitucionalidade da lei injusta. Nesse mesmo sentido, é a obra de FREITAS, Juarez. A substancial inconstitucionalidade da lei injusta. Petrópolis: Vozes, 1989.

Constitucional Democrático de Direito, na visão de Robert Alexy⁵.

5.5. Em tais circunstâncias, na colisão de princípios dentro da constituição dirime-se o confronto, na dimensão dos valores, conforme doutrina do jurista Paulo Bonavides⁶: “O conflito de regras se resolve na dimensão da *validade*, a colisão de princípios na dimensão do *valor*.” No conflito de regras, a solução que se impõe é a declaração de nulidade ou invalidade de uma delas, introduzindo uma cláusula de exceção, quando se aplica, adequadamente, um dos critérios: hierárquico, cronológico ou da especialidade.

5.6. Destarte, a fixação do subteto por ordem do Poder Constituinte Derivado prejudicando direitos dos aposentados e servidores em atividade, com direitos conquistados à aposentação, ainda que se considerassem como legitimação extraordinária outorgada pelo Poder Constituinte Originário no art. 17, do ADCT, as alterações editadas na EC nº 41/03, *data venia*, contrasta com os direitos adquiridos (art. 5º, XXXVI da CRFB/88).

6. HIERARQUIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

6.1. Configurada a situação de colisão de normas no âmbito do Contrato Social, deve implementar-se a solução do impasse na dimensão axiológica da Carta de Direitos e Liberdades.

6.2. Procedendo à análise dessa questão no plano axiológico da CRFB/88, sopesando seus respectivos valores no contexto da Carta de Direitos, resulta patente que a ordem jurídica pátria atribui maior valor às normas protetivas de direitos adquiridos e garantias fundamentais (art. 5º, XXXVI) do que à norma de disposição constitucional transitória do art. 17, do ADCT, em rota de colisão. Conclui-se com segurança tal posicionamento, porquanto o direito adquirido, na síntese dos direitos fundamentais, além de ostentar *status* e valor superior à norma de disposição constitucional transitória (art.17), encontra-se resguardado pela armadura da cláusula pétrea no art. 60, § 4º, IV, da CRFB/88, inatingível, portanto, pela EC nº41/03 editada pelo Poder Constituinte Derivado.

6.3. Neste aspecto, pontifica José Afonso da Silva:

“3. Antes da promulgação da Constituição de 1988 entendia-se que não havia direito adquirido contra norma constitucional, fosse ele originária ou derivada. Hoje, no entanto, é necessário distinguir entre as normas constitucionais provenientes da atuação do poder constituinte originário – normas constitucionais originárias – e as normas constitucionais provenientes de emendas constitucionais – normas constitucionais derivadas. Quanto às primeiras, dúvida alguma resta de que não se submetem ao direito anterior e, por isso, não

⁵ ALEXY, Robert. El Concepto Y la validez del derecho. Madrid: Gedisa, 1994, p.159/177, estudios Alemanes. “Tanto las reglas como los principios pueden ser concebidos como normas. El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas...el modelo reglas/principios/procedimiento es el modelo de sistema jurídico que asegura un máximo de razón práctica en el derecho y, por esta razón, es preferible a todos los otros modelos...Con los principios constitucionales vectores, especialmente con los tres principios insfundamentales de la dignidad, la libertad y la igualdad, y con los tres principios de fines y estructura del Estado de derecho, la democracia y el Estado social, se han incorporado como derecho positivo al sistema jurídico de la República Federal de Alemania, las formulas principales del moderno derecho racional. Sólo una teoría de los principios puede conferir adecuadamente validez a contenidos de la razón práctica incorporados al sistema jurídico en el más alto grado de jerarquía y como derecho positivo de aplicación directa.”

⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, p.251.

estão sujeitas a respeitar o direito adquirido. Neste aspecto basta lembrar Pontes de Miranda: A constituição é vassoura que desbasta o direito anterior, para que só subsista o que for compatível com a nova estrutura e as normas regras jurídicas constitucionais (Cf. Comentários à constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969, t. VI, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972, p. 381), mas a Constituição pode ressalvar como fizeram as constituições de 1946 e 1967.

4. Quanto às normas constitucionais derivadas, a questão tomou novo rumo com a Constituição de 1988, de sorte que se pode dizer que é pacífico, na doutrina hoje, que emendas à Constituição não podem ofender o direito adquirido (Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho ...Não é sequer necessário descer a considerações tal como a de saber se no termo “lei” do inc. XXXVI do art. 5º da Constituição Federal se inclui também as emendas constitucionais, porque os fundamentos da intocabilidade do direito adquirido por elas se encontram na vedação constante do artigo 60, p. 4º. IV).”

6.4. No mesmo sentido é a doutrina do Ministro Carlos Ayres Britto e de Valmir Pontes Filho⁷:

“Em síntese, a norma constitucional veiculadora da intocabilidade do direito adquirido é norma de bloqueio de toda função legislativa pós-Constituição. Impõe-se a qualquer dos atos estatais que se integrem no “processo legislativo”, sem exclusão das emendas.”

6.5. É de ser destacado excerto do r. voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento do MS. nº 23.047-3/DF⁸, sobre o tema em estudo:

“... A ordem jurídico-constitucional há de ser percebida com o alcance de viabilizar a almejada segurança jurídica. O que assento, e aqui sinalizo a visão que adotarei sobre a reforma previdenciária, é a imutabilidade das situações em curso, tenham o tempo que tiverem. Afinal, entender-se de forma diversa é admitir que o Estado, que tudo pode – legisla, executa e julga, altere, unilateralmente, os parâmetros da aposentadoria, fazendo-o de forma substancial. Não, isso para mim não é possível, porquanto, repito, as contribuições satisfeitas têm objetivo próprio e a modificação esvazia, implicando vantagem indevida para um dos envolvidos na relação jurídica, o que é pior, justamente para aquele que, a todos os títulos, surge na posição mais confortável – O Estado.”

6.6. Além disso, ainda, que se admitisse válida a legitimação do Poder Constituinte Derivado outorgada no artigo 17, do ADCT, para fins de exclusão ou mitigação de situações jurídicas asseguradas como direitos fundamentais, as normas das ECs nº/s 41/03 e 19/98 somente poderiam produzir efeitos *ex nunc*, e não *ex tunc*, na medida em que a ordem jurídica pátria não admite conspurcar direitos adquiridos nem seus efeitos futuros.

6.7. Assim, as alterações introduzidas pelas ECs nº/s 41/03 e 19/98 não podem afetar as situações jurídicas já constituídas e consolidadas dos aposentados e ativos com direitos adquiridos e ainda não usufruídos, quando de sua edição, prejudicando-os com a fixação do *subteto* para a redução de seus proventos, subsídios, remunerações e vantagens pessoais.

⁷ BRITTO, Carlos Ayres; PONTES FILHO, Valmir. Direito adquirido contra as emendas constitucionais, in Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba/ Celso Antônio Bandeira de Mello, organizador. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 160;

⁸ MS nº 23.047-3/DF Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ 14.11.2003, p.00014.

7. INTANGIBILIDADE DOS DIREITOS ADQUIRIDOS

7.1. É certo que os direitos fundamentais dos aposentados, *data venia*, apresentam-se insuscetíveis de modificações pelo Poder Constituinte Derivado mediante efeito *ex tunc*. Não obstante, ainda, que se admitisse a validade constitucional da autorização do artigo 17, do ADCT, nas edições das ECs nº/s 19/98 e 41/03 e legislações decorrentes na fixação de subteto, somente produzem efeitos *ex nunc*, ou seja, não retroagem para afetar os direitos adquiridos por seus respectivos titulares, anteriormente às suas vigências.

7.2. Adite-se, ainda, que a questão da fixação do subteto deve respeito à salvaguarda constitucional dos direitos dos servidores públicos ativos e inativos à irredutibilidade de remunerações, expressão que no lato sentido compreende os proventos, vencimentos, subsídios ou salários, inclusive vantagens pessoais, já incorporados aos respectivos patrimônios dos ativos ou inativos. Essa norma insere nos artigos 7º, VI, e 37, XV, da CRFB/88, de igual modo impede a redução de rendimentos, na fixação de subteto, porquanto contraria direito líquido e certo de cada titular, jubilado ou não, por sua própria vontade.

7.3. Com efeito, a irredutibilidade de vencimentos se constitui, também, em garantia individual inalterável por Emenda Constitucional, pelo Poder Constituinte Derivado, conforme asseguram os artigos 37, XV, 5º, XXXVI e 60, § 4º, da CRFB/88, e posicionamento do Eg. STF na ADIN nº 2.112 MC/RJ, de 11.05.2000.

7.4. Destaca-se, ainda, a exigência de respeito às vantagens pessoais do servidor público, resguardadas, igualmente, de afetação por lei ou decreto que implemente o redutor constitucional da EC nº 41/03, editada pelo Poder Constituinte Derivado, visto que, no plano da Carta de Direitos e Liberdades, encontra-se em flagrante contraste com a salvaguarda de direitos adquiridos e de irredutibilidade de vencimentos – garantias outorgadas pelo Poder Constituinte Originário.

7.5. Nesse prisma, a fixação de subsídios das chefias dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, parâmetro da definição de subtetos para os servidores públicos, ainda que se considerasse legítima, à luz do artigo 17, da ADCT, não pode afetar os direitos adquiridos dos titulares, notadamente no capítulo das vantagens pessoais, para reduzir vencimentos, porquanto garantidos pela blindagem dos preceitos fundamentais na CRFB/88, pelos motivos seguintes:

7.5.1. A expressão *subsídio*, na terminologia do Direito Constitucional, não compreende os direitos e vantagens individuais conquistados durante a carreira do servidor público, antes de sua aposentação. Como registra o Vocabulário Jurídico de Plácido e Silva, 23ª ed. 2003, atualizado pelo Des. Nagib Slaib Filho e Gláucia Carvalho,

“Subsídio, na terminologia técnica de Direito Constitucional, [...] designa a remuneração fixa e mensal paga aos membros do poder legislativo federal, estadual ou municipal. O subsídio não se identifica com a ajuda de custo, nem com as contribuições devidas pelas presenças às sessões.”

7.5.2. Se as ajudas de custo e os *jetons* deferidos a parlamentares não integram o *subsídios* dos chefes dos Poderes Públicos, *a fortiori*, os direitos e vantagens pessoais não se compreendem nas expressões *subsídio* ou *remuneração*, utilizada pelo legislador ao alterar a redação do artigo 37, XI, através da EC nº 19/98.

7.5.3. A redação originária do artigo 37, XI, da CRFB/88, ao estabelecer como teto a *remuneração e subsídios* dos membros dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios, não incluía as vantagens pessoais, situação que se alterou com a nova redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/1988:

Art. 37, XI, da CRFB/88. Redação originária:

“A lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração em espécie, pelo Prefeito.”

Art. 37, XI, da CRFB/88. Redação da EC nº 19/98:

“A remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.”

7.6. Não se perca de vista que as expressões utilizadas pelo legislador, “os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais”, originaram-se do Poder Constituinte Derivado, que, a despeito da norma do art.17, do ADCT, *data venia*, não tem força constitucional no plano axiológico da Carta de Direitos Fundamentais para desconstituir direitos adquiridos, anteriormente gozados ou não, por seus respectivos titulares.

7.7. Não obstante, ainda, que se considerassem como válidas tais disposições por força da EC nº 19/98 e artigo 17, do ADCT, somente poderá surtir efeitos ex nunc, motivo pelo qual não tem eficácia retroativa para alcançar direitos adquiridos, anteriormente, pelos respectivos titulares, cuja intangibilidade encontra-se assegurada em cláusula pétrea na CRFB/88.

8. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PREDOMINANTES

8.1. Convém sublinhar que, na colisão de disposições constitucionais transitórias com direitos adquiridos, anteriormente, os preceitos fundamentais assegurados como cláusulas pétreas prevalecem sobre a norma transitória do artigo 17, do ADCT, que permitiu a alteração do artigo 37, XI, para incluir no texto constitucional pela EC nº 19/98 a expressão *vantagens pessoais*, não constante do Constituição editada pelo Poder Constituinte Originário, como consequência lógica do seu maior *status* e valor preponderante no plano axiológico do Contrato Social de 1988.

8.2. Ressaltam do contexto desta reflexão as conclusões seguintes:

(i) As Emendas Constitucionais nº/s 19/98 e 41/03, no plano axiológico da Constituição, carecem de força e valores jurídicos suficientes para destruir as

cláusulas pétreas e afetar os direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos, coisa julgada e o princípio da irredutibilidade de vencimento, assegurados como preceitos fundamentais no Contrato Social de 1988.

(ii) Produzem efeitos, apenas, *ex nunc*, motivo pelo qual a fixação de subteto em legislação infraconstitucional posterior, corolário desses diplomas, não pode macular atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos e consolidados, anteriormente, dos aposentados e conquistados por servidores ativos, ainda não jubilados, porquanto estão resguardados pelos princípios da irredutibilidade de vencimentos e pelas garantias fundamentais blindados em cláusula pétrea da CRFB/88.

(iii) Os efeitos da Emenda nº 19/98, alterando a redação do art. 37, XI, motivada no art. 17, do ADCT, bem assim da Emenda nº 41/03 e das legislações decorrentes, ao fixarem subtetos, *data venia*, somente podem alcançar situações jurídicas futuras, porquanto produzem efeitos, apenas, *ex nunc*. Não podem retroagir, portanto, para afetar os direitos adquiridos daqueles que têm situações jurídicas constituídas e consolidadas, jubilados ou não, segundo a Constituição vigente ao tempo de cada conquista.

8.2.1. Nesse sentido, decidiu a E. 6ª Câmara Cível do TJRJ, por maioria, relatoria deste expositor, tutelando os direitos de aposentados do Município do Rio de Janeiro, no feito nº 2004.004.00962, julgado em 05.09.2005:

*MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES APOSENTADOS. PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. FIXAÇÃO DE SUBTETO. DECRETO Nº 23.919/04. ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL. As Emendas nº/s 19/98 e 41/03 no plano axiológico da Constituição carecem de força jurídica suficiente para destruir as cláusulas pétreas e afetar os direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e coisa julgada assegurados como preceitos fundamentais no contrato social de 1988. Produzem efeitos, apenas ex nunc, razão pela qual a fixação de subteto em legislação infraconstitucional posterior, corolário desses diplomas, não pode macular atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos e consolidados, anteriormente, pelos impetrantes, na qualidade de aposentados, porquanto estão resguardados pelos princípios da irredutibilidade de vencimentos e as garantias fundamentais na CRFB/88 (arts. 37, XV e XI - redação originária, 5º, XXXVI e 60, § 4º) outorgados pelos Poder Constituinte Originário. Consequentemente, os efeitos da Emenda nº 19/98, alterando a redação do art. 37, XI, motivada no art. 17, do ADCT, bem assim, da Emenda nº 41/03 e das legislações decorrentes, fixando subtetos, somente podem alcançar as situações jurídicas futuras, jamais, retroagirem para afetar as situações jurídicas constituídas e consolidadas, segundo a ordem jurídica constitucional vigente ao seu tempo. Nesse sentido, o Decreto Municipal nº 23.919/04, do Município do Rio de Janeiro, ainda, contaminado por vícios formais, não pode afetar as situações jurídicas dos impetrantes, definitivamente, constituídas e consubstanciadas em direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos e consolidados, em que pese *r. entendimento contrário*, data maxima venia, sob pena de violações de direitos e garantias fundamentais dos postulantes e comprometimento do pilar de segurança do sistema jurídico brasileiro. PRELIMINAR REJEITADA. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.*

8.2.2. Nota-se que o princípio de irredutibilidade de vencimento de funcionários públicos (empregados da CLT, aposentados e pensionistas) e, notadamente, da Magistratura, como uma das garantias de sua independência

funcional, consagradas pelo Constituinte originário (artigos 7º, VI e 95, III da CRFB/88) mereceu destaque no r. voto de minerva do Ministro Ricardo Lewandowski proferido, recentemente, no Mandado de Segurança 24.875-1, acompanhando o eminente Ministro relator, Sepúlveda Pertence, na expressão seguinte:

“A conciliação das situações dos impetrantes com a nova ordem constitucional, então, há de fazer-se sob o prisma da irredutibilidade de vencimentos, tradicional garantia dos magistrados – estendida pelo STF também aos proventos—, que repele a idéia de decesso remuneratório. Nessa linha, o Supremo tem decidido que o valor nominal da remuneração percebida pelo servidor, sob a égide de determinado plexo normativo, não pode sofrer diminuição sob pena de vulnerar situação juridicamente estável, imune à alteração legislativa posterior.

Convém sublinhar, porém que a jurisprudência desta Corte apenas assegura a percepção do montante global dos vencimentos ou proventos, e não a manutenção de percentuais que integram o seu cálculo, porque não se pode admitir que uma situação jurídica derivada de regime remuneratório que não mais subsiste venha a perpetuar-se no tempo, em permanente contradição com o regramento normativo superveniente.

A partir dessas reflexões, e sempre no intuito de alcançar a solução que melhor possa conciliar os princípios da boa-fé e da segurança jurídica com o limite remuneratório estabelecido na EC 41.2003, é que acompanho o Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, para conceder parcialmente a segurança, assegurando aos impetrantes o direito de continuar recebendo o acréscimo sobre os proventos até que seu montante seja coberto pelo subsídio fixado em lei para os Ministros do Supremo Tribunal Federal.”

Este r. voto de minerva, na visão científica e jurídica, inicia-se prestigiando o princípio da irredutibilidade de vencimento, mas, afinal, termina invalidando-o em doses homeopáticas no decurso do tempo, *data venia*, na medida em que assegura “aos impetrantes o direito de continuar recebendo o acréscimo sobre os proventos até que seu montante seja coberto pelo subsídio fixado em lei para os Ministros do Supremo Tribunal Federal”, em que pese ao transparente e r. propósito de conciliá-lo com os princípios da boa-fé e da segurança jurídica.

9. CONCLUSÃO

9.1. Em síntese, a fixação de subteto, por decreto, constitui vício formal, e, ainda que editada por lei materializando os comandos das ECs nº/s 41/03 e 19/98, por originarem-se estas do Poder Constituinte Derivado, ao colidirem com a salvaguarda do direito adquirido e do princípio da irredutibilidade de vencimento – pilares inabaláveis instituídos pelo Poder Constituinte Originário –, queda estiolada na dimensão axiológica da Carta de Direitos e Liberdades públicas de 1988.

9.2. No processo de ponderação de valores, no particular confronto de emendas constitucionais com os direitos fundamentais inseridos no artigo 5º, XXXVI, elevados ao *status* de princípios de salvaguarda de direitos adquiridos e de irredutibilidade de vencimento, na dimensão axiológica da Constituição, triunfam estes sobre as disposições restritivas de direitos inseridas nas ECs nº/s 41/03 e 19/98 e os diplomas legislativos decorrentes.

9.3. Evidentemente, tais normas editadas por força do Poder Constituinte Derivado, enfraquecidas no plano de valores da CRFB/88, restarão sempre vencidas na batalha no campo da Carta de Direitos e Liberdades públicas, quando colidirem com as normas de expressão valorativa maior do Poder Constituinte Originário (arts. 5º, XXXVI e 60, § 4º, da CRFB/88).

9.4. Por isso, as ECs. nº/s 41/03 e 19/98 e legislações derivadas afiguraram-se, sem força jurídica suficiente, na dimensão axiológica da CRFB/88, para fixarem subtetos e reduzirem proventos, remunerações, subsídios ou vencimentos e vantagens pessoais de aposentados e servidores públicos ativos, titulares de direitos adquiridos conquistados, antes de suas respectivas vigências, seja no presente ou no futuro, salvo nova ordem específica do Poder Constituinte Originário, no caso, inexistente, na atualidade.

9.5. Conseqüência do inexorável efeito *ex nunc*, esses referidos diplomas legislativos, ao estabelecerem subtetos, *data venia*, somente podem alcançar direitos que forem adquiridos no futuro, empós suas respectivas vigências, sob pena de violações de direitos e garantias fundamentais, afetação do princípio de irredutibilidade de vencimento, trincando os pilares de segurança do sistema jurídico brasileiro inserto na CRFB/88, notadamente nos artigos 5º, XXXVI, 37, XI, XV, artigos 7º., VI e 95, III da CRFB/88 e 60, § 4º, da CRFB/88.

10. Résumé:

Dans le cadre de la pondération de valeurs et particulièrement dans la confrontation des amendements Constitutionnels avec les droits fondamentaux insérés dans l'article cinq, XXXVI, élevés au statut de principe de sauvegarde des droits acquis et de irréductibilité d'expiration dans la dimension axiologique de la Constitution triomphent des dispositions restrictives de droit insérés dans E.Cs. 41/03 et 19/98 et des diplômes législatifs associés. De telles normes éditées par force par le Pouvoir Constituant Dérivé fragilisé sur le plain des valeurs de la CRFB/88 permanettront toujours vaincus dans la bataille du cadre de la lettre de droit et libertés publiques quand elles se heurteront aux normes superieures d'expression valorisées du Pouvoir Constituant Originaire (arts. 5º XXXVI et 60, § 4º de la CRFB/88).

Mots Clés (Parole Clef): Bureaucratie (Fonctionnarisme). Sub plafond rentable (Sous Toit Rémunératf). Droit acquis. Principes constitutionnels (Principe Constitutionnelles). Hiérarchie herméneutique

11. REFERÊNCIAS

- ABREU E SILVA, Roberto de. *A Falta Contra a Legalidade Constitucional*. Lúmen Juris, Rio de Janeiro, 2002.
- ALEXY, Robert. *El Concepto Y la validez del derecho*. Madrid: Gedisa, 1994.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros.
- BRITTO, Carlos Ayres; PONTES FILHO, Valmir. *Direito adquirido contra as emendas constitucionais*, in Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba/ Celso Antônio Bandeira de Mello, organizador. São Paulo: Malheiros, 1997.

- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 1999.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1998*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FREITAS, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Petrópolis: Vozes, 1989.
- HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- LIPPMANN, Ernesto. *Os Direitos Fundamentais da Constituição de 1998*. São Paulo: LTr, 1999.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1999.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988 – Aspectos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.



A ARBITRAGEM NOS TRIBUNAIS ESTATAIS – 10 ANOS DE JURISPRUDÊNCIA

Fernando da Fonseca Gajardon¹

Resumo:

No décimo ano da edição da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96), este estudo faz retrospectiva jurisprudencial sobre o comportamento dos tribunais estatais em matéria arbitral.

Palavras-chave: Processo Civil. Arbitragem. Jurisprudência. Tribunais Estatais.

SUMÁRIO:

1. Os precedentes jurisprudenciais e a arbitragem – 2. A constitucionalidade da Lei de arbitragem – 3. Aplicação imediata dos dispositivos processuais da lei de arbitragem – 4. Execução específica da cláusula compromissória vazia e impossibilidade do Judiciário se imiscuir na questão de fundo – 5. Cláusula compromissória cheia e a desnecessidade do procedimento do art. 7º da lei de arbitragem – 6. Tendência da admissão da arbitragem para solução de litígios trabalhistas individuais – 7. Impossibilidade de deliberação da assembléia condominial ter natureza arbitral – 8. Revelia no processo arbitral e validade da sentença – 9. Medidas de urgência perante a Justiça Estatal enquanto ainda não instaurado o juízo arbitral – 10. Cabimento do recurso extraordinário em sede de ações que apreciem validade de convenção de arbitragem e impossibilidade de retenção do extraordinário contra decisões interlocutórias (art. 542, § 3º, do CPC) – 11. Conclusão – 12. *Abstract* – 13. Referências.

1. OS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS E A ARBITRAGEM

Alvissaras! São 10 (dez) anos da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307 de 23.09.1996).

Neste período já houve tempo suficiente para que os tribunais estatais (incluídos aqui os juízes de primeiro grau), provocados pelas partes contratantes, se debruçassem sobre inúmeros aspectos do processo arbitral, produzindo consideráveis precedentes (em que pese muitos deles ainda em construção).

No nosso sistema jurídico, desde o advento da República, as proposições constantes da jurisprudência, inclusive as súmulas, como regra, têm caráter persuasivo e não vinculante, ou seja, não têm obrigatoriedade equivalente à da lei. A sua finalidade é conferir estabilidade à jurisprudência, facilitando o julgamento das questões semelhantes.²

¹ Juiz de Direito no Estado de São Paulo. Doutorando e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP. Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade Municipal de Direito de Franca/SP. Professor da Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes – IELF/LFG.

² Em tempos de reforma, o poder constituinte derivado resolveu regressar às origens do sistema luso-brasileiro, reinserindo no nosso sistema a súmula vinculante (art. 103-A da Constituição Federal, com a redação dada pela emenda n. 45/2004). De acordo com o novo sistema – semelhante ao regime colonial e imperial dos assentos da Casa de Suplicação –, a aplicação das súmulas do Supremo Tribunal Federal é obrigatória a todos os órgãos do Poder Judiciário e da administração pública.



Por isso, os precedentes que abaixo se indicarão – os principais até hoje colhidos em matéria arbitral –, embora não cogentes, são importante norte para que o operador jurídico possa se comportar no curso do processo arbitral, já que revelam a tendência a ser seguida pela Justiça brasileira em casos semelhantes.

2. A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE ARBITRAGEM

O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária do dia 12.12.2001, concluindo o julgamento do Agravo Regimental da homologação de sentença estrangeira (Espanha) n. 5206, decidiu, por maioria de votos, pela constitucionalidade de todos os dispositivos da lei de arbitragem. Entendeu-se que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, aliada à autorização legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso, não ofende o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Afinal, o preceito constitucional impede que se exclua, não que as partes livremente renunciem à jurisdição estatal, permitindo a apreciação extrajudicial da questão litigiosa.

Portanto, não resta dúvida sobre a validade e eficácia plena de todos os dispositivos da Lei n. 9.307/96, sendo insustentável tese em contrário.

3. APLICAÇÃO IMEDIATA DOS DISPOSITIVOS PROCESSUAIS DA LEI DE ARBITRAGEM (INCLUSIVE ÀS CONVENÇÕES ANTERIORES À SUA VIGÊNCIA)

Em duas passagens bastante interessantes, os tribunais pátrios emprestaram eficácia imediata aos dispositivos processuais da Lei de Arbitragem, mesmo em relação às convenções celebradas antes da vigência da Lei n. 9.307/96 (art. 43).

No Recurso Especial n. 712.566-RJ, cuja relatora era a Ministra Fátima Nancy Andrighi, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (j. em 18.08.2005), a meu ver revendo seu posicionamento anterior (Resp. n 238.174, julgado em 06.05.2003)³, assentou ser impositiva a extinção de um processo judicial sem julgamento do mérito se, quando invocada a existência da cláusula arbitral, já vigorava a Lei de Arbitragem, ainda que o contrato tenha sido celebrado em data anterior à sua vigência, pois as normas processuais têm aplicabilidade imediata.

Tratava-se de uma ação em que a Espal Representações e Conta Própria Ltda. pretendia a declaração de nulidade de uma cláusula de quitação geral constante de termo de rescisão contratual firmado com o requerido Wilhelm Fette GmbH. As partes teriam, em outubro de 1955, submetido todas as dúvidas oriundas do contrato de exclusividade na representação comercial celebrado à arbitragem pela Câmara de Comércio Internacional de Paris.

O juiz de 1ª instância afastou a tese de aplicabilidade imediata da Lei de Arbitragem às convenções celebradas anteriormente, decisão esta reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sob o fundamento da aplicabilidade imediata da lei.

³ No Recurso Especial n. 238.174-SP relatado pelo Min. Antônio de Pádua Ribeiro, a própria 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça havia decidido que a Lei n. 9.307/96, sejam considerados os dispositivos de direito material, sejam os de direito processual, não pode retroagir para atingir os efeitos do negócio jurídico perfeito, não se aplicando, pois, aos contratos celebrados antes do prazo do seu artigo 43.

A Ministra Fátima Andrighi, após aceitar a divergência com o já mencionado Recurso Especial n. 238.174, manteve a decisão do TJ/RJ, ratificando a extinção do processo em primeiro grau, sem julgamento do mérito, por força do art. 267, VII, do Código de Processo Civil. A Ministra, ao ter votado no Recurso Especial n. 238.174, apesar de acompanhar o relator Min. Antonio de Pádua Ribeiro, não o fez pelo fundamento de inaplicabilidade imediata dos aspectos processuais da Lei de Arbitragem (como fez o relator), mas, sim, pela existência de cláusulas contraditórias e que, no caso específico, tornavam inválida a convenção de arbitragem.

O outro julgado que reconheceu a aplicabilidade imediata das normas processuais da Lei de Arbitragem é do pleno do Supremo Tribunal Federal. No julgamento da homologação de sentença estrangeira n. 5828 (seguido pela de n. 5847), o Min. Ilmar Galvão assentou que “tendo as normas de natureza processual da Lei n. 9.307/96 eficácia imediata, devem ser observados os pressupostos nela previstos para homologação de sentença arbitral estrangeira, independentemente da data do início do respectivo processo perante o juízo arbitral”. Com este fundamento, o Supremo Tribunal Federal afastou a necessidade de dupla homologação da sentença arbitral estrangeira (como ocorria no regime anterior), homologando a sentença arbitral apresentada (art. 35 da Lei n. 9.307/96).

4. EXECUÇÃO ESPECÍFICA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA VAZIA⁴ E A IMPOSSIBILIDADE DO JUDICIÁRIO SE IMISCUIR NA QUESTÃO DE FUNDO

O Superior Tribunal de Justiça, na esteira da declaração de constitucionalidade de todos os dispositivos da lei de arbitragem pelo Pretório Excelso, emprestou plena operatividade aos artigos 6º e 7º da Lei n. 9.307/96, que tratam da execução específica da cláusula compromissória vazia (Recurso Especial n. 450.881-DF, Relator Min. Castro Filho, 3ª Turma, vu, j. 11.04.2003).

Tratava-se de uma execução específica da cláusula compromissória ajuizada por Compushopping Informática Ltda. e outras contra Americel S/A, em que a requerente objetivava a instituição compulsória do juízo arbitral, com a nomeação da Câmara Arbitral da Associação Comercial do Distrito Federal como árbitra, a fim de dirimir desacordo comercial havido entre as partes (rescisão contratual e ressarcimento de danos sofridos). A requerida Americel se recusava a instituir o juízo arbitral através da celebração do compromisso arbitral, com nomeação de árbitro, etc.

A 1ª instância julgou procedente o pedido e, nomeando árbitro único (Leon Frejda Szklarowsky), supriu a manifestação de vontade da demandada, dando por instituída a arbitragem.

Tal decisão foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Nesse julgado, relatado pelo Desembargador Vazquez Cruxên, revelou-se interessante tendência em se prestigiar a competência do árbitro para a questão de fundo (art. 18 da Lei de Arbitragem), reservadas ao Judiciário só as questões

⁴ A cláusula compromissória vazia nada mais é do que o acordo de vontades dirigido à solução arbitral da controvérsia, sem especificação, contudo, da forma de instituição da arbitragem (em especial quanto à indicação do árbitro ou órgão arbitral institucional). O art. 6º da Lei de Arbitragem prevê um procedimento extrajudicial (reunião) para preencher as lacunas da cláusula vazia, cuja ausência da outra parte implica execução específica da cláusula (art. 7º da Lei de Arbitragem).

relativas à instituição compulsória do juízo arbitral. De acordo com o Relator, “a plausibilidade para ser instituída a arbitragem existe porque evidente a possibilidade de se pedir, via Judiciário, a pretensão indenizatória. Se uma das partes alega descumprimento de cláusulas contratuais, ensejando rescisões e ressarcimentos no âmbito de nossas cortes, não vejo razão de se negar a instituição da arbitragem, sob o fundamento de que a pretensão é impossível porque não houve qualquer tipo de burla contratual. *Se houve, ou não, descumprimento de cláusulas contratuais, isto é matéria para ser dirimida pelos árbitros e não neste procedimento judicial*” (destaque nosso).

Os autos foram ao Superior Tribunal de Justiça por força de Recurso Especial da requerida. O STJ, então, mantendo os dois pronunciamentos anteriores, sacramentou ser plenamente possível a execução específica da cláusula compromissória vazia, bastando que sua existência seja aliada à prévia convocação extrajudicial da parte renitente a firmar o compromisso, nos termos do art. 6º da Lei de Arbitragem. Referendou, ainda, a competência plena do árbitro para a matéria de fundo, restando ao Judiciário tão-somente aferir na execução específica da cláusula se é o caso de instituição do juízo arbitral.

A Justiça de São Paulo está enfrentando atualmente a mesma questão da execução específica da cláusula compromissória vazia e dos limites da atuação do juiz togado na determinação dos termos do compromisso.

Trata-se de uma execução de cláusula compromissória que teve curso perante a 13ª Vara Cível da Capital Paulista, em que ANEL – Empreendimentos, Participações e Agropecuária Ltda. – pretende instituir juízo arbitral para dirimir os conflitos havidos com Trelleborg Industri AB e Trelleborg do Brasil Ltda. (processo n. 60.969/200).

O magistrado de 1º grau (Juiz Ademir Modesto de Sousa), ao interpretar o alcance da cláusula vazia, entendeu que “na definição judicial do compromisso arbitral, não está o juiz togado obrigado pela Lei de Arbitragem a resolver todas as controvérsias das partes acerca dos termos daquele. É que o escopo da referida lei foi subtrair da apreciação judicial toda a matéria que comporte a arbitragem, se os interessados resolverem submeter a solução de seus litígios ao juiz arbitral. Por conseguinte, o compromisso arbitral cuja definição a lei atribui ao juiz togado deve restringir aos requisitos obrigados indicados no art. 10 da Lei n. 9.307/96” (escolha do árbitro, matéria arbitrável e local de prolação da sentença arbitral), razão pela qual negou, inclusive, definição quanto às despesas com a arbitragem, algo a ser dirimido pelos próprios árbitros (Fernando de Oliveira Marques, Antonio de Souza Correa Meyer e José Alexandre Tavares Guerreiro) que nomeara compulsoriamente na falta de acordo das partes.

A apelação interposta pela Trelleborg Industri Ab e outra foi parcialmente provida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Cível n. 267.450-4, Rel. Constança Gonzaga, j. 24.05.2006), mantendo-se a instituição compulsória da arbitragem realizada pelo juiz de primeiro grau (afastada, apenas, condenação da apelante pela interposição de embargos de declaração com conteúdo protelatório).

Enfim, o que se pode perceber é não mais haver dúvida sobre a possibilidade, diante da renitência de uma das partes na celebração do compromisso, de se obter judicialmente a instituição compulsória do juízo arbitral nos casos de cláusula compromissória vazia. Competirá ao juiz estatal tão-somente a eleição

do árbitro e de questões indispensáveis à instauração do juízo arbitral (art. 10 da Lei de Arbitragem), sendo-lhe vedado imiscuir-se nas questões de fundo relativas à controvérsia.

5. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA CHEIA⁵ E DESNECESSIDADE DO PROCEDIMENTO DO ART. 7º DA LEI DE ARBITRAGEM

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgado muito bem fundamentado, enfrentou a questão da necessidade de intervenção judicial para a celebração do compromisso arbitral e instituição de arbitragem decorrente de cláusula compromissória cheia (Agravo de Instrumento n. 124.217-4/0, 5ª Câmara de Direito Público, Relator Des. Rodrigues de Carvalho, vu, j. em 16.09.1999).

Até então, duas correntes haviam se formado sobre o tema. Uma primeira, sust que a ação do art. 7º da Lei de Arbitragem era a única via para instituição compulsória do juízo arbitral, pouco importando se a cláusula compromissória era cheia ou vazia. Outra, no sentido de que só nas cláusulas compromissórias vazias era necessária a intervenção judicial, já que na cheia o próprio órgão arbitral eleito pelas partes é que dirimiria, de acordo com suas regras, eventuais omissões da cláusula (não havendo necessidade de o juiz estabelecer o conteúdo do compromisso arbitral).

Após trazer à baila precedentes de direito comparado, entendeu-se que a existência de cláusula compromissória cheia dentro dos contornos do compromisso dispensava a atuação judicial e o procedimento do art. 7º da Lei de Arbitragem⁶. Afinal, de acordo com trecho do voto vencedor do Desembargador Silveira Netto, “submeter-se às regras de arbitragem de certa entidade significa abraçá-las em todos os seus aspectos, inclusive acatar a possibilidade de indicação dos árbitros, local do arbitramento e outros”.

Com este entendimento, o Tribunal de Justiça reformou a decisão de 1ª instância (processo n. 45.649/99, da 36ª Vara Cível de São Paulo) que havia afastado a preliminar de falta de interesse de agir argüida. E com base nisto, reconhecendo a desnecessidade do emprego do procedimento do art. 7º da Lei de Arbitragem para a instituição do juízo arbitral advindo de cláusula compromissória cheia, extingue o processo sem julgamento do mérito (art. 267, VII, do CPC).

Do V. Acórdão proferido foi interposto recurso especial pelos agravados (Carlos Alberto de Oliveira Andrade e outros), mas não foi ele conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial n. 249.255-SP), pois as partes celebraram termo de aceitação da jurisdição da Corte Arbitral eleita pela cláusula compromissória impugnada.

No mesmo sentido do V. Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi, de certa forma, a decisão tomada pelo Juízo da 16ª Vara Cível Central de São Paulo Capital (Juiz Alexandre Alves Lazzarini) na ação de n. 4.878/2001, em que era autor Celso Varga contra TRW Automotive South America S/A

⁵ Diversamente da cláusula compromissória vazia, na cheia (também nominada completa) há prévia indicação dos elementos indispensáveis para a imediata instituição do juízo arbitral (nomeação de árbitro ou de órgão arbitral institucional), nos termos do art. 5º da Lei de Arbitragem.

⁶ Neste mesmo sentido foi o voto do Min. Nelson Jobim, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do já mencionado Agravo Regimental na homologação de sentença estrangeira n. 5206.

e Câmara de Comércio Brasil-Canadá.

Tratava-se de ação em que o autor pretendia declarar a nulidade de cláusula compromissória cheia no contrato firmado com TRW (algo que me parece a lei só ter admitido ao final através da ação de impugnação), que reconhecia a competência da Câmara de Comércio Brasil-Canadá para dirimir eventuais conflitos das partes.

Apesar de cautelarmente deferida a liminar para suspender a instauração do Tribunal Arbitral – o que gerou perigoso precedente do TJ/SP por força do V. Acórdão proferido no Agravo de Instrumento n. 197.798.4⁷ –, decidiu-se, ao final, que o autor da ação não tinha razão, já que voluntária e livremente, através da cláusula compromissória cheia, teria aderido à arbitragem da controversia. Ficou consignado na sentença, ainda, ser desnecessária a utilização da ação art. 7º da Lei de Arbitragem para a instituição do juízo arbitral, pois, no caso, qualquer outra pendência para a celebração do compromisso seria dirimida pelo próprio órgão arbitral institucional eleito pelos contratantes.

Em grau de apelação, a sentença monocrática foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Cível n. 296.036-4). Ficou consignado no V. Acórdão relatado pelo Des. Sousa Lima (j. 17.12.2003) ser desnecessária “a intervenção judicial prevista no art. 7º do mesmo diploma legal, para firmar o conteúdo do compromisso arbitral, ou seja, este dispositivo vale para a chamada cláusula compromissória vazia, que só prevê a arbitragem como meio de solução de controvérsias, sem definir o órgão arbitral e a submissão às suas regras”.

6. TENDÊNCIA DE ADMISSÃO DA ARBITRAGEM PARA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS TRABALHISTAS INDIVIDUAIS

Vários precedentes do Superior Tribunal de Justiça reconheceram a possibilidade parcial de controvérsias individuais de natureza trabalhista serem dirimidas em sede arbitral (Recurso Especial n. 777.906-BA, Relator Min. José Delgado, 1ª Turma, vu, j. 18.10.2005; Agravo Regimental no Resp. n. 695.193-BA, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. 04.10.2005; Recurso Especial n. 635.156/BA, Rel. Min. Castro Meira, j. 09.08.2004; Recurso Especial n. 707.043/BA, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 04.04.2005; Recurso Especial n. 659.631-BA, Rel. Min. Franciulli Netto, j. 16.12.2004; e Recurso Especial n. 638.150-BA, Rel. Min. Denise Arruda, j. 19.04.2005).

De acordo com esses julgados, como a Lei n. 8.036/90 não faz distinção na forma de reconhecimento da ausência de justa causa para movimentação da conta vinculada do FGTS (art. 31 da Lei n. 8.036/90), nada impede que se admita tal movimentação com base em sentença arbitral (e não judicial) que reconheceu a demissão imotivada, até mesmo porque o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas – óbice sempre alegado pela Caixa Econômica Federal para negar a movimentação – milita em favor do empregado e não pode ser interpretado como forma a prejudicá-lo.

⁷ No referido Agravo de Instrumento n. 197.978-4, da 7ª Câmara de Direito Público, ficou assentado que, além da discutível constitucionalidade do novo regime da arbitragem (algo já afastado pelo STF), havendo dúvida razoável e resistência justificada de uma das partes sobre a idoneidade do procedimento arbitral, prevalece o monopólio estatal da controvérsia, devendo ser suspensa a instauração do juízo arbitral eleito pelas partes (Relator Des. Sousa Lima, j. 09.05.2001).

Com este entendimento, parece-me clara a tendência em se aceitar a validade da arbitragem para dirimir os dissídios individuais de trabalho, mitigando a pretensa e falsa tese de indisponibilidade dos direitos patrimoniais de natureza trabalhista.

7. IMPOSSIBILIDADE DA DELIBERAÇÃO DA ASSEMBLÉIA CONDOMINIAL TER NATUREZA ARBITRAL

Outra interessante decisão foi proferida por força da ação n. 587/2002, da 30ª Vara Cível da Capital Paulista (Juiz Alexandre Dartanham de Mello Guerra), referendada pelo Tribunal de Justiça no julgamento da Apelação Cível n. 354.595-4 (Rel. Des. Jacobina Rabello, j. 16.06.2005).

Hélio Vieira Júnior ajuizou ação declaratória de nulidade de multa imposta pelo Condomínio Edifício Vila Bela, em virtude de ter mantido um cão na sua unidade habitacional, o que estaria em contradição com as disposições do condomínio edilício. Tal sancionamento foi ratificado pela assembléia dos moradores, que, nos termos da convenção condominial, criativamente, teria força de arbitragem (art. 4º da Lei n. 9.307/96).

Julgada parcialmente procedente a ação exclusivamente para afastar a multa aplicada (negado o pleito indenizatório), o condomínio apelou sob o fundamento de que o Judiciário não poderia se imiscuir na decisão proferida pela assembléia, cuja natureza era arbitral. Pugnava pela extinção do processo em julgamento do mérito (art. 267, VII, do CPC), forte na tese de que somente a assembléia tinha jurisdição sobre o caso.

No julgamento do recurso, restou consignado que não é possível falar que a convenção do condomínio ou a assembléia geral tenham características de arbitragem. Embora o julgado não tenha se alongado na questão, manifesta a falta de seriedade da convenção, já que o propósito nítido da cláusula arbitral era pôr a salvo de qualquer impugnação a decisão da assembléia, que cumulava as incompatíveis atividades de parte e julgador (art. 14 da Lei de Arbitragem).

8. REVELIA NO PROCESSO ARBITRAL E VALIDADE DA SENTENÇA

O Superior Tribunal de Justiça, já à luz de sua novel competência para a homologação de sentenças judiciais e arbitrais estrangeiras (art. 105, I, "i", da Constituição Federal, com a redação dada pela emenda n. 45/2004), tem aceitado à plenitude as sentenças arbitrais proferidas à revelia do demandado, desde que observadas as disposições dos artigos 38, III, e 39, parágrafo único, ambos da Lei de Arbitragem.

De acordo com a corte especial do STJ (homologação de sentença estrangeira n. 887), para a homologação de sentença arbitral estrangeira proferida à revelia do demandado, compete a ele comprovar (e não ao requerente) que não foi devidamente comunicado da instauração do procedimento. Caso assim não faça cabalmente, nada impede a homologação da sentença estrangeira, nos termos do art. 38, III, da Lei de Arbitragem (Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 06.03.2006).

Em outro incidente de homologação de sentença arbitral (n. 874) estrangeira, o STJ reconheceu a eficácia da citação postal realizada em território brasileiro, nos termos do art. 39, parágrafo único, da Lei de Arbitragem. Pretendia a

condenada – que era domiciliada no Brasil – afastar a validade da citação postal, vez que, ao seu entender, a ausência de rogatória de citação viciaria o procedimento e implicaria a negativa ao seu direito de defesa. O Relator Min. Francisco Falcão (corte especial), expressamente, afastou a alegada ofensa à ordem pública na medida em que havia comprovação nos autos, além da citação postal admitida pela lei brasileira (art. 222 do CPC), de inúmeras intimações do impugnante para o comparecimento a atos realizados no processo arbitral (j. 19.04.2006).

9. MEDIDAS DE URGÊNCIA PERANTE A JUSTIÇA ESTATAL ENQUANTO AINDA NÃO INSTAURADO O JUÍZO ARBITRAL

Em antigo trabalho acadêmico, tive oportunidade de investigar a possibilidade de serem requeridas medidas de urgência ao juiz togado enquanto ainda não instaurado o juízo arbitral (*verbis*):

Questão interessante surge quando, antes da instauração do Juízo Arbitral, com a aceitação da nomeação pelo(s) árbitro(s) (art. 19, *caput*, da LA), haja necessidade de alguma dessas medidas cautelares ou de urgência. Quem seria competente para apreciá-la? Haveria instauração antecipada do juízo arbitral?

Parece-me que não. A parte deve requerer diretamente ao Juiz competente para o conhecimento da causa (o da sede do juízo arbitral) a medida (agora sim com prevenção para a futura ação de nulidade do art. 32/33, da LA).

Entretanto, nesses casos, à exceção da medida cautelar de antecipação de provas (art. 846 do CPC), que se esgota com a simples produção, os demais provimentos cautelares ou de urgência deverão, depois de concedidos pela Jurisdição Estatal (arrestos, seqüestros, etc.), ser ratificados pelo juízo arbitral a se instaurar, remetendo-lhe o juiz os autos tão logo tenha ciência da aceitação da nomeação pelos árbitros, preservando-se, assim, a competência plena da Jurisdição privada sobre o litígio.

Entendendo o juízo arbitral ser impertinente ou desnecessária a medida, poderá, simplesmente, cassá-la, sem que haja problema algum de âmbito processual, posto que as cautelares em geral não fazem coisa julgada material, bem como, as concedidas liminarmente, podem ser cassadas a qualquer tempo (Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal. *Revista de Processo* n. 106, p. 202/203).

A jurisprudência acabou acolhendo, ao menos parcialmente, tese que advogávamos.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em precioso precedente em que atuou como advogado Carlos Alberto Carmona, um dos integrantes da comissão de redação do anteprojeto que veio a se converter na Lei n. 9.307/96⁸ (Agravado de Instrumento n. 384.896-4, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Sérgio Gomes, vu, j. 03.05.2005), aceitou a intervenção excepcional da justiça estatal quando, sendo necessária uma medida de urgência, ainda não tivesse sido instaurado o juízo arbitral.

Tratava-se de uma ação cautelar em que a Companhia Melhoramentos de São Paulo pretendia a suspensão de uma cláusula em acordo de acionistas,

⁸ Os outros dois integrantes desta comissão foram Selma Maria Ferreira Lemes – organizadora desta Revista – e Pedro Antônio Batista Martins.

cuja liminar foi deferida pelo juízo da 13ª Vara Cível da Comarca da Capital paulista (Juíza Cecília Pinheiro da Fonseca Amendolara – processo n. 131.763/2004), sob o fundamento de que o acordo impedia o exercício do direito de aquisição na forma planejada pela QWLA Participações Ltda, requerida na ação, ao menos até que os árbitros solucionassem em definitivo a questão, com a instauração da arbitragem também convencionada.

O Relator do Agravo de Instrumento interposto de tal decisão (pela QWLA Participações Ltda.), ao afastar a tese da agravante de que o Judiciário não poderia se imiscuir diante da convenção de arbitragem, deixou assentado que “não há violação da Lei n. 9.307/96, porquanto a Melhoramentos não tinha outra alternativa, senão socorrer-se do Poder Judiciário, uma vez que a arbitragem ainda não havia sido instituída, o que, como é notório, depende de inúmeras providências (eleição de árbitros, elaboração do respectivo requerimento, tradução de documentos, etc.)”, ainda mais quando, no caso, o próprio regulamento da Corte Internacional de Arbitragem – eleita com órgão institucional para o caso – permite o acesso ao Judiciário em determinadas circunstâncias, entre elas os casos de medidas de urgência (art. 23.2).

Em 24.03.2006, o Superior Tribunal de Justiça não conheceu do agravo de decisão denegatória do recurso especial que se interpôs do V. Acórdão do TJ/SP, tendo, logo após, transitado em julgado a decisão.

Em outros precedentes, os Tribunais pátrios endossaram a tese de que compete à Justiça Estatal dirimir questões urgentes.

A 1ª Câmara de Direito Privado do próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravo de Instrumento n. 240.062-4, Rel. Elliot Akel, j. 27.08.2002) já havia assentado que a cláusula arbitral não impede que o Estado, por meio de seus órgãos jurisdicionais, conceda tutelas de urgência.

E o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no mesmo sentido, admitiu que, ainda não instaurado o juízo arbitral pela celebração do compromisso, compete ao Judiciário apreciar cautelar de exibição de documentos (Agravo de Instrumento n. 0273072-3, 3ª Câmara Cível, Rel. Edílson Fernandes, vu, j. 24.02.1999).

10. CABIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM SEDE DE AÇÕES QUE APRECIEM VALIDADE DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E IMPOSSIBILIDADE DE RETENÇÃO DO EXTRAORDINÁRIO CONTRA DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS (ART. 542, § 3º, DO CPC)

O Supremo Tribunal Federal, na Medida Cautelar n. 212/RJ, cujo Relator era o Ministro Marco Aurélio, entendeu que, estando em jogo jurisdição, ante a cláusula em que prevista a solução de conflito de interesse via arbitragem, tudo recomenda a submissão do tema ao Supremo Tribunal Federal (j. 01.06.2004).

Tratava-se de Agravo de Instrumento tirado contra decisão da justiça carioca, confirmada pelo respectivo Tribunal de Justiça, que não aceitara a validade de cláusula de arbitralidade eleita pelas partes, prosseguindo no conhecimento da demanda e negando a extinção do processo requerida pela parte demandada (art. 267, VII, do CPC).

A demandada, inconformada com a decisão de 2º grau, ofertou Recurso Extraordinário, cujo processamento foi negado pelo Tribunal de Justiça do Esta-

do do Rio de Janeiro por força da retenção obrigatória dos recursos excepcionais interpostos contra decisões interlocutórias (art. 542, § 3º, do CPC).

O Pretório Excelso, ao apreciar a citada cautelar recebida como reclamação, determinou o processamento do Extraordinário, apontando expressamente que nesses casos não impera o regime da retenção por força do princípio da economia processual, já que seria contraproducente permitir o prosseguimento do processo sob o risco de, ao final, ser emprestada validade à convenção de arbitragem, com extinção da demanda.

E, a meu ver, disse mais, revelando que matéria referente à validade de convenção de arbitragem, por envolver o próprio afastamento da Jurisdição Estatal, toca questão constitucional, sendo, portanto, plenamente possível a ativação da jurisdição da Corte Suprema via Recurso Extraordinário.

11. CONCLUSÃO

Da análise dos principais precedentes jurisprudenciais colacionados nestes 10 (dez) primeiros anos da Lei n. 9.307/96, bem se percebe que o Judiciário tem feito sua parte em prol da consolidação da arbitragem, afastando o intervencionismo tão receado por aqueles que apostam no instituto como eficaz meio alternativo de solução das controvérsias.

Ressalvada a sua participação na instauração compulsória das arbitragens decorrentes de cláusula compromissória vazia e da apreciação de medidas urgentes antes da instauração do juízo arbitral, a Justiça Estatal vem terminantemente se negando a interferir nos meandros do processo arbitral, deixando ao critério das partes e do árbitro a resolução das questões litigiosas em seu todo.

Não há razão para se desconfiar de que nos próximos anos haja mudança no cenário jurisprudencial ora apresentado. Não será, portanto, por intervenção da jurisprudência, que a arbitragem estará fadada ao insucesso.

12. ABSTRACT:

In the 10th anniversary of the arbitral law (law n. 9.307/96), this article do a jurisprudencial retrospective about the Brazilians courts behavior.

Word keys: Civil procedure Law. Arbitration. Brazilians Courts.

13. REFERÊNCIAS

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos, GRIONOVER, Ada Pelegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. RT: São Paulo, 1988.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. RT: São Paulo, 1994.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Arbitragem – Lei n. 9.307/96*. Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 1997.

CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no Processo Civil Brasileiro*. Malheiros: São Paulo, 1993.

_____. *Arbitragem e Processo (um comentário à Lei n. 9.307/96)*. Malheiros: São Paulo, 1998.

CAPELETTI, Mauro, “Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça”, trad. De José Carlos Barbosa Moreira, *in Revista Forense*, vol. 326, abril/junho de 1994.

CASELLA, Paulo Borba (coord.). *Arbitragem lei brasileira e praxe internacional*. 2ª ed. LTr: São Paulo, 1999.

_____. “Arbitragem internacional e boa fé das partes contratantes”, in *Revista dos Tribunais* n. 668/239, junho de 1991.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de Processo Civil*. (trad. Adrián Sotero de Witt Batista). Ed. Servanda: Campinas, 1999.

_____. *Sistema de Direito Processual Civil* (trad. Hiltomar Martins Oliveira). Ed. Classic Book: São Paulo, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil* (trad. Paolo Capitano). BookSeller: Campinas, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. Saraiva: São Paulo, 1994.

_____. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. Saraiva: São Paulo, 1993, v. I.

FALAZZARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. Cedam: Padova, 1989.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Manual da Arbitragem*. RT: São Paulo, 1997.

FURTADO, Paulo. *Juízo Arbitral*. Nova Alvorada: São Paulo, 1995.

_____. e BULOS, Uadi L. *Lei da Arbitragem Comentada*. Saraiva: São Paulo, 1997.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. “Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a Jurisdição Estatal”, in *Revista de Processo*, RT, São Paulo, n. 106, abr.-jun. 2002, p. 189-216.

LEE, João Bosco, “Le nouveau régime de l’arbitrage au Brésil”, in *Revue de l’Arbitrage*, 1997, p. 211 e ss.

MAGALHÃES, José Carlos. *Do Estado na Arbitragem Privada*. Max Limonad: São Paulo, 1988.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Millenium: Campinas, 2000.

NERY, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. RT: São Paulo, 1996.

NERY, Nelson. *Princípios de Processo Civil na Constituição Federal*. 2ª ed. RT: São Paulo, 1995.

PIRES DOS SANTOS, Ulderico. “Arbitragem - Ligeiras observações sobre alguns aspectos polêmicos”, in *Revista dos Tribunais*, n. 769, p. 68/78.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Arbitragem Privada Internacional no Brasil*. RT: São Paulo. STRENGER, Irineu. *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*. Ed. LTr: São Paulo.



AS FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO E O ENSINO DO DIREITO

Antônio Hélio Silva¹

RESUMO:

O presente artigo aponta algumas das formas alternativas para solução de conflitos e a necessidade de formação de nova mentalidade no desenvolvimento dos cursos de direito para substituir a *cultura do litígio* pela *cultura da composição* judicial e extrajudicial.

Palavras-chave: Conflitos sociais. Formas alternativas de solução. Formação acadêmica. Cultura da conciliação.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Fundamentos sociais do ensino jurídico – 3. Conflito – naturalidade do ser social – 4. Os juizados especiais – 5. Necessidade de novas fórmulas de pacificação social – 6. Formas alternativas de solução – 7. Juizados de conciliação e outras iniciativas bem sucedidas – 8. Conclusão – 9. *Abstract*.

1. INTRODUÇÃO

A conciliação tem recebido grande destaque no meio jurídico, sendo objeto de recente campanha do Conselho Nacional de Justiça sob o título *CONCILIAÇÃO É LEGAL*. É de se ressaltar, entretanto, que o impulso desse movimento pela conciliação se deve em grande parte a iniciativas do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais, tais como os Juizados de Conciliação e as Centrais de Conciliação, ambas reconhecidas e premiadas em nível nacional.

Com efeito, deste o ano de 2002, a população de Minas Gerais tem usufruído de serviços de conciliação oferecidos pelas mencionadas iniciativas, bem como experimentado e constatado as vantagens dessa forma de solução de conflitos, o que resultou, inclusive, em apresentação de Proposta de Emenda à Constituição Federal (PEC-178/2003), a qual se encontra ainda em trâmite, onde se propõe a alteração da redação do art. 98 da CF/88, prevendo a implantação de Juizados de Conciliação em todo território nacional.

Diante de tal realidade, torna-se relevante refletir a respeito de como as instituições de ensino têm abordado o assunto.

O ensino é um tema que deve ser pensado e repensado constantemente. E não é diferente quanto ao ensino da Ciência do Direito.

Pensar e repensar o ensino do Direito conduz necessariamente a uma reflexão sobre o próprio Direito, reflexão esta que deve se dar não só no plano da teoria, mas considerando, sobretudo, a prática, a realidade que nos cerca e as demandas atuais e legítimas da sociedade, com o cuidado de não cair no casuísmo, que, infelizmente, não raro acaba por influenciar a atividade legislativa, quando

¹ Desembargador Segundo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Superintendente da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes – EJEJ. Ex Coordenador Geral dos Juizados de Conciliação de Minas Gerais.



esta se vê pressionada pelo calor de acontecimentos que afetam sobretudo a sociedade e o sentimento dos cidadãos.

2. FUNDAMENTOS SOCIAL DO ENSINO JURÍDICO

Assim como a norma jurídica não deve ser casuística, o ensino do Direito também não o deve ser, pois lida com a formação de profissionais que, como tal, desempenharão importante papel político na sociedade. Qualquer que seja a área em que atue, o profissional do Direito deve ter em mente sua responsabilidade para com a construção de uma sociedade melhor, mais livre, justa e solidária, pautando-se sempre nos valores éticos em que se fundamenta todo o nosso ordenamento jurídico, dentre os quais a solução pacífica de controvérsias, que se configura como compromisso de toda a sociedade, e em especial dos profissionais do Direito.

A base, portanto, deve ser sólida e firme. A transformação do mundo decorre da transformação das pessoas, através de sua formação, daí a importância de uma boa formação.

No atual contexto, não é mais suficiente um conhecimento baseado meramente num tecnicismo distante da realidade, ou num intelectualismo insensível, pois o direito não é mera técnica, mas sim uma ciência humana, não podendo ser desumana sua aplicação.

Portanto, à boa formação técnica deve ser associada uma formação humana de qualidade, para que na aplicação do Direito se alcance a justiça, o bem estar e a tão almejada paz social.

A idéia de Justiça distante e morosa não é mais possível. E a formação é instrumento fundamental para se mudar a realidade.

O ensino do Direito só existe porque existe o Direito, e este só existe em razão do ser humano que, por seu turno, vive em sociedade. Portanto, a razão de ser do Direito decorre das relações sociais e de sua complexidade, que implica, necessariamente, a existência de conflitos.

Assim, não há como pensar o Direito e o seu ensino sem considerar o conflito.

Por isso, é preciso refletir a respeito de como as instituições de ensino têm tratado o conflito, e que formas de solução de conflitos constam da formação de quem hoje é estudante e que amanhã será um profissional do Direito atuante na sociedade.

A formação do aluno deve basear-se somente na cultura do litígio ou abordar também formas alternativas de solução de conflito que favorecem a cultura do diálogo e da paz social, como acontece, por exemplo, na conciliação?

3. CONFLITO – NATURALIDADE DO SER SOCIAL

Se um ser humano se aproxima de outro surge a possibilidade de conflito entre eles, o que muitas vezes acontece. Ademais, com o progresso pós-revolução industrial, os homens se aglomeraram em cidades, o que causou o aumento dos conflitos e, em consequência, a violência que deles nasce.

Com efeito, onde está o homem está o conflito; pois, mesmo sozinho, tem seus conflitos interiores. O conflito, portanto, é inerente ao ser humano, tanto como indivíduo, quanto como ser social.

Por outro lado, o anseio por uma solução para os conflitos faz parte da natureza humana tanto quanto os próprios conflitos, pois as pessoas, quando se encontram em situação de conflitos não resolvidos, sentem-se subtraídas de valores que lhe são essenciais, especialmente o da dignidade humana, imprescindível para o exercício da cidadania. Conflitos sem solução transformam-se num verdadeiro tormento para as pessoas, gerando desesperança, falta de auto-estima e uma verdadeira desconfiança em tudo e em todos, inclusive nos profissionais do Direito e nas instituições democráticas, como é o caso do Poder Judiciário. E um Estado constituído por um povo desacreditado não tem como progredir. Ao progresso, não basta a ordem. É preciso devolver a auto-estima ao povo brasileiro, mas isso não se faz com propagandas, e sim com ações que efetivem o exercício da cidadania, tendo as faculdades de Direito um grande papel a exercer nesse aspecto.

4. OS JUIZADOS ESPECIAIS

Em nosso país, a forma tradicional de resolução de conflitos é a ação judicial, por meio da qual as pessoas podem invocar o Poder Judiciário (o Estado) para que este decida a questão.

O Poder Judiciário sempre se preocupou com o aprimoramento da prestação jurisdicional. Entretanto, mesmo com todo o esforço, seus órgãos tradicionais não são suficientes para atender à demanda por Justiça.

A criação dos Juizados Especiais (Lei nº 9099/95) contribuiu para uma diminuição da desigualdade social no que diz respeito ao acesso à solução de conflitos, adotando um procedimento mais informal do que os demais, com ênfase na conciliação. Todavia, os mais humildes e sofridos, excluídos de qualquer amparo estatal, não têm condições sequer de acesso ao Juizado Especial, em razão de suas enormes carências e limitações. Muitas vezes, não podem pagar nem uma passagem de ônibus para chegar ao Fórum. É comum ouvirmos as pessoas dizerem que nunca entraram em um Fórum, nem mesmo como testemunhas. Daí podemos avaliar a dificuldade que têm de se aproximar do Judiciário, de se aproximar de autoridade.

Além disso, a forma de praticar a Justiça pelos métodos existentes em nossa legislação processual, com muita formalidade e muitos recursos, além de cara e morosa, não traz a tão almejada paz social. E isso por ser uma Justiça materializada num procedimento formal, em que as partes se contendem - atacam e defendem - saindo ao final um vencido e um vencedor e, conseqüentemente, um ou mais descontentes.

Assim, o processo judicial torna-se uma guerra, onde a decisão é imposta e, por conseguinte, não leva à paz e, na maioria das vezes, acaba por perpetuar o litígio, não sendo tão raro uma decisão vir a alcançar apenas os herdeiros ou os herdeiros dos herdeiros das partes.

5. NECESSIDADE DE NOVAS FÓRMULAS DE PACIFICAÇÃO SOCIAL

Por outro lado, paralelamente à forma tradicional, existem as chamadas formas alternativas de resolução de conflitos, dentre as quais destacamos a arbitragem, a negociação, a mediação e a conciliação.

As formas alternativas, que surgem como opções lícitas para a resolução

do conflito, ainda não são totalmente vistas com bons olhos em nosso meio. E isso porque a nossa cultura, de herança positivista, é extremamente apegada ao formalismo. Assim, as mesmas pessoas que reclamam do que chamam de burocracia, a qual emperra a prestação de muitos serviços, insistem em não aceitar e não acreditar em alternativas mais simples e mais informais do que a tradicional.

Todavia, nos últimos tempos, as formas alternativas têm despertado grande interesse no meio acadêmico, especialmente por envolver mudanças de mentalidade e cultura, sendo objeto de monografias e dissertações.

As faculdades de Direito,² em boa hora, estão incluindo em seus currículos disciplina sobre os meios alternativos de solução de conflitos, o que significa o início da mudança da maneira de se fazer justiça e se resgatar a paz social. Não há como o profissional do Direito ser agente de mudança nesse sentido, se teve uma formação baseada única e exclusivamente na cultura do litígio.

E o advogado que solucionar os conflitos que chegam ao seu conhecimento através do acordo, além de estar dando solução mais rápida, pacífica e menos onerosa, estará sendo beneficiado, pois receberá seus honorários com mais rapidez e menos trabalho, o qual será muito mais gratificante, ainda que os honorários não sejam o máximo permitido pela lei.³

É de se ressaltar que, no âmbito internacional, especialmente no tocante às relações entre Estados, a regra é que as soluções de conflitos ocorram através da negociação, onde prevalece a autonomia da vontade e da decisão das partes. Ora, se é através do diálogo e de forma autônoma que são resolvidas questões tão importantes, e cuja decisão implica conseqüências para povos inteiros, não há porque entender que as pessoas (que cada ser humano) não sejam capazes de decidir suas próprias questões. É preciso apenas que lhes sejam dadas oportunidades para fazê-lo. O Estado não pode mais monopolizar a solução de todos os conflitos, desconfiando da capacidade do seu povo, habituando-o à inércia de quem espera que tudo lhe seja dado ou imposto, pois isso sufoca o sentimento de liberdade, quebra a energia das vontades e adormece a iniciativa de cada um. Só há democracia com participação e a participação deve ser efetiva. E não há como falar em participação, em cidadania e em democracia se não é dada às pessoas a liberdade ou oportunidade de, pacificamente, resolverem seus próprios conflitos.

6. FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO

Das formas alternativas de solução de conflitos, abordaremos, inicialmente, a *arbitragem*, disciplinada pela Lei nº 9307/96, que, após longa discussão jurídica, foi considerada constitucional pelo STF.

A arbitragem em muito se assemelha à forma tradicional. A principal característica em comum é que em ambas as formas a decisão é tomada por terceiros e não pelas próprias pessoas envolvidas no conflito. Na arbitragem, a decisão também é imposta. Há também um processo, que também se caracteriza pela disputa e em que, semelhantemente ao processo judicial, as partes atacam e defendem, saindo ao final um vencido e um vencedor.

² Por exemplo, na Universidade de Uberaba – UNIUBE, no Curso de Direito, a matéria MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM, como disciplina autônoma, encontra-se na grade curricular desde o ano de 2003.

³ Código de Ética e Disciplina da OAB – “Art. 2º [...]. Parágrafo Único: São deveres do advogado: [...] VI – estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios.”

Além disso, a arbitragem é de acesso restrito, não se destinando à parcela carente da população, uma vez que envolve gastos que podem torná-la ainda mais elitista que a forma tradicional, não contribuindo, conseqüentemente, para redução das desigualdades sociais. No entanto, a vantagem que se espera da arbitragem é que a solução seja alcançada mais rapidamente.

Outra forma alternativa é a *negociação*, por meio da qual as próprias pessoas decidem suas questões, sem auxílio de terceiros. É uma forma pacífica, tendo em vista que a decisão nasce da vontade das pessoas que vivem o conflito, as quais encontram uma solução que melhor lhes atenda, mediante o diálogo e de forma harmônica. E como já dito, é a maneira mais usada para a solução de conflitos internacionais.

Contudo, muitas vezes as pessoas não conseguem, sozinhas, estabelecer o diálogo de modo a chegarem a um acordo. Torna-se necessária, então, a presença de uma terceira pessoa que as auxilie a fazê-lo. Diante dessa necessidade surgem a *conciliação* e a *mediação*.

Os autores costumam diferenciar essas duas formas. No entanto, não estabelecem critérios claros e objetivos de distinção. O que determinado autor chama de *conciliação*, outro chama de *mediação* e vice-versa, razão pela qual não vou me deter nessa questão. Entendo que a *mediação* é uma forma mais sofisticada de se chegar ao acordo, pois nela pode haver a oitiva das partes separadamente e outras diligências prévias, enquanto na *conciliação* o acordo é buscado com a presença e diálogo das partes, em princípio, num único momento.

Como visto, tanto a *ação judicial* quanto a *arbitragem*, além de distantes da população mais necessitada, não se mostram como as mais adequadas na busca da paz social, uma vez que, em ambas, a decisão não nasce da vontade das pessoas, mas é imposta ao fim de um procedimento formal desgastante, em que a disputa, e não a paz, em regra é sempre fomentada. Já a negociação, embora pacífica, nem sempre é possível, pois as pessoas, na maioria das vezes, precisam de alguém que as auxiliem a chegarem a um acordo. Por outro lado, a mediação, que conta com o auxílio desse alguém, pode também se mostrar desgastante para as pessoas, em face de sua maior complexidade em relação à conciliação, na qual se busca unicamente o acordo e, conseqüentemente, a paz e a harmonia entre as pessoas; razão pela qual entendo ser a conciliação a forma que tem a potencialidade de ser efetivamente a mais pacífica na resolução de conflitos.

Acredito na *simplicidade*, pois nela está a sabedoria e por isso acredito na *conciliação*. Acredito que é possível harmonizar as pessoas a fim de se alcançar a paz social. Acredito que só alcançamos aquilo em que acreditamos. E acredito que é responsabilidade nossa, enquanto cidadãos e especialmente como operadores do Direito, contribuir para uma sociedade melhor.

7. JUIZADOS DE CONCILIAÇÃO E OUTRAS INICIATIVAS BEM SUCEDIDAS

Precisamos chegar até as pessoas excluídas, levando-lhes soluções para os seus conflitos, de uma maneira simples, informal e gratuita; de modo a valorizar a dignidade do ser humano e contribuir para o bem estar social e para a redução das desigualdades sociais.

Diante de tal realidade, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais criou os Juizados de Conciliação, em parceria com a sociedade, oferecendo aos grupos mais vulneráveis da população espaço para a resolução consensual dos seus

conflitos, através do cultivo do diálogo, promovendo uma nova cultura de Justiça e também a paz social. Trata-se de uma iniciativa baseada na solidariedade, sem qualquer vínculo jurisdicional, e que mobiliza Estado e comunidade numa atitude conjunta em prol de uma sociedade melhor.

É relevante lembrar que o instituto da conciliação já teve papel de destaque na ordem jurídica brasileira, quando na Constituição Imperial de 1824 impunha que nenhum processo se iniciasse antes de uma tentativa de conciliação. Era a implantação da figura do Juiz de Paz.⁴

Urge uma mudança de mentalidade com o resgate da cultura da conciliação, num momento em que a vida contemporânea se mostra cada vez mais agitada e não permite que as pessoas se ouçam e conheçam a verdade do outro para que possam elas mesmas, de forma autônoma, solucionar seus próprios conflitos através do diálogo. O Juizado de Conciliação é o espaço onde isso se torna possível, uma vez que o conciliador, neutralizando as emoções, propicia o verdadeiro diálogo, expondo as razões da conveniência e oportunidade para o acordo, sem interferir na decisão dos interessados, com a qual todos saem ganhando. Além disso, a conciliação se destaca por valorizar a potencialidade das pessoas, devolvendo-lhes não somente o poder de decidir suas próprias questões, mas também a própria honra, dignidade e liberdade, que muitas vezes julgam perdidas.

A iniciativa dos *Juizados de Conciliação* (Resolução nº 460/2005,⁵ do TJMG) tem cumprido e continuará cumprindo um pedaço significativo da missão de solidariedade que compete a todos nós, bem como de que a nossa mobilização conjunta, embora ainda esteja longe de representar uma solução para todas as mazelas de nossa sociedade, conseguirá modificar as estatísticas de conflitos e melhorar nossos indicadores sociais.

Outra iniciativa do TJMG é a implantação de *Centrais de Conciliação*, por meio da Resolução nº 407/2003,⁶ do TJMG. Trata-se de uma prática de gestão pioneira que tem obtido resultados significativos nas comarcas onde já foram implementadas. O objetivo é agilizar a resolução de conflitos referentes a feitos de família já ajuizados, mediante a realização de sessões prévias de conciliação entre as partes, com o auxílio de estagiários de Direito ou Psicologia preparados para este fim. Obtendo-se o acordo na audiência, os autos são encaminhados para o Ministério Público, e após o seu retorno o acordo é homologado pelo juiz, sendo imediatamente encerrado o processo. Deste modo, as Centrais dão resposta rápida às demandas das partes, com redução do tempo de tramitação processual, reduzindo também o aumento do acervo processual, e o que é mais importante, solucionando o litígio de maneira pacífica, pois para o acordo houve a livre participação das partes, o que aumenta a paz social, tanto que nos processos em que são realizados acordos, menor é o índice de desarquivamento com pedido de mudança da decisão acordada.

A *Central de Conciliação de Precatórios* é outra realidade no Estado de Minas Gerais, implantada pela Resolução nº 417/2003,⁷ do TJMG, que demons-

⁴ Hoje, o Juiz de Paz, com previsão nos arts. 14 e 98, II, da CF/88, tem função de celebrar casamentos e, também, sem caráter judicial, funções conciliatórias, as quais, na prática, não têm se constituído uma realidade.

⁵ Dispõe sobre a organização dos Juizados de Conciliação, a instalação e a suspensão das atividades, a extinção, os procedimentos e dá outras providências.

⁶ Regulamenta o "Projeto Conciliação" e institui as Centrais de Conciliação.

⁷ Institui a Central de Conciliação de Precatórios, órgão vinculado à Presidência do TJMG. Textos completos das Resoluções 407/2003, 417/2003 e 460/2005 encontrados no site: www.tjmg.gov.br/cgi-bin/institucional/at/pesqatos.cgi

tra a eficácia da conciliação como forma de resolução de conflitos, numa das áreas mais tormentosas de nossa realidade, sendo que até pouco tempo atrás, no meio acadêmico e teórico em geral, não se admitia falar em conciliação em tais questões, sob o argumento de se tratar de matérias de ordem pública, o que, no entanto, não deve ser entendido de forma tão absoluta, pois isso, ao engessar as possibilidades de solução de conflito por parte do Estado, contrariaria o interesse público e, conseqüentemente, a própria ordem pública, ressaltando que o Direito não é estático e sim dinâmico, mudando de acordo com a evolução e com as necessidades da sociedade, que apontam cada vez mais para a conciliação como uma forma eficaz e mais pacífica de solução de conflitos.

Seguindo este raciocínio, temos que em Belo Horizonte a conciliação já é uma realidade também nas Varas de Fazenda Pública, a qual tem contribuído para a redução do acervo processual e para a celeridade da prestação jurisdicional, que com a Emenda Constitucional nº 45/2004, foi alçada expressamente à qualidade de direito e garantia fundamental, passando constar do artigo 5º da CF/88.

Com efeito, é visível a eficiência da conciliação como forma de solução de conflitos, sendo que no ano de 2005, dentre as audiências realizadas nas Centrais de Conciliação em todo o Estado de Minas Gerais, 68% resultaram em acordo.

Já no tocante aos Juizados de Conciliação, além de alcançarem uma grande parte da camada mais desfavorecida da população, reduzindo, assim, a desigualdade social no que diz respeito ao acesso à solução de conflitos, tem-se que a média geral na obtenção de acordos também gira em torno dos sessenta por cento, não sendo raro em diversas localidades a media de acordos obtidos superar o índice de 80%, o que comprova ser a conciliação instrumento fundamental para a promoção da paz social.

8. CONCLUSÃO

Conclui-se, pois, que a conciliação deixou de ser mera letra vazia na legislação processual e passou a ser uma realidade – tanto no âmbito do processo quanto fora dele – que cada vez mais integra o cotidiano do profissional do Direito, o qual deve estar apto a lidar tal realidade, desenvolvendo sua habilidade conciliatória, e sempre atento à sua responsabilidade social como agente de formação e transformação da sociedade, cultivador da semente do diálogo e da conciliação, na construção de uma sociedade melhor, mais justa, harmônica, pacífica e feliz.

9. ABSTRACT

This paper shows some alternative forms of conflict solution and the need of a different thought towards law courses so as to substitute conflict culture for other forms of judicial and nonjudicial agreements.

Key words: Social conflicts. Alternative solution forms. Academic development. Conciliation culture.



A FUNÇÃO SOCIAL DA LINGUAGEM JURÍDICA ATRAVÉS DOS TEMPOS

Gustavo Félix Grizzuti¹

Resumo:

A evolução da linguagem jurídica através do tempo justifica-se na medida em que o direito é uma linguagem própria para uns autores e para outros é uma aplicação da linguagem. Fundamentação teórica e histórica da função social da linguagem jurídica através do tempo.

Palavras chave: Norma; linguagem normativa; Função social da linguagem jurídica; Direitos humanos a justiça e a equidade; Espanhol e a desconstrução do direito.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Fundamentação Teórica e histórico da função social da linguagem jurídica através dos tempos – 3. Decorrências para a Educação: Novos Paradigmas – 4. A simplificação da linguagem jurídica na campanha da Associação dos Magistrados do Brasil – 5. Considerações finais – 6. *Resumen* – 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo o estudo da evolução da linguagem jurídica através dos tempos para o ensino de línguas neolatinas para fins específicos. Justifica-se na medida em que o direito é uma linguagem própria. É linguagem *normativa*, para uns autores; e, para outros, é simplesmente a *aplicação* da linguagem.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA E HISTÓRICO DA FUNÇÃO SOCIAL DA LINGUAGEM JURÍDICA ATRAVÉS DOS TEMPOS

Sabemos que o Direito encontra-se na vida social e sua função é a de regular condutas que podem comprometer os interesses fundamentais e primários do homem: a vida, sua família, sua propriedade, sua integridade física; suas necessidades biológicas e psicológicas. Estes interesses, para ser plenos, necessitam do social, da presença, colaboração e participação dos outros, pois, quanto maior é a nossa relação com os outros, mais se acentua a presença do Direito.

De que meios se vale o Direito para facilitar colaboração social necessária e garantir que não interfiram os fins e interesses individuais ou colectivos? O Direito usa uma linguagem, pois possui um modo de expressar-se. Desde a visão positivista, a linguagem do direito é a linguagem das **NORMAS**, portanto, segundo os primeiros positivistas, esta é uma **LINGUAGEM NORMATIVA**.

Por isso o que caracteriza as regras do Direito, para o positivismo, é o discurso **NORMATIVO**: ordenar, determinar, prescrever as condutas sociais im-

¹ Advogado. Licenciado em Língua Espanhola (CEFET PR). Diploma Superior de Español Ministerio de Educación y Ciencia de España. Posgraduando em Metodologia do Ensino/Aprendizagem de língua estrangeira Espanhol pela UNIUBE.



perativamente, o que as pessoas devem adotar para preservar ou proteger alguns dos seus interesses. Assim, a linguagem do Direito, ao ordenar, impõe condutas, não sugere. Ordena o fazer ou o não fazer determinada ação.

Por DISCURSO NORMATIVO Eugenio Bulygin² entende:

“todo discurso em que aparecem os termos tipicamente normativos, como proibido, permitido, obrigatório, deve, não deve, pode, etc. Orações nas quais figuram esses termos são chamadas por H. von Wright orações deônticas. Tais orações são freqüentemente usadas para expressar normas, vale dizer, como formulações de normas. Mas é importante ter presente que as normas podem também ser formuladas mediante outros recursos lingüísticos (imperativos, orações no futuro do indicativo, por exemplo: aquele que matar a outro será penado...) ou não lingüísticos (semáforos, gestos, cartéis etc.).” (A tradução é nossa)

A norma jurídica, para o positivismo, assegura a efetividade de seus mandados através da ameaça da força. Essa força organizada da sociedade, seguindo a escola do positivismo, denomina-se *poder político*; a força institucionalizada e aplicada ao cumprimento das normas se chama coação. Hans Kelsen explica que

*“Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis por serem socialmente perniciosas – particularmente contra condutas humanas indesejáveis – com um acto de coação, isto é, com um mal – como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros – um mal que é aplicado ao destinatário, mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física – coativamente, portanto.”*³

Outras normas que não as jurídicas carecem de coação para ser obedecidas (assim as normas morais). Em igual sentido e sobre norma e linguagem, VERNENGO, Ernesto J. escreve:

“(...) O pensamento teórico jurídico tem percorrido desde uma ingênua identificação entre linguagem e direito, até relações muito mais complexas. Já em Savigny aparece a idéia da analogia entre direito e linguagem enquanto produtos da consciência do povo; na sua elaboração teórica, a ciência jurídica se assemelharia às gramáticas elaboradas pelos lingüistas para explicar as linguagens desenvolvidas espontaneamente pela consciência popular. Hume havia destacado que as linguagens e os direitos positivos são produzidos por convenções humanas, examinando certas funções rituais da linguagem semelhantes aos usos jurídicos para constituir fenômenos jurídicos específicos. É só com o desenvolvimento da filosofia analítica da linguagem que se postula teses da identificação do direito com uma linguagem, proposta inicialmente por um discípulo de Kelsen: F. Openheim. Mas é a aparição e o desenvolvimento das lógicas normativas, a partir do ensaio de H. Von Wriqth, que dão fundamento para uma tomada de consciência dos

² BULYGIN, Eugenio. El Lenguaje de las normas. Instituto Cervantes. Doxa, p. 1.

³ KELSEN, Hans. Teoría Pura do Direito. Martins Fontes. São Paulo, p. 35.

problemas lingüísticos dos discursos normativos(...).⁴ (A tradução é nossa).

Segundo o positivismo ortodoxo, todo juízo, para ser verdadeiro, precisa ter uma razão suficiente (*principium rationis sufficientis*).

A razão suficiente das normas garante o princípio da segurança jurídica, e este exige que toda definição dos termos e das expressões fique longe do significado que adquirem na linguagem coloquial proporcionada pelas próprias normas, como de fato costumam fazer, embora nem sempre.

Esta visão *positivista* ortodoxa foi posta em crise na segunda metade do século XX, pois aquela pretensão de que era possível entender e operar o Direito só com o Direito, ou seja, sem abertura às dimensões éticas, econômicas, políticas, culturais, etc., terminava construindo um Direito que, mais que reflexo da realidade, convertia-se em sua própria caricatura. É que o direito, para os críticos do positivismo, é ético ou moral, de modo que qualquer compreensão dele que margine essa dimensão estará condenada a falar de um direito fora da realidade jurídica ou de um Direito que pode se voltar grosseiramente contra o próprio homem.

Sendo assim, desde o realismo escandinavo, Alf Ross centrou seu interesse em fazer do Direito uma ciência integrada com as demais ciências sociais, principalmente com a sociologia e a psicologia. Em sua visão realista e sociológica, o fim da ciência jurídica não está limitado à análise do Direito Positivo, pois compreende as condutas e comportamentos dos juízes e de outros sujeitos que o praticam.

Segundo Ross, a sentença de um juiz não só contém a normatividade jurídica, senão sua própria personalidade. A formação da sentença está sujeita às regras sintáticas da linguagem, que são de três classes: gramaticais, lógicas e semânticas: *“a maior parte das palavras não tem um campo de referência único, mas dois ou mais, cada um deles construído na forma de uma zona central à qual se acrescenta um círculo de incerteza. Tais palavras são chamadas de ambíguas”*.⁵ (A tradução é nossa).

Estabelece Alf Ross que não existem princípios fixos para a solução mecânica dos problemas semânticos, aqueles que se referem ao significado das palavras individuais ou das frases: *“Por isso tampouco a interpretação semântica é um processo mecânico. Salvo nos casos de referência clara, óbvia, o juiz tem que tomar uma decisão que não está motivada pelo simples respeito da lei”*.⁶

⁴ VERNENGO, Ernesto J. El discurso del derecho y el lenguaje normativo. Universidad de Buenos Aires, CONICET. Revista ISONOMÍA No.4. Abril de 1996). Tradução: *“El pensamiento teórico jurídico ha recurrido desde una ingenua identificación entre lenguaje y derecho, hasta relaciones mucho más complejas. Ya en Savigny aparece la idea de la analogía entre derecho y lenguaje en cuanto producto de la conciencia del pueblo; en su elaboración teórica, la ciencia jurídica se asemejaría a las gramáticas elaboradas por los lingüistas para explicar los lenguajes desarrollados espontáneamente por la conciencia popular. Hume había destacado que los lenguajes y los derechos positivos son producidos por convenciones humanas y examinando ciertas funciones rituales del lenguaje semejante a los usos jurídicos para constituir fenómenos jurídicos específicos. Es sólo con los desarrollos de la filosofía analítica del lenguaje que se postula la tesis de la identificación del derecho con un lenguaje, propuesta tempranamente por un discípulo de Kelsen, F. Openheim. Pero es la aparición y el desarrollo de las lógicas normativas, a partir del ensayo de G. von Wright, lo que da pie, a una toma de conciencia de los problemas lingüísticos de los discursos normativos.”* Ernesto J. Vernengo El discurso del derecho y el lenguaje normativo” Universidad de Buenos Aires, CONICET. Revista ISONOMÍA No.4. Abril de 1996).

⁵ ROSS, Alf. Norma y Acción. La mayor parte de las palabras no tienen un campo de referencia único, sino dos o mas, cada uno de ellos construido en forma de una zona central a la que se añade un círculo de incertidumbre tales palabras son llamadas de ambíguas. P. 3.

⁶ ROSS, Alf. Ibidem Por ello tampoco la interpretación semántica es un proceso mecánico. Salvo en los casos de referencia clara obvia, el juez tiene que tomar una decisión que no está motivada por el mero respeto de la ley (...).

A partir da década de 60, John Rawls converteu-se no centro da atenção para a análise de diferentes estudiosos das ciências sociais e ciências humanas, os quais ainda hoje encontram motivações ricas e sugestivas para suas reflexões sobre o direito como justiça.

A linguagem dos direitos nos anos 70, em consequência do grande debate iniciado por John Rawls com sua Teoria da Justiça, dominou o debate político nos EUA e no mundo. Entre os debatedores, o mais famoso foi Ronald Dworkin,⁷ que propõe uma nova análise do positivismo jurídico. O tema da igualdade é uma preocupação constante no professor norte-americano. O núcleo de seu pensamento encontra-se na concepção da igualdade, por isso, segundo esse autor, a liberdade tem que fazer concessão para a igualdade. Dworkin propõe limitações à liberdade. Afirma que a concepção liberal da igualdade é um princípio político de organização que é exigido pela justiça. Assim, Ronald Dworkin parte para o liberalismo não individualista, em que ele concebe o direito como igualdade.

DWORKIN⁸ considera que há duas concepções muito diferentes sobre o que é *Estado de Direito*, cada qual com seus partidários: uma centrada no *texto legal*, no livro de regras; e a outra centrada nos *direitos*. A centrada no texto legal aproveita o semântico para a interpretação dos textos jurídicos. A centrada nos direitos parece mais vulnerável a objeções filosóficas. Supõe que os cidadãos têm direitos morais, isto é, outros direitos que não os declarados pelo direito positivo. A concepção centrada no repertório legal argumenta positivamente que os juízes devem decidir casos controversos tentando descobrir o que está “realmente” no texto jurídico em um ou em outro sentido desta afirmação.⁹ A concepção centrada no texto orienta os juízes no sentido de tentar desenvolver teorias semânticas e descobrir o que as palavras no texto legal realmente significam.

Em *De que maneira o Direito se assemelha à literatura*¹⁰, DWORKIN expressa:

“(...) poderemos melhorar nossa compreensão do Direito comparando a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura. (...) A maior parte da literatura presume que a interpretação de um documento consiste em descobrir o que seus autores (os legisladores ou os constituintes) queriam dizer ao usar as palavras que usaram. (...) Os estudantes de literatura fazem muitas coisas sob os títulos de interpretação e hermenêutica, e a maioria delas é também entendida como forma de descobrir o significado de um texto. (...) A interpretação de um texto tenta mostrá-lo como a melhor obra de arte que ele pode ser, e acentua a diferença entre explicar uma obra de arte e transformá-la em outra.”

Para que os juristas se beneficiem de uma comparação entre uma interpretação jurídica e a literária devem ver a segunda sobre certa luz.

DWORKIN recorre à fábula de uma cadeia de narradores, onde cada um deles acrescenta seu capítulo à redação de uma história, na qual nenhum narrador determina por si mesmo o seu sentido global, mas cada um deveria presumi-lo, adotando como regra a máxima coerência. Essa antecipação da coerência narra-

⁷ DWORKIN, Ronald. “Uma questão de Princípio”. Martins Fontes. São Paulo 2001, p. 187.

⁸ Uma Questão. P. 7 e 8.

⁹ Uma questão. P. 10.

¹⁰ R.Dworkin Ibidem. P. 217-249.

tiva junto com a compreensão dos capítulos anteriores de uma história, que cada narrador encontraria já começados.

Desde uma defesa quase absoluta da liberdade individual e da propriedade particular pelo individualismo extremo do Estado Liberal, passaram vários anos até a incorporação dos chamados direitos sociais que foram incorporando-se gradativamente nos direitos positivos de cada país no século XX.

Noções como a do *bem comum*, *equidade*, a *teoria da lesão subjetiva*, a *teoria do abuso do direito*, etc., existiam na antiguidade, mas não estavam codificadas, nem explicitadas em leis, porém tinham vigência informal, pois conformavam um *corpus* supralegal de diretrizes para a interpretação da lei. Essa não codificação gerou muita polêmica na aplicação da lei pelos juízes, pois se alegava que esses conceitos não tinham base na lei escrita.

O bem comum, que na antiguidade existia como forma de proteção dos bens públicos, é um conceito que há de interpretar-se como elemento integrante da ordem pública do Estado democrático, cujo fim principal é a proteção dos direitos essenciais do homem e a criação de circunstâncias que lhe permitam progredir espiritualmente e materialmente, e alcançar felicidade (Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Considerandos, parágrafo 1). (Opinião Consultiva 6/86; 9 de maio de 1986).

A palavra *aequitas* vem do latim e significa equidade. Ao aplicar uma norma jurídica, o juiz pode perceber que sua aplicação pura e simples, desta, sem atentar para as peculiaridades do caso concreto, pode levar a uma injustiça. Os romanos tinham o princípio *dura lex, sed lex*, que tinha sua humanização e abrandamento ao estrito sentido das palavras da lei com a equidade, que passa ser a justiça aplicada ao caso concreto. A equidade pode e deve, portanto, sem fugir ao preceito jurídico, amoldar a norma fria do texto ao elemento humano do caso num tempo determinado.

Eis a equidade: aplicação ideal da norma ao caso concreto, como a definiu Aristóteles. Por conseguinte, a correção das injustiças sociais somente poderiam advir da prática de uma política visando à equidade.

Embora na antiguidade a equidade estivesse presente em pensadores como Platão e Aristóteles, a Teoria da Justiça de John Rawls e o conceito de igualdade de R. Dworkin servem hoje como inspiração para a maior parte dos reformadores sociais em atividade, como uma forma de atenuar os resultados da aplicação sem adequação da lei.

No começo do século XX e a impulso de Josserand, na França, nasce a teoria “do abuso do direito”. Para esse autor, o abuso do direito consiste no seu exercício anormal, na falta de cuidado, na desligação do fim social e econômico, na falta de interesses legítimos, sérios e reais e no exercício de um direito regularmente reconhecido com uma intenção contrária ao fim da norma, porém considerado ato ilícito.

Como antecedente dessa teoria, encontramos a sentença de Paulo: “Nem todo o lícito é honrado” (Digesto).

Na República Argentina, adota-se essa teoria no artigo 1.071 de seu Código Civil. O Código Soviético, o Código de Obrigações do Líbano e o Código da Venezuela reprovam e definem o exercício abusivo do direito. Já na Suíça e outros países, há reprovação do *abuso do direito*, sem, contudo, definir em que consiste a reprovação.

3. DECORRÊNCIAS PARA A EDUCAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS

Este estudo sobre a função social da linguagem jurídica através do tempo e segundo a teoria da análise do discurso que aqui nos interessa, leva-nos a analisar os diferentes autores com marcas filosóficas, históricas, sociais – elas existem e são muitas – que atestam nos diferentes pensadores como sujeitos.

Assim o sujeito se define historicamente: a relação do sujeito com a linguagem é diferente, por exemplo, na idade Média, no século XVII e hoje¹¹. Pêcheux, ao pensar o discurso, fala em *forma-sujeito* (que é sempre historicamente determinada). A relação com a linguagem, da *forma-sujeito*, característica das nossas formações sociais, é constituída da ilusão (ideológica) de que o sujeito é a fonte do que diz, quando, na verdade, ele retoma sentidos preexistentes e inscritos em formações discursivas determinadas¹².

Por isso, tanto Ronald Dworkin, quanto Hans Kelsen, John Rawls, e outros, em seus textos sobre a linguagem das normas, da justiça, do direito, da igualdade, etc., retomam também velhas idéias, mas não as manifestam expressamente. Também não basta enunciar algo para ser autor¹³. Assim achamos que, ao escrever, representam as idéias próprias e também aquelas que são próprias da ideologia que, queira-se ou não, está latente no discursos de todos, pois vivemos uma época e lugar determinados, com as idéias gerais de tempo e lugar.

Portanto a função da escola e da Universidade, em relação ao universo da escrita, é fazer uma reflexão lingüístico-pedagógica para que o aluno possa atuar, dando a conhecer a natureza dos enunciados que estão latentes nos autores, isto é, a ideologia que enunciam: uns, o utilitarismo; outros, o liberalismo moderno ou o jusnaturalismo.

Aprender a se colocar perante diferentes discursos, olhar para o autor como o enunciatador de ideologias não ditas, mas enunciadas na escrita de textos discursivos, é tarefa educativa junto com a exigência institucional da linguagem quanto à unidade do texto, quanto à clareza, quanto à não contradição, quanto à correção, etc¹⁴.

O que a educação deve procurar mostrar é a construção e o funcionamento do pensamento do falante no que diz, quando na realidade seu discurso não nasce (nem) termina nele¹⁵, não está pronto, é só parte do processo.

Os conceitos como força, direitos humanos, equidade, abuso do direito, igualdade, justiça social, direitos sociais e outros constituem um novo paradigma para a educação e para o estudo da relação entre a linguagem e o direito, que foi elaborado através do tempo e gradativamente, processo ainda não acabado, pois tanto a linguagem como o direito continuamente vão mudando e se adaptando aos tempos novos. Fenômenos como a globalização, a internacionalização da economia e outras causas aumentam a recíproca influência de ambos em todas as direções, o que não ocorria sobre o paradigma da soberania absoluta no Estado Liberal com a sua educação tradicional.

O mundo da linguagem e o mundo jurídico não fugiram desses novos

¹¹ Eni Pulinelli Orlandi. DISCURSO E LEITURA. 4ªedição Unicam. Campinas-SP P.77

¹² Ibidem. P. 78

¹³ Ibidem. P. 79

¹⁴ Ibidem. P. 80

¹⁵ Ibidem. P. 77

conceitos. Juridicamente, o que não se podia fazer ou era proibido, atualmente é permitido; aquilo que não devia ser falado, atualmente deve ser falado e se fala. Quando a lei, por palavras, não reflete o momento vivido numa sociedade determinada e no tempo, causa a revolta das palavras contra a lei. Como consequência, há interpretações contraditórias entre a realidade social, econômica, e o tempo e o discurso dos operadores jurídicos.

Tanto a lei quanto a linguagem somente são eficazes se condizem com a realidade espacial e temporal vigente.

Com respeito ao ensino, o professor Alexandre Walmott Borges expressa:

“Os modelos de ensino jurídico paridos pelo positivismo legalista e jusnaturalismo cristalizavam-se em transcendências, estereótipos do professor do curso de direito. Um mestre que habitava o Olimpo do saber, inacessível aos mortais alunos; Messias que conduziria seus discípulos pelos labirintos complexos do aprendizado à consagração da colação de grau. Enraizavam o legalismo positivista e as abstrações do jusnaturalismo, crenças na sinonímia entre a lei e o direito e no justo idealizado. Warat apresentou algumas questões inquietantes para o tradicional ensino do direito. O padrão de língua técnica dos juristas é vasado em que moldes? Como se atribuem os significados e quais os padrões de codificação utilizados na língua técnica dos juristas?”¹⁶

Embora a linguagem seja o instrumento para o direito se manifestar, podemos afirmar que conserva, como ciência autônoma, diferentes termos e palavras próprias: o *dolo*, a *culpa*, a *hipoteca*, o *abuso*, o *processo*, a *lesão*, a *herança*, o *herdeiro*, etc., usados com sentido próprio pela lei, mas que carecem do significado igual na linguagem comum.

O direito fala numa linguagem própria e autônoma no seu contexto social e econômico, por isso o intérprete pode e deve buscar nas outras ciências e na realidade elementos para conseguir uma criatividade interpretativa.

Neste sentido, Irma Beatriz de Araújo Kappel e outros, em “Construção, destruição e (re) construção do sentido: Uma Análise do mal-entendido na interpretação de um texto legal”, expressam:

“Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu ‘texto’ ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaços para variações e nuances, para a criatividade interpretativa.”¹⁷

Vê-se, desse modo, que o ensino não deve isolar-se do contexto, da realidade, do lugar e do tempo em que se vive. Um ensino que nada tenha com o cotidiano, como aquilo que sucede e se pratica todos os dias, passa e se dissipa no dia-a-dia, por isso estará condenado ao fracasso, pois não haverá aprendizagem.

¹⁶ BORGES, Alexandre Walmott. “A Proposta Pedagógica de Luiz Alberto Warat para o Ensino do Direito”. Revista Jurídica UNIJUS, vol. 5, nº 1. Uberaba: Universidade de Uberaba, agosto/2002, p. 33-34.

¹⁷ KAPPEL, Irma Beatriz, e outro. “Construção, destruição e (re) construção do sentido: Uma Análise do mal-entendido na interpretação de um texto legal”. Revista Jurídica UNIJUS. Vol. 4 n 1. Agosto/2001. Universidade de Uberaba. Uberaba- MG. P. 109.

Ao interpretar a Justiça, JACQUES DERRIDA¹⁸ pergunta:

Como conciliar o ato de justiça que se refere sempre a uma singularidade, a indivíduos, grupos, existências não intercambiáveis, ao outro ou a mim como o outro, numa situação única, com a regra, a norma, o valor ou o imperativo de justiça que tem necessariamente uma forma geral, principalmente se essa generalidade prescreve uma aplicação singular? O problema lingüístico é e será, por muito tempo, agudo, precisamente nessas situações em que as questões da política, da educação, e o direito são inseparáveis.

Mas quando uma decisão é justa? Para DERRIDA:

(...) para que uma decisão seja justa e responsável, é necessário que, em seu momento próprio, se isso existe, seja ao mesmo tempo regulada e sem regra, conservadora da lei e suficientemente destrutiva ou suspensiva da lei, assim como o dever de reinventá-la, de justificá-la novamente em cada caso, ao menos na reafirmação e na confirmação nova e livre de seu princípio.

DERRIDA, J. ao escrever sobre a lei e justiça, expressa:

Há que ser justo com a justiça, e a primeira justiça que deve ser feita à justiça é escutar, tentar compreender de onde vem, o que quer de nós, sabendo-se que ela o faz através de idiomas singulares (Dike, Jus, justitia, justice, Gerechtigkeit). (...) E Pascal prossegue: A justiça sem a força é impotente; uma justiça impotente não é justiça no sentido do direito; a força sem a justiça é tirânica. A justiça sem força é contradita porque sempre tem malvados; a força, sem justiça, é acusada. Portanto, tem que pôr juntas justiça e força; isto para fazer que o que é justo seja forte ou o que é forte seja justo. (A tradução é nossa).

Os novos paradigmas determinam que é preciso, na atividade pedagógica do ensino, que o educador esteja apto para propor temas novos, desvendar os velhos temas, os textos e as regras. Desconstruir na sala os conceitos que são fixos (ou subfixos)? como aqueles que expressam que o educador é o dono do saber etc., para que o aluno, na sua aprendizagem, possa conseguir sua própria e individual construção dos conceitos já não passados e construídos pelo educador e prontos para ser absorvidos, como na educação bancária, descrita por P. Freire.¹⁹

Pelo contrário, o ensino deve orientar, facilitar ao aluno construir (e a desconstruir sua antiga aprendizagem-depósito) livremente sua própria aprendizagem, para que, assim desmistificada, seja transformada em libertadora.

Assim como a justiça ao dizer de Derrida: “é alteridade”, ou seja, realiza-se com o outro e “está *por vir*, tem que vir, é por-vir”, o mesmo podemos afirmar da educação, pois esta é sempre com o outro. A aprendizagem “é por vir”, pois nunca se acaba de aprender.

¹⁸ DERRIDA, Jacques. “Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad”. Traducción : Cómo conciliar el acto de justicia que se refiere siempre a una singularidad, a individuos, a grupos, a existencias irremplazables, al otro o a mí como el otro, en una situación única, con la regla, la norma, el valor o el imperativo de justicia que tienen necesariamente una forma general, incluso si esta generalidad prescribe una aplicación singular?” e “El problema lingüístico es y será por mucho tiempo agudo, precisamente en este lugar en el que las cuestiones de la política, la educación y el derecho son inseparables. Adolfo Baberá y Patricio Peñalver Gómez, Madrid, Tecnos, 1997. Disponível em http://www.jacquesderrida.com.ar/textos/derecho_justicia.htm. Acesso 5/9/06

¹⁹ FREIRE, Paulo. Pedagogia do Oprimido. Obs: o autor descreve como “educação bancária”, na pedagogia, o procedimento de ensino em que o professor, simplesmente, deposita as informações no aluno. P. 98, ALMEIDA, Elizabeth de. Proinfo Informatica e formação de professores. Brasília 2000. Secretaria de educação a distância. Volume 1, p. 53-54.

4. A SIMPLIFICAÇÃO DA LINGUAGEM JURÍDICA NA CAMPANHA DA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL

Nos dias de hoje, o documento “*O Judiciário ao alcance de todos. Noções Básicas do Juridiquês*”²⁰, elaborado pela Associação dos Magistrados Brasileiros, consiste num conjunto de orientações sobre linguagem jurídica, dirigidas ao Judiciário e à Mídia, e, também, pela importância do tema, estende-se a todo o mundo judicial: estudantes de Direito, de letras, advogados, cronistas etc.

O tema sempre foi muito importante para essa Associação, pois o Judiciário sempre esteve amarrado aos efeitos e à repercussão, pela imprensa oral e escrita, sobre suas decisões, sentenças etc. Essa campanha de simplificação e de uniformidade de linguagem é dirigida, primeiramente, aos profissionais do Judiciário, mas, por extensão, também ao público em geral, pois tomou a iniciativa de refletir sobre uma relação muito delicada entre o judiciário e a Mídia (*sic*). É louvável que os operadores jurídicos e da linguagem em geral não fiquem fora.

O documento fala de muitos ruídos (*sic*) de comunicação entre o judiciário e a Mídia, de erros na interpretação e na linguagem jurídica, da máxima clareza ou correção possível, de parceria, para evitar desencontros, e de eventuais atritos quando houver convergências de interesses.

A Associação dos Magistrados Brasileiros expõe sua preocupação pela exposição ou violação do direito à privacidade e à defesa em juízo, e explica que foi pela racionalização das normas que o homem abandonou o primitivismo, e o judiciário passou a ser um serviço voltado para a prestação de justiça e informação à população.

A publicidade dos atos do estado é norma essencial do sistema constitucional e é por isso que fortalece as instituições da República.

A iniciativa da A.M.B. é uma porta aberta ao debate. Falar com simplicidade de temas de complexa natureza é também democratizá-los. Portanto, torná-los públicos numa linguagem clara cremos que também é parte da publicidade dos atos do governo no sentido amplo, compreendendo os três poderes.

Já não basta somente aquela publicidade preocupada na edição de longos livros que talvez nunca saíram dos repertórios. Pelo contrário, a publicidade que exige o Estado de Direito é a que aproxima o cidadão do Poder Judiciário para ficar ciente de decisões que poderiam comprometer seu dia-a-dia. Daí a importância da parceria entre magistrados e mídia.

A pretensão de máxima clareza e correção possível na linguagem jurídica da mídia nestes temas é prova suficiente da seriedade da proposta da Associação dos Magistrados do Brasil.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estudos atuais da lingüística, da filosofia da linguagem e de diversos ramos do Direito apontam a existência de uma linguagem jurídica dotada de características que a investem de juridicidade, diferenciando-a de outras linguagens técnicas.

O Direito nos é dado a conhecer por meio de palavras, manifestadas em todos os sentidos: nas leis, nos atos judiciais e em outras formas diversas que não dispensam a ferramenta da linguagem para o conhecimento da matéria jurídica. A linguagem deve ser precisa, pois existem palavras que têm um significado

²⁰ Disponível em http://www.amb.com.br/portal/index.asp?secao=campanha_juridiques. Acesso no dia 5/07/06

geral e outro tipicamente jurídico, que às vezes não podem deduzir-se do contexto. Com efeito, muitas vezes se fala pejorativamente de um “juridiquês” e de um “legalês”, mas, nos sistemas legais, predomina a idéia de que os termos devem ser precisos, pois a redação jurídica deve ser clara, por ser dirigida à população em geral.

A possível confusão da linguagem em geral não se dá somente na linguagem jurídica. Abrange outras áreas do conhecimento (ex.: a palavra *culpa* tem um significado para a linguagem jurídica diferente da linguagem geral, e diferente também para a linguagem psicanalítica).

Ante o exposto, sem a pretensão de exaurir o rico tema posto em discussão, forçoso concluir que a linguagem jurídica justifica-se por seu tecnicismo, sendo necessário um engajamento dos aplicadores do Direito para, em diversas e criativas medidas, tornar mais acessível a linguagem jurídica ao conhecimento da sociedade, tendo em vista que o conhecimento do Direito, como acesso à Justiça, é direito fundamental dos cidadãos.

Este é o entendimento do presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (A.M.B.), Juiz Rodrigo Collaço:

*A comunicação é peça-chave na missão de aproximar cada vez mais o Poder Judiciário da sociedade. Para que isso aconteça, a Justiça deve ser compreendida em sua atuação por todos e, especialmente, por seu destinatário final: o cidadão. Quanto mais distante for a linguagem usada nos atos judiciais, menos a sociedade compreenderá a atuação do Judiciário. Afinal, ninguém valoriza o que não entende!*²¹.

Por último, deve-se evitar, por uma parte, deixar fora a *cara sensível da linguagem*, a não material, que poderíamos chamar o “corpo próprio” animado (*Leib*) da linguagem. Porque a expressão supõe, segundo Husserl, uma intenção de querer dizer (*Bedeutingsintention*), a condição essencial e, pois, o ato puro da intenção que anima e não o corpo que, de maneira misteriosa, une-se àquela e lhe dá vida. Isto é o verdadeiro texto, o pensamento real do autor. É essa unidade enigmática da intenção informante e da matéria informada que Husserl autoriza-se a dissociar, em princípio. Por outra parte, difere – parece ser, para sempre – o problema da unidade das duas caras, o problema da união da alma e do corpo. Partimos da distinção bem conhecida entre a cara sensível da expressão, a cara, de seu corpo próprio, e sua cara não sensível, “espiritual”²², pois na linguagem os fios não expressivos não carecem de significação²³.

A função da *educação* é ensinar a fazer e a pensar; que a textura do texto não seja irredutível, pois ler é isso.

²¹ Disponível no site da AMB - Associação dos Magistrados do Brasil.

²² DERRIDA, Jacques. “Dizer, notas sobre a fenomenologia da linguagem”. Disponível em http://www.jacquesderrida.com.ar/textos/derecho_justicia.htm. Acesso em 05/09/2006. Disponível em http://personales.ciudd.com.ar/Derrida/querer_decir.htm “Por una parte se deja fuera la cara sensible del lenguaje, su cara sensible y no material, lo que podríamos llamar el «cuerpo propio» animado (Leib) del lenguaje. Puesto que la expresión supone, según Husserl, una intención de querer decir (Bedeutingsintention), la condición esencial es, pues, el acto puro de la intención que anima y no el cuerpo al que, de manera misteriosa, se une aquélla y le da vida. Es esta unidad enigmática de la intención informante y de la materia informada lo que Husserl se autoriza a disociar al principio. Es por lo que, por otra parte, difiere -parece ser, para siempre- el problema de la unidad de las dos caras, el problema de la unión del alma y el cuerpo. «Partimos de la distinción bien conocida entre la cara sensible de la expresión, la cara, si puede decirse, de su cuerpo propio (leiblichen Seite) y su cara no-sensible, “espiritual”. No vamos a comprometernos en una discusión ceñida a la primera, ni tampoco al modo según el cual se unen las dos caras. Es evidente que bajo este título se designan problemas fenomenológicos que no carecen de importancia”

²³ Ibidem. DERRIDA: Artigo “*los hilos no-expresivos no carecen de significación*”. Disponível em http://personales.ciudd.com.ar/Derrida/querer_decir.htm

A educação tem grande importância na interpretação de textos, análise do discurso, dos estudos das ideologias ou idéias políticas que influem em todos os campos do saber, principalmente na linguagem do Direito. Por exemplo: fala-se de *escolas* opostas, de *direitos* diferentes, de *positivismo*, de *jusnaturalismo*, etc., sem a devida precisão. Às vezes, fala-se da *função social da propriedade* e de outros direitos, a exemplo dos *direitos humanos*, da *discriminação*, etc., em sentido ambíguo. É preciso fazer uma leitura das *idéias* que predominam na ciência do Direito hoje, assim como dos discursos dos filósofos Kelsen, Rawls, Dworkin e Derrida, dentre outros, para ver como esta ciência está e sempre esteve influenciada, queiramos ou não, pela interdisciplinaridade, da filosofia, da ciência política, da história, da lingüística.

A função social da linguagem jurídica está num contexto social e temporal juntamente com as idéias da humanidade em seu conjunto. Para Rawls, o justo determina-se em função de se tal ou qual fato ou tal ou qual norma estão ou não de acordo com o princípio de que cada pessoa há de ter um direito à liberdade similar para todos, e o princípio segundo o qual as desigualdades econômicas e sociais se articularam para que sejam em proveito de todos.

O Direito de cada país não está isolado, pois não contém um objeto de estudo fechado do mundo, por isso é possível falar e escrever dessa evolução que teve desde o positivismo extremo aplicado ao Direito nacional com exclusividade, passando pela teoria chamada positivista de Kelsen para a contratualista de Rawls, à igualitária de Dworkin para a atual análise filosófica que fez Jacques Derrida sobre a justiça.

Nesse contexto estão o Direito e a Justiça, não como instrumentos de dominação e opressão do cidadão, como foi no absolutismo monárquico, mas como elemento de diretrizes com a função de orientar, e não somente punir, na vida social, pela importância que essa ciência e a Justiça têm no dia-a-dia do homem, na sua vida, que é social e de inter-relação com outros. Queremos ver as pessoas como agentes construtores, capazes de construir acordos num plano de igualdade, com equidade e justiça para todos.

6. RESUMEN:

La evolución del lenguaje jurídico a través del tiempo se justifica en la medida que el Derecho es un lenguaje propio para algunos autores y para otros es una aplicación del lenguaje. Fundamentación teórica e histórica de la función social del lenguaje jurídico a través del tiempo.

Palabras Clave: Norma; lenguaje normativa; Función social del lenguaje jurídico; derechos humanos justicia y equidad; Español y la desconstrucción del Derecho.

7. REFERÊNCIAS:

- ALMEIDA, Elizabeth de. *Proinfo - Informática e formação de professores*. Brasília-DF. 2000. Secretaria de educação à distância. Volume 1.
- BORGES, Alexandre Walmott. "A Proposta Pedagógica de Luiz Alberto Warat para o Ensino do Direito". Revista Jurídica UNIJUST, vol. 5, nº 1. Uberaba: Universidade de Uberaba, agosto/2002.

BULIGYN, Eugenio: “*El papel de La Verdad en el discurso Normativo*”. Disponible em <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/06923959711337806510046/015778.pdf?incr=1>. Acesso em 05/09/2006.

_____ “*Sobre el status ontológico de los Derecho Humanos*”. Disponible em http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837218659036051876657/cuadern04/Doxa4_05.pdf#search=%22Sobre%20el%20status%20ontol%C3%B3gico%20de%20los%20Derecho%20Humanos%22. Acesso em 05/09/2006. E “Lógica y normas”. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/FichaAutor.html?Ref=2934>; http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/0133830864424827408880_2/p0000003.htm#I_5_

DERRIDA, Jacques: “*Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*”. Traducción de Adolfo Baberá y Patricio Peñalver Gómez. Madrid, Tecnos, 1997.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*.

ORLANDI, Eni Pulinelli. *Discurso e Leitura*. 4ª edição Unicam. Campinas-SP

KAPPEL, Irma Beatriz, e outro. “*Construção, destruição e (re) construção do sentido: Uma Análise do mal-entendido na interpretação de um texto legal*”. Revista Jurídica UNIJUS. Vol. 4 n 1. Agosto/2001. Universidade de Uberaba. Uberaba-MG.

KELSEN, Hans. “*Teoria Pura do Direito*”. Martins Fontes. São Paulo. Biblioteca UNIUBE.

RAWLS, John. “*Uma teoria da Justiça*”. Martins Fontes. São Paulo, 1999. Biblioteca UNIUBE.

ROSS, Alf. “*Sobre el derecho y la Justicia*”. Eudeba. Buenos Aires Argentina, 2ª Edición,

_____ “El realismo norteamericano”

VERNENGO, Ernesto J. “*El discurso del derecho y el lenguaje Normativo*”. Universidad de Buenos Aires, CONICET Revista ISONOMIA n.4. Abril de 1996.

VON WIGTH, H. “*Norma y Acción*”. Disponible em <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826852761255025228813/015777.pdf?incr=1> Acesso em 05/09/2006.

WORKIN, Ronald. “*A Justiça como igualdade*”. Martin Fontes. São Paulo, 2001.



UNIJUS

POLÍTICA ECONÔMICA, PLANEJAMENTO E DECISÃO FINANCEIRA: PARÂMETROS PARA O DESENVOLVIMENTO PÚBLICO E PARA O INVESTIMENTO PRIVADO

Andréa Queiroz Fabri¹

RESUMO

O artigo que se apresenta trata das ações de política financeira como integrantes da política econômica. Aborda a importância da condução dos elementos da política econômica pelos agentes financeiros, em especial no que concerne à confiança do investidor. Não olvida, contudo, que todas as ações dos agentes políticos devem se pautar pelos fins do Estado exarados na Constituição.

Palavras-chave: Política financeira. Política econômica. Confiança do investidor. Fins do Estado.

SUMÁRIO

1. Introdução – 2. Política financeira – 3. Política econômica – 4. Planejamento – 4.1 Planejamento e plano – 4.2 Plano de desenvolvimento e plano plurianual – 5. Orçamento – 5.1 Orçamento e plano – 5.2 Contenção orçamentária e confiança do investidor – 5.3 Contenção orçamentária e economicidade – 6. Considerações finais – 7. *Abstract* – 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente, quando se fala em política econômica, o pensamento dos menos afetos aos assuntos jurídico-econômicos é quase instantaneamente voltado para as ações de contenção da inflação e das taxas de juros.

Infelizmente, esse reducionismo é, em grande parte, responsável pelos sérios problemas por que passa o País, levando à crença generalizada de que alguns temas não cabem à sociedade, mas unicamente ao governo eleito e a seus técnicos. Assim, não há margem para abertura discursiva de um dos assuntos mais relevantes para a condução do Estado, dificultando, cada vez mais, a realização de programas que permitem a efetivação dos direitos fundamentais.

¹ Especialista em Direito do Estado pela Universidade de Uberaba, em convênio com a Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil de Minas Gerais. Mestre e Doutoranda em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora de Graduação e Pós-Graduação na Universidade de Uberaba-MG, Faculdade Atenas (Paracatu-MG) e Faculdade Barretos-SP.

2. POLÍTICA FINANCEIRA

Entende-se a política financeira como o conjunto de ações adotadas pelo Poder Público governamental e no âmbito dos bancos centrais autônomos, destinadas a manter a estabilidade dos preços, da moeda, dos investimentos, além de controlar os gastos públicos.² Obviamente, tais políticas não se distanciam da ação orçamentária, uma vez que ao Estado cabe destinar os recursos arrecadados, o que é feito mediante a lei do orçamento.

3. POLÍTICA ECONÔMICA

A política econômica é considerada uma das várias políticas públicas a serem implementadas pelo governo, mas ela influencia todas as outras, uma vez que qualquer ação exige recursos materiais para ser concretizada.

Amparado em Walker, Rossetti afirma ser a política econômica a “atuação deliberada sobre variáveis e expressões de natureza econômica ou não, com o objetivo de alcançar resultados que podem ser ou não de caráter econômico.”³

Portanto, a manipulação de variáveis como o Produto Interno Bruto, a renda *per capita*, a taxa de juros, a inflação,⁴ dentre tantas outras, pode ter um objetivo que ultrapassa o caráter puramente econômico, como a melhoria das condições de vida da população através de uma política de estabilidade de preços.

4. PLANEJAMENTO

O instituto do planejamento é bastante estudado pelo Direito Econômico, muito embora alguns economistas mais ortodoxos não o aceitem, mormente nos dias atuais, referindo-se a ele como uma imagem retrógrada das políticas dos Estados totalitaristas russo, a partir de 1917, italiano, com Mussolini, e alemão, sob o nazismo.

Não obstante a resistência do pensamento nos moldes liberais puros, o fato é que o planejamento constitui uma forma de racionalizar as atividades e os gastos,⁵ sejam estes estatais ou privados. A empresa só se organiza dessa maneira, como se pode observar:

A sua aplicação [do planejamento] pôde encontrar, desde o início, bases científicas razoáveis na área do poder econômico público, porque a própria “concentração” da empresa, em termos de poder econômico privado, já o havia aperfeiçoado suficientemente, aplicando-o na sua política econômica.⁶

Ora, se à empresa é dado planejar como método para facilitar a instituição de programas de forma a atingir os objetivos propostos, outra não poderia ser a atuação de um Estado que se atém rigorosamente aos parâmetros da pró-

² FABRI, Andréa Queiroz. Responsabilidade do estado: planos econômicos e iniciativa privada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

³ ROSSETTI, José Paschoal. Política e programação econômicas. 7.ed. São Paulo: Atlas, 1993. pp. 28-29.

⁴ Para um estudo mais específico acerca das variáveis e dos elementos da política econômica, vide NUSDEO, Fábio. Curso de economia: introdução ao direito econômico. pp. 208226.

⁵ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito econômico. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 254.

⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas de direito econômico. 4.ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 377. Destaque nosso.

pria Constituição.

4.1 Planejamento e plano

O planejamento decorre do ato de planejar. Para tanto, é necessário que se faça um estudo da realidade (tanto dos fatos como dos índices e estimativas quantitativas no âmbito econômico), o que é chamado de diagnóstico. Após essa fase, é feito o prognóstico, ou seja, a definição de objetivos que se pretendem alcançar. Logo, programas devem ser estruturados de forma a viabilizar a consecução das metas propostas. Essas atividades enquadram-se no que se conhece por aspecto técnico do plano, que, em muitos países, consiste em tarefa do chefe do Executivo, inclusive no Brasil, segundo consta do artigo 165, I da Constituição Federal.

Em se tratando de um Estado democrático, a peça técnica deve, por obrigação, passar pelo crivo do Poder Legislativo para discussão, emendas e aprovação, o que faz com que o plano se torne, também, um documento de ordem jurídica, mesmo não tendo sanções decorrentes do não cumprimento de todas as suas metas. Só após esse estágio podem os programas ser executados, o que é feito através de instrumentos normativos instauradores de eficácia ao cumprimento do planejado (a que se dá o nome de política econômica). Aqui se encontra o caráter político do plano.

4.2 Plano de desenvolvimento e plano plurianual

Por razões lógicas, crê-se que os planos são a forma através da qual os candidatos a cargos do Executivo podem demonstrar aos eleitores o que pretendem cumprir. Infelizmente, nem sempre se tem acesso prévio ao que consta dos objetivos de uma candidatura, a não ser por meio da praxe das promessas de campanha sem base legal, constitucional e mesmo orçamentária.

Em nosso País, esse plano de governo se exprime no que a Constituição define como Plano Plurianual (artigos 165, I e 84, XXIII). Ele deve ser votado no primeiro ano de governo do eleito e passa a vigorar, durante quatro anos, a partir de 1º de janeiro do ano subsequente. Assim, o governante pode cumprir seu plano a partir do segundo ano de mandato, transferindo-o ao sucessor, que deve cumpri-lo no primeiro exercício financeiro⁷ em que estiver no cargo.

Além de outros planos, como de urbanização e os regionais, o constituinte de 1988 menciona, no *caput* do artigo 174, que cumpre ao Estado o papel de planejador, sendo que o planejamento só pode vincular o setor público. Esse planejamento, segundo a opinião de renomados juristas, não se limitaria ao que se chama de planejamento ou plano econômico.⁸ É certo que, se o plano for entendido como documento para unicamente debelar os problemas da conjuntura econômica,⁹ a diferença encontra sentido, mas, compreendendo-se que o desenvolvimento depende de ações de longo prazo e estas demandam dinheiro público, todo o planejamento de desenvolvimento (artigo 174) deve constar do Plano Plurianual (artigo 165). Talvez essa divergência se deva justamente ao fato de

⁷ O exercício financeiro muda de país para país, conforme estabelecido em lei. Aqui, o artigo 34 da Lei nº 4.320/64 define que o exercício financeiro coincide com o ano civil.

⁸ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. pp. 303-305. Esse entendimento é compartilhado por SCOTT, Paulo Henrique Rocha. Direito constitucional econômico: estado e normalização da economia. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. pp. 140-143.

⁹ A exemplo dos Planos Cruzado I e II, Collor I e II, dentre outros, cuja meta era somente combater a inflação.

os brasileiros terem-se habituado aos planos econômicos em “pacotes” de curtíssimo prazo e do reducionismo da política econômica a ações monetárias e cambiais.

5. ORÇAMENTO

O instituto do orçamento coroa o estudo do Direito Financeiro, uma vez que nele se encontram delimitadas as receitas e despesas, a partir de sua prévia vinculação. Aliás, pelo que dispõe o parágrafo 8º do artigo 165 da Constituição de 1988, o orçamento não conterá dispositivo estranho a receita, despesa e previsão de crédito, donde se depreende o princípio da exclusividade.

Como o planejamento, o orçamento também constitui peça técnica, econômica, política e jurídica¹⁰ e de iniciativa do Poder Executivo (artigo 165, III da Constituição de 1988).

Outro princípio de extrema importância a ser observado no orçamento é o da anualidade, ou seja, é válido somente por um ano, obedecendo ao que a Lei nº 4.320/64 dispõe sobre o exercício financeiro.¹¹

5.1 Orçamento e plano

Não podendo a lei do orçamento conter nada além de receita, despesa e créditos, presume-se que os objetivos a serem atingidos com os gastos programados tenham sido previamente delimitados. Aqui se encontra, portanto, a relação entre o orçamento e o plano, pois, além de aquele dever respeitar as diretrizes orçamentárias (artigo 165, II e parágrafo 2º da Constituição), estas não podem afrontar o plano plurianual.

Por esta razão, não se admite, neste contexto, uma diferenciação entre plano de governo, plano plurianual e plano de desenvolvimento, pois, embora o governante possua discricionariedade para dispor acerca dos objetivos a alcançar, estes não podem transcender os fins do Estado estabelecidos constitucionalmente (na Constituição brasileira, no artigo 3º).¹² Se o desenvolvimento implica qualidade de vida e igualdade de oportunidades, e qualquer programa destinado a garantir essas metas se funda em gastos materiais, obviamente os citados planos não podem se distanciar. Não é sem propósito que autores vêm consagrando estudos acerca do orçamento-programa.¹³

5.2 Contenção orçamentária e confiança do investidor

Hodiernamente, falar de orçamento requer não só uma análise teórica, mas também prática. Isso porque não é de hoje que os governos são exortados a

¹⁰ BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução à ciência das finanças. Atualizado por Dejalma de Campos. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. pp. 411-412.

¹¹ NASCIMENTO, Carlos Valder do. Curso de direito financeiro. Rio de Janeiro: Forense, 1999. pp. 70-72.

¹² Nunca é demais relembrar que discricionariedade implica liberdade limitada, de acordo com os princípios regentes da Administração Pública, dispostos no caput do artigo 37 da Constituição de 1988. O contrário seria uma aceitação da nefasta arbitrariedade. Vide MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 8.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981. pp. 143-146.

¹³ LEAL, Rosemiro Pereira. Soberania e mercado mundial: a crise jurídica das economias nacionais. 2.ed. Leme: Editora de Direito, 1998. BRÊTAS, Anchises. Natureza jurídica do plano e de sua lei. GONÇALVES, Aroldo Plínio. Aspectos legislativos da elaboração da lei do plano. Ambos os trabalhos em Direito econômico do planejamento. Curso de Doutorado da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte: Fundação Vale Ferreira, 1980.

conter despesas,¹⁴ mas, ao contrário de outros tempos, a economia globalizada impõe responsabilidade no trato das contas públicas, sob pena de se perderem investidores, tão caros à continuidade de um suposto equilíbrio econômico, sobretudo nos países em desenvolvimento.

Assim, juntamente com as metas do plano, os governos devem considerar a estimativa do total de ingressos aos cofres públicos e diminuir, ao máximo, a despesa com a burocracia estatal (no Brasil, isso é fortalecido pela Lei Complementar nº 101/00, vulgarmente conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal).

5.3 Contenção orçamentária e economicidade

A contenção orçamentária não exime, no entanto, os governos de seu papel perante a sociedade. O critério de economicidade demanda que, numa inevitável escolha entre o lucro quantitativo e o social, insta que os governos optem pela segunda alternativa. Sabe-se que não é tarefa fácil conciliar os interesses dos investidores, que, pelo caráter inerente à atividade privada, buscam o lucro a todo custo e, em se tratando de investimento especulativo essencial para a manutenção das contas de um país, a situação parece bem mais complexa. No entanto, a economicidade não traduz despesas ilimitadas como tolerância ao desperdício. Ao contrário:

Objetiva, assim, o critério de economicidade, incentivar a presença, no sistema, daquelas unidades que possam se constituir num real instrumento do desenvolvimento sócio-econômico ou que, de uma forma eficiente, atendam o interesse social e coletivo. A economicidade, portanto, é também um método de exclusão das atividades improdutivas, anti-sociais, supérfluas e inadequadas.¹⁵

O que cabe ao Estado não é gastar ou deixar de gastar, mas quanto e em que gastar, e para isso já se dissertou acerca da democratização do plano e do orçamento.¹⁶ Não se deve esquecer que o constitucionalismo, desde o século XVIII, tem um viés garantidor de direitos limitadores de ações alheias, inclusive, do próprio Estado, e que a este impende assegurar aqueles,¹⁷ o que pode ser coroado com o magistral ensinamento de Vaz, seguido da comprovação do ensinamento dos pioneiros franceses:

As medidas de política econômica devem procurar assegurar a todos o acesso a um mínimo de propriedade, quer sob a forma de salários adequados à satisfação das necessidades básicas, quer sob a forma de participação nos lucros e nos resultados das empresas.¹⁸

¹⁴ Em 1931, um perito inglês, de nome Otto Niemeyer, é convidado a vir ao Brasil para tecer considerações sobre a situação econômica brasileira. Em seu relatório, mostra que era necessária uma política monetarista rígida e o controle orçamentário. CARONE, Edgar. A segunda república (1930-1937). Corpo e Alma do Brasil (Direção de Fernando Henrique Cardoso). 3.ed. Rio de Janeiro e São Paulo: DIFEL, 1978. pp. 103-116.

¹⁵ CARVALHOSA, Modesto. Direito econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973. p. 345.

¹⁶ FABRI, Andréa Queiroz. Responsabilidade do estado: planos econômicos e iniciativa privada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005. pp. 71-78.

¹⁷ Sobre o tema das limitações do legislador em relação aos direitos fundamentais, vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. LOPES, Ana Maria D'Ávila. Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

¹⁸ VAZ, Isabel. Direito econômico das propriedades. 2.ed. Rio de Janeiro. Forense, 1993.

*Plus généralement, une politique économique efficace doit être légalement organisée, de telle sorte que son utilisation en vue de réaliser le plein emploi des ressources, la stabilité des prix ou la croissance accélérée du produit national, soit le moins possible handicapée par les contraintes qu'impose l'ordre juridique.*¹⁹

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição é a lei máxima de um Estado, e os fins deste estão nela estabelecidos. Todo Estado adota um paradigma, que se constitui o marco de todas as ações públicas, e o paradigma constitucional adotado no Brasil é a democracia, pelo que se depreende do *caput* do artigo 1º da Carta de 1988: “A República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito”.

A democracia atual requer mais que participação eleitoral e indireta. Ela demanda participação consciente, e essa lucidez participativa se dá quando os indivíduos deixam de ser agraciados por ações populistas e caridosas. Somente quando aos indivíduos é garantido o efetivo exercício dos direitos fundamentais por políticas econômicas baseadas na ordem econômica constitucional, é que a democracia pode ser considerada efetiva. Não se conhece um Estado democrático onde um mínimo de direitos de propriedade não é garantido. O mesmo vale para o desenvolvimento, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, diminuição das desigualdades sociais e regionais, não discriminação.

Entende-se, portanto, que os direitos fundamentais, como expressão do constitucionalismo moderno, consistem em limitação do poder de legislar do Estado. Se o plano é lei, deve observar os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, mesmo que se tenha de reservar parte do orçamento para o pagamento dos investidores. Isso se verifica num plano estruturado nos princípios da ordem econômica e financeira constitucional, e não unicamente nos parâmetros econômicos, índices e estimativas no mercado. Se estes têm sua relevância prática, devem servir como meio para a regulação do mercado, e não como um fim em si mesmo, especialmente porque ao mercado o que interessa é a relação custo-benefício e a maximização da riqueza privada. O mesmo, entretanto, não pode valer para as políticas públicas, vez que o Estado está comprometido com os fins que lhe são impostos constitucionalmente, cujo princípio regente é a economicidade, ou seja, a busca do lucro social.

É certo que as empresas buscam o lucro, mas, em virtude da relativização do direito de propriedade, alcançada no cenário jurídico após a detecção das mazelas causadas pelo discurso liberal (até a década de 1930), no Brasil, devem observância ao princípio da função social da propriedade. Assim, todas as formas de intervenção do Estado na atividade econômica como direito de propriedade, seja na área trabalhista, tributária, ambiental, previdenciária, concorrencial, consumerista, evidenciam a preocupação com a universalização de direitos que proporcionem um mínimo de dignidade de vida do ser humano.

Quanto a esse ponto, vale frisar que a intervenção estatal não pode se estender de forma a inviabilizar a livre iniciativa e o valor social do trabalho

¹⁹ Em tradução livre: “Genericamente, uma política econômica eficaz deve ser legalmente organizada, de tal sorte que sua utilização em vias de realizar o pleno emprego dos recursos, a estabilidade dos preços ou o crescimento acelerado da produção nacional sejam o menos prejudicial possível para as obrigações que impõe a ordem jurídica.” JACQUEMIN, Alex; SCHRANS, Guy. Le droit économique. “Que sais-je?” Le Point des Connaissances Actuelles n° 1383. Paris: Presses Universitaires de France, 1970. p. 15

(fundamentos da República Federativa do Brasil, artigo 1º, IV da Constituição de 1988) e da Ordem Econômica (*caput* do artigo 170, também da Constituição de 1988). Isso se exterioriza no *caput* do artigo 174 do mesmo diploma legal, quando delimita o planejamento determinante somente para o setor público, e, ainda, no artigo 173, ao falar da reserva da atividade econômica para o Estado em casos de interesse coletivo relevante e segurança nacional. Por esse motivo, a política econômica, que envolve a política cambial, monetária, financeira, não pode se dirigir unicamente para a resolução de problemas conjunturais, que, cada vez mais, servem para inviabilizar o negócio produtivo por meio de altíssimos custos, elevadas taxas de juros e carga tributária, desestimulando o emprego e penalizando toda a sociedade em prol de poucos grupos financeiros, concentradores da maior parte da riqueza mundial, em detrimento dos direitos fundamentais.

7. ABSTRACT

This paper is about financial policy actions as included in the economic policy. It approaches the relevance of the conduction of the components of economic policy by financial authorities, especially concerning investor confidence. Last, but not least, it shows that all political agents' actions shall be based on the aims of the State established in the Constitution.

Key words: Financial policy. Economic policy. Investor confidence. Aim of the State.

8. REFERÊNCIAS

- BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução à ciência das finanças. Atualizado por Dejalma de Campos. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BRÊTAS, Anchises. Natureza jurídica do plano e de sua lei. *In: Direito econômico do planejamento*. Curso de Doutorado da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte: Fundação Vale Ferreira, 1980.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CARONE, Edgar. A segunda república (1930-1937). *Corpo e Alma do Brasil* (Direção de Fernando Henrique Cardoso). 3.ed. Rio de Janeiro e São Paulo: DIFEL, 1978.
- CARVALHOSA, Modesto. *Direito econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.
- FABRI, Andréa Queiroz. *Responsabilidade do Estado: planos econômicos e iniciativa privada*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. Aspectos legislativos da elaboração da lei do plano. *In: Direito econômico do planejamento*. Curso de Doutorado da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte: Fundação Vale Ferreira, 1980.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3.ed. São Paulo; Malheiros, 1997.

JACQUEMIN, Alex; SCHRANS, Guy. Le droit économique. "Que sais-je?" Le Point des Connaissances Actuelles n° 1383. Paris: Presses Universitaires de France, 1970.

LEAL, Rosemiro Pereira. Soberania e mercado mundial: a crise jurídica das economias nacionais. 2.ed. Leme: Editora de Direito, 1998.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 8.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. Curso de direito financeiro. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NUSDEO, Fábio. Curso de economia: introdução ao direito econômico.

ROSSETTI, José Paschoal. Política e programação econômicas. 7.ed. São Paulo: Atlas, 1993.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. Direito constitucional econômico: estado e normalização da economia. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas de direito econômico. 4.ed. São Paulo: LTr, 1999.

VAZ, Isabel. Direito econômico das propriedades. 2.ed. Rio de Janeiro. Forense, 1993.



DIREITO POSTO E PRESSUPOSTO NA FORMAÇÃO DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Renato Franco de Almeida¹

Resumo:

Analisa as teorias do direito pressuposto e do positivismo optando por aquela como a mais adequada à concretização dos deveres constitucionais do Ministério Público.

Palavras-chave: Teorias. Direito Pressuposto. Positivismo. Deveres constitucionais. Ministério Público.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Da idéia de Estado – 3. Os princípios como fundamento do raciocínio jurídico – 4. Conclusão – 5. *Resumen* – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Não se discute a existência, em toda sociedade, de um sistema composto por interesses conflitantes, muitas vezes inconfessáveis, na medida em que cada indivíduo é um ser particular.

Nessa linha de pensamento, o ser humano, ao longo de sua breve vida, sofre o influxo de toda sorte de fatores, tais como os sociais, jurídicos, políticos, econômicos, culturais, etc., formando sua personalidade. Dessa forma, lícito afirmar que cada pessoa humana é um composto dessas variantes, umas preponderando sobre outras, na medida de cada idiosincrasia.

A despeito disso, pretendemos neste estudo nos restringir à formação do membro do Ministério Público quanto ao aspecto jurídico, aspecto esse que, como veremos na seqüência, não prescindirá daqueles outros fatores antes mencionados.

Para tanto, utilizaremos, entre outras, a teoria do *direito posto e pressuposto*, magnificamente exposta na obra do Professor Eros Roberto Grau, intitulada *O direito posto e o direito pressuposto*. A razão de nossa predileção pela referida teoria radica no fato de que, com a absorção do positivismo normativista pela ciência jurídica, seus cientistas deram início ao raciocínio, sob a influência preponderante de Hans Kelsen, em boa parte predominante até os dias atuais, segundo o qual o *direito*, enquanto ciência, reduz-se à lei positivada, posta. Mais, que essa lei provém tão-somente do Estado, produto exclusivo do Estado (teoria estatista).

Não obstante as vantagens auferidas pelo jurismo com essa concepção, mister refletir sobre a idéia de que o direito é um produto sócio-cultural, ensejado por aqueles mesmos fatores que exercem influência sobre a personalidade hu-

¹ Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça. Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor em Belo Horizonte - MG. Especialista em Direito Público. Mestrado em Direito e Instituições Políticas. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino. Professor de Pós-Graduação lato sensu. renatofranco@mp.mg.gov.br



mana. Daí a conclusão de lógica formal de que só há direito enquanto houver sociedade.

Na linha da teoria estatista, os membros do *Parquet*, formados em escolas positivistas, nas quais a ciência jurídica se resume às explicações articuladas de códigos e leis em geral, têm visão unilateral do fenômeno jurídico, como de resto todo aquele que não logrou sua alforria dos dogmas, na medida em que sua metodologia interpretativa – na relação sujeito-objeto – tem como início a lei formal em direção ao fato, abstraídas quaisquer formas de valorações ou apreciação das condicionantes pré-legais.

Importa ademais referir que, em um exercício silogístico, a tese (lei formal) se traduz em dogma insuperável, cuja eventual ausência faz surgir profunda perplexidade frente ao conflito apresentado à resolução. Resulta de tal fato (pensamento dogmático), segundo a irretorquível assertiva de Casanova (2000, p. 47), que: “É verdade que quando um homem acostumado a pensar dogmaticamente se vê sem dogmas, dá-se conta de que está acostumado a não pensar.”

Destarte, tentaremos propor, no presente estudo, uma forma mais ampla, apesar de não constituir nenhuma novidade, de se vislumbrar a ciência jurídica, no afã de se lograr uma concretização mais efetiva do dever constitucional de defesa da sociedade pelo Ministério Público no constitucionalismo democrático.

2. DA IDÉIA DE ESTADO

A teoria estatista, que os positivistas normativistas acolhem, sofre de erro essencial para a efetivação de um Estado democrático.

Permitimo-nos, neste tópico, repetir, com as necessárias modificações, o que foi dito em artigo de doutrina, intitulado *A Relação de Consumo e a Fixação do Preço – Inconstitucionalidade da Lei n.º 10.962/04*, de nossa autoria, em parceria com Aline Bayerl Coelho².

Como asseveramos naquela oportunidade (ALMEIDA; COELHO, 2005, p. 3 *et seq.*), por mais paradoxal que possa parecer, não vivemos, absolutamente, no Estado tal qual ele é, porém sobre a *idéia* de Estado, onde reside o objetivo indissociável de fomentar a convivência pacífica dos indivíduos em uma sociedade de classes sócio-econômicas diversas, sempre com predomínio de uma sobre as demais.

A filosofia do Idealismo – desde a Grécia com Platão – entendeu os objetos reais como mera representação imperfeita de uma *idéia*, esta irretocável, conquanto também inalcançável pelo intelecto humano.

Com o Estado ocorre fenômeno idêntico, porém invertido. Já que inconcebível a coexistência de classes díspares de indivíduos sob os aspectos social, econômico, financeiro, cultural, etc., imaginou-se um Estado ideal onde coexistem variegadas espécies de personalidades humanas e grupos sociais, sem que, contudo, houvesse autodestruição, porquanto a classe que detém o poder incute nas mentes dos membros das demais noções impossíveis de se definir, que, ao mesmo passo, representariam o Estado em seus objetivos, fins e conseqüências, como, *e. g.*, o interesse público, a ordem social, a ordem jurídica e expressões outras que, nem mesmo com muito esforço, chegar-se-á a conceitos concretamente aceitáveis, porque tais objetos só existem no mundo das *idéias*. Estas, por sua

² Revista Jurídica UNIJUS, Vol. 8, n.º 8, Uberaba-MG: Universidade de Uberaba – UNIUBE, maio de 2005, p. 205–216.

vez, relativamente agrupadas, formam a ideologia propagada pelos canais ideológicos, dentre os quais, o próprio direito. Dessa forma, segundo Chauí (2001, p. 23), em *O que é ideologia*, esse grupo de idéias possui um objetivo claro e constante:

Em sociedades divididas em classes (e também em castas), nas quais uma das classes explora e domina as outras, essas explicações ou essas idéias e representações serão produzidas e difundidas pela classe dominante para legitimar e assegurar seu poder econômico, social e político. Por esse motivo, essas idéias ou representações tenderão a esconder dos homens o modo real como suas relações sociais foram produzidas e a origem das formas sociais de exploração econômica e de dominação política.

Tal técnica mascarava – como até hoje – o sistema econômico capitalista, ou seja, o modo de produção capitalista. (MOREIRA, 1987, p. 66)

Devemos anotar, em razão da importância, o entendimento diametralmente oposto no que concerne ao direito de Grau (2000, p. 36) quando afirma que “[...] pretendi negar que o direito positivo (*direito posto*) seja a expressão de uma classe dominante; ele é a tradução da correlação das forças produtivas existentes.” E complementa: “O direito acolhe as contradições das relações sociais, reproduzindo-as, de sorte que, nele, os paradoxos não configuram anomalias, porém elementos essenciais do seu discurso.” (GRAU, 2000, p. 36)

A despeito da aguda observação, pensamos que, para atingirmos a essência dos institutos e princípios jurídicos, e não a sua mera existência, faz-se mister um repensar crítico sobre esta espécie de *lógica*, evoluindo, conseqüentemente, para o pensamento crítico que a *lógica dialética* engendra para nos desvencilharmos do obscurecimento que o dado ideológico proporciona.

Daí afirmar o ilustre membro da Escola Crítica do Direito, Professor Michel Miaille, em obra indispensável, intitulada *Introdução Crítica ao Direito*, que (1994, p. 50):

Para que, no sistema capitalista onde os homens estão profundamente divididos em classes antagônicas, uma vida social ainda assim seja possível, é necessário que exista uma estrutura política, cuja função primeira será ordenar a desordem, reconciliar aparentemente indivíduos que tudo separa, velar pela salvação pública. Esta instituição, sabemos-lo, é o Estado [...] Ora, e é o que muitos esquecem às vezes, esta existência da idéia de Estado é importante para o próprio funcionamento das estruturas estatais. Se cada um de nós não estiver intimamente convencido da necessidade de um Estado, quer dizer, do valor desta (aparente) função de apaziguamento e de regulamentação pacífica dos conflitos, se cada um de nós não acreditar que existe um bem comum, distinto e superior aos nossos interesses particulares, torna-se difícil fazer funcionar o Estado, isto é, concretamente a administração, os tribunais, o exército e, de uma maneira geral, todas as instâncias a ele ligadas. Assim se impõem, na prática e nas consciências, noções tais como: interesse geral, direitos e deveres do cidadão, soberania, razão do Estado, vontade da administração e outras tantas ‘expressões’ sem as quais, afinal, o funcionamento da instituição estatal estaria comprometido.

De efeito, resta evidente que a idéia de Estado produzida pelas sociedades capitalistas tem por fim uma aparente acomodação de classes sócio-econômicas distintas, ou seja, de interesses – muitas vezes não conscientes no seio dessas classes – diversos e divergentes, no universo complexo que é a sociedade.

Partindo da premissa ora exposta, chegamos à conclusão de que, se o Estado é uma idéia, tão-somente, a teoria estatista (positivista-normativista) do direito engendra um conjunto de leis postas que se traduz em um aglomerado de

idéias, isto é, uma ideologia.

Portanto, parece não haver dúvida que, ao proceder considerando o direito posto como o ponto de partida para a resolução de um conflito, o positivista nada mais faz do que reproduzir, consciente ou inconscientemente, o *statu quo* estabelecido pela ideologia dominante através do direito.

Dessarte, mister reconhecer que devemos progredir em relação ao positivismo estatista, na medida em que sofre este de erro essencial.

3. OS PRINCÍPIOS COMO FUNDAMENTO DO RACIOCÍNIO JURÍDICO

Como todo sistema, que deve ser coerente, o jurídico não escapa da imprescindibilidade de uma base que lhe dê sustentação.

Menos nas regras e nas leis, é nos princípios que o sistema jurídico se depara com direcionamentos cujo grau de abstração comportará o fundamento de todo e qualquer sistema, mantendo sua necessária coerência. Nessa esteira, o Professor Paulo Bonavides (1997, p. 257), na sua obra *Curso de Direito Constitucional*, enfatiza a importância dos princípios como sustentáculo do sistema jurídico:

A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardiais.

Impende ressaltar que, à semelhança do que ocorre com o raciocínio positivista, os princípios não se encontram na análise sistêmica do ordenamento de normas, como o fez Norberto Bobbio. (1999) Ao revés, radicam, nos escólios precisos de Grau (2000, p. 35):

[...] o fundamento do *direito posto* na sociedade que historicamente o *pressupõe*, o que me leva a tratar não de *um direito absoluto*, mas do *direito de uma determinada sociedade* (o *direito* não existe; existem os *direitos*), aquela sociedade na qual ele está inserido. No *direito pressuposto* encontramos os *princípios* (jurídicos) dessa determinada sociedade. (Grifos do autor)

Podemos inferir da lição duas conclusões, todas importantes: a) a desmitificação do direito como absoluto, único e imutável (racionalistas); b) que os princípios radicam na historicidade dialética de cada sociedade.

Mas ainda temos que colocar mais um conceito, qual seja, o de *direito pressuposto*, que, ainda nas lições do Professor rio-grandense-do-sul (2000, p. 51):

O direito pressuposto é fundamentalmente princípios, nada obstando, de toda sorte, a que nele vicejem regras, entendidas estas como normas jurídicas cujo grau de generalidade é mais estreito do que o grau de generalidade dos princípios.

Mas se o direito pressuposto são os princípios colhidos na sociedade, não podemos encará-los estaticamente, em razão de total incoerência com o corpo social, por natureza, dinâmico. Daí por que ainda afirma Grau (2000, p. 36):

Ademais, após observar que o direito é produzido a partir de múltiplas inter-relações, compreendi a necessidade de o pensarmos dialeticamente, estudando-o em movimento, em constante modificação, formação e destruição –

isto é, como de fato ocorre na realidade concreta.

Pois bem. Nessa dinâmica inerente aos princípios, condicionados historicamente, mostra-se impossível a assertiva de que o direito é constituído tão somente de interpretações articuladas dentro do *direito posto*. Isso porque, como mais uma vez demonstra o ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal (2000, p. 39), desnudando escorreitamente o raciocínio de Karl Marx:

Afirmar que o modo de produção da vida material (social) – que é diverso do modo de produção dos bens materiais – determina o direito é algo inteiramente distinto da afirmação de que a estrutura econômica (uma das estruturas regionais integradas na estrutura global do modo de produção da vida social) determina o direito.

E complementa (GRAU, 2000, p. 39):

O que se extrai da conhecida afirmação de Marx [...] é a verificação de que a sociedade não pode ser compreendida, em seu dinamismo, senão como também produzida pelas interferências procedentes de todas as demais instâncias (jurídico-política e ideológica).

Estamos que aí reside a diversidade das teorias em cotejo, com vantagens para aquela do *direito pressuposto* sobre a do positivismo, na medida em que, se a sociedade é dinamicamente compreendida também pela interferência de outras instâncias (jurídica, política e ideológica) e não só pela econômica, se a sociedade na sua historicidade é a produtora do direito pressuposto (princípios) e condicionadora do direito posto (leis), nada mais se conclui senão que o direito, muito além de leis formais, é o produto histórico-cultural da sociedade na qual é produzido, cuja interferência das demais instâncias também se faz presente.

A avultação dos elementos extrajurídicos para o conhecimento/interpretação do direito *posto* importará na abertura do âmbito de visão do jurismo, que a teoria positivista, de seu turno, reduz.

4. CONCLUSÃO

Demonstradas, na medida da necessidade, as linhas gerais das teorias sob comento, forçoso anuir sobre o fato de não ser o positivismo uma atitude interpretativa satisfatória contemporaneamente.

Ademais, consoante a direção traçada nas linhas que perfilam as incumbências ministeriais insertas na nossa Constituição, cujo caráter é desenganadamente dirigente, sua concretização restará comprometida, acaso o membro do *Parquet* tenha atitude interpretativa que revele a adoção do positivismo-normativista. Isso porque, assim agindo, o Ministério Público estará se desvirtuando daqueles parâmetros constitucionais impositivos, quais sejam, as defesas da sociedade e do regime democrático, limitando a sua atuação à reprodução (repetição) da ideologia construída por uma só classe sócio-econômica: a dominante.

É certo que o positivismo jurídico produziu seus efeitos em época na qual era necessário limitar o soberano, como forma de se garantir a liberdade burguesa. Atualmente, entretanto, mister reconhecer o privilégio conferido ao humano como ente social, isto é, aquele ser entronizado no grupo social que detém o poder de determinar sua história, condicionada pelos valores de seu tempo. É, em resumidas palavras, o fundamento antropológico-axiológico (CANOTILHO, 2002) do constitucionalismo democrático, notadamente da atual

Constituição brasileira.

Com efeito, o pós-positivismo ético – aquele que confere normatividade aos princípios contidos no direito pressuposto, mormente se previstos em textos constitucionais, cuja hierarquia suplanta a lei formal – traduz-se, parece-nos, na melhor forma de conformar as cláusulas constitucionais impositivas relativas à atuação do Ministério Público. Isso porquanto, como anota o Professor da *New York University* (1999, p. 305), claro defensor da normatividade dos princípios:

Os juízes [e os membros do Ministério Público] que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade.

Como se pode divisar, em suma, a atuação do *Parquet* realizada por membros cuja formação é positivista nega o próprio documento constitucional, inerentemente principiológico, relegando aquele mister ao enclausuramento dogmático da lei formal.

5. RESUMEN:

Analiza las teorías del derecho presuppuesto y del positivismo optando por aquella como la más adecuada a la concretización de los deberes constitucionales del Ministerio Público.

Palabras-llave: Teorías. Derecho Presuppuesto. Positivismo. Deberes constitucionales. Ministerio Público.

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renato Franco de; COELHO, Aline Bayerl. Precificação de produtos (lei n.º 10.962/04): inconstitucionalidade. *Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*. Florianópolis, n. 5, p. 11-28. jan 2005

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. 184p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. 755p.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1.504p.

CASANOVA, Pablo González. Globalidade, neoliberalismo e democracia. In: GENTILI, Pablo. *Globalização excludente: desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 46-62.

CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. 2. ed. rev. amp. São Paulo: Brasiliense, 2001. 118p.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513p.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 209p.

MIALLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Trad. Ana Prata. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994. 330p.

MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. 4. ed. Lisboa: Caminho, 1987. 196p.



É POSSÍVEL A RECUPERAÇÃO DO PRESO?

Marcos Francisco Pereira¹

RESUMO:

Partindo-se da consciência de que, no presente momento histórico, a Segurança Pública e as Instituições Democráticas estão abaladas pelo crime organizado, e que este age como se fosse autêntico Estado paralelo, o propósito deste artigo é mostrar a simplicidade, o baixo custo e a eficiência das *Associações de Proteção e Assistência aos Condenados (APACs)* como forma de combater o crime e, concomitantemente, diminuir a população carcerária. Por conseguinte, meio prático e eficiente de corroborar com o Estado no combate à criminalidade.

Palavras-chave: Criminalidade. Execução da pena. População carcerária. Recuperação do preso. Assistência aos condenados.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Associação de Proteção e Assistência ao Condenado–APAC – 3. Histórico - 4. Cumprimento da pena – 5. Elementos do método – 6. Resultados – 7. Custos - 8. Destaques finais – 9. Conclusão. – 10. *Abstract* – 11. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Quando se fala em *Segurança Pública* dois assuntos vêm à baila, causando indignação e perplexidade: a) *impunidade*, pela ineficiência de aplicação das leis penais; b) *periculosidade* acentuada pela execução da pena, porque, de forma geral, como nos informam os meios de comunicação, as penitenciárias, em razão da superlotação e da falta de controle estatal, funcionam como verdadeiras escolas de aperfeiçoamento do crime, e fator de aumento da criminalidade violenta.

No atual sistema penitenciário, o Estado, ao executar a pena, só se faz presente para desempenhar uma função meramente simbólica, dando à sociedade a impressão de que, como parte de seu papel de controle social, puniu o infrator. Embora o encarceramento tranqüilize boa parte da sociedade, aumentando seu sentimento de segurança e pacificando-a quanto ao seu senso de justiça, do ponto de vista do combate à criminalidade é totalmente ineficaz. O Estado faz que cumpre seu papel de garantidor da segurança pública e a sociedade finge estar mais segura. Nesse ambiente de *faz-de-conta* vão sendo aprimorados os mecanismos geradores de aumento da criminalidade e da prática de crimes cada vez mais violentos.

É inevitável a reação: quem é tratado como animal se bestifica. No sistema atual, que tem preocupação com economia de escala, as penitenciárias de grande porte têm acentuado um tratamento padrão a pessoas com diferenças de

¹ Juiz de Direito aposentado. Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito de Passos. Diretor da Faculdade de Engenharia de Passos, de 1976 a 1982. Vice-Presidente do BEMGE no período de 1983/1986. Secretário de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento em 1986/87. Diretor Administrativo e Financeiro da Fundação João Pinheiro em 1990/93.



origem familiar, socioeconômica, cultural, de nível de escolaridade, formação profissional, religiosa, etc. A auto-estima, ferida pela sentença condenatória (que determina sua exclusão de uma sociedade que o repudia), longe de recompor-se, acaba desaparecendo por completo.

Quanto maior a penitenciária, maiores os riscos de perda do controle de sua gestão; e, por consequência, da ocorrência de desmandos e omissões. Por outro lado, além de agigantadas, algumas ainda apresentam superpopulação carcerária onde se tem a visão de verdadeiros “*campos de concentração*” da II Guerra Mundial – autêntico “depósito humano”. Esse excesso acaba gerando nos presos demandas descabidas, verdadeiro jogo de “cabo-de-guerra” entre a administração e os presos – resultado da disputa pelo poder dentro do cárcere. A rigor, tais demandas camuflam a verdadeira aspiração daqueles que estão atrás das grades: a liberdade. Pedidos havidos como absurdos (p. ex. ar condicionado nas celas) escondem o que verdadeiramente querem obter, mas estão impedidos por lei (a liberdade).

No atual sistema, para defender-se da violência e das ameaças de toda ordem, é fator de sobrevivência ter *fama de perigoso* e/ou associar-se às *gangs* violentas que mandam no presídio. É aí que tem início o aprimoramento no crime e a formação de quadrilhas – sustentáculo do crime organizado. Assim, a real aspiração do presidiário (a liberdade) acabará cada vez mais distanciada pela prática de outros crimes. E tem início o círculo vicioso: crime/desesperança/mais crimes mais violentos/maior desesperança... Eis a fonte da afirmação de que o atual sistema carcerário é criminoso.

É preciso, no entanto, conciliar a aplicação da pena imposta ao autor do ilícito com o respeito aos seus direitos não atingidos pela condenação. É esse o comando claro da CF, em seu art. 5º, com o qual guarda absoluta coerência tanto o art. 38 do Código Penal² dispondo que “*O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral*”, como o art. 3º da Lei nº 7.210/84 (LEP – Lei de Execução Penal), ao dispor que “*Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei*”.³ Como óbvio, na expressão “*todos os direitos*” inclui-se e se destaca o direito à manutenção de sua *dignidade pessoal*. Para a APAC, o respeito à dignidade do preso é fundamental ao resgate de sua auto-estima. E esse resgate, requisito número *um* para sua reintegração na sociedade.

Certamente, o Método APAC não confunde esse resgate com *impunidade*. Ao contrário, aplica a LEP na sua plenitude. Com seu rigor disciplinar no dia-a-dia do cárcere e sua luta para combater a ociosidade do preso (recuperando), busca dar pleno cumprimento à LEP. Tal não ocorre no sistema comum, no qual os regimes de execução penal, por exemplo, acabam limitando-se ao fechado e ao semi-aberto, convertendo-se o aberto em regime domiciliar – verdadeiro *faz-de-conta*. Assim, equivocam-se os que imaginam que a APAC seja uma instituição paternalista, onde voluntários afagam bandidos dando-lhes tapinhas nas costas. Não, ao combater o cumprimento apenas parcial da lei, ela aplica os três regimes: o *fechado*, o *semi-aberto* e o *aberto*. Este último, como já dito, sequer existe no sistema hoje dominante. Não é observado, não é cumprido. Quer decorra do

² CÓDIGO PENAL Brasileiro, 41ª Ed. SARAIVA. São Paulo - SP 2003, p. 53.

³ CÓDIGO PENAL Brasileiro, 41ª Ed. SARAIVA. São Paulo – SP 2003, p. 381.

sistema progressivo adotado pelo Brasil (o cumprimento da pena tem início no regime *fechado*, progride para o *semi-aberto* e, depois, para o *aberto*), quer se trate de regime imposto na sentença condenatória (a sentença poderá fixar, desde o início da pena, o regime aberto), não merece e jamais mereceu atenção do Estado. Causa do desinteresse: falta de compromisso com a recuperação do condenado e acentuado interesse em responder aos reclamos de uma sociedade que quer ver-se livre de pessoas incômodas, afastando-as de seu seio e enviando-as para as masmorras que as convertem em verdadeiras bestas-feras, esquecida de que um dia retornarão ao convívio social. Conseqüência do desinteresse: a) sendo o regime aplicado como conseqüência da progressão de outro mais severo, o processo de recuperação objetivado pela LEP fica incompleto; e, b) se imposto como regime inicial aos que debutam na carreira criminosa, estes acabam com a convicção de que tudo não passa de um *faz-de-conta* e podem seguir a carreira porque serão beneficiados pelo sempre *faz-de-conta*.

Portanto, esse ambiente simbólico, em que o Estado finge que aplica a lei e a sociedade finge que se sente segura, constitui verdadeira omissão – um comodismo que tende a agravar esse clima de violência e de insegurança que a todos preocupa.

A propósito da função simbólica do Direito Penal, ensina Antonio Garcia-Pablos⁴: “*Um derecho penal simbólico se desentiende de la eficaz protección de bienes jurídicos em aras de otros fines psicosociales que le son ajenos. Non mira al infractor potencial, para disuadirle, sino al ciudadano que cumple las leyes, para tranquilizarle, a la opinión pública. Un Derecho Penal de estas características carece de legitimidad, reacciona con un rigor innecesario y desproporcionado...*”

A rigor, a aplicação da lei penal acaba resultando sempre de uma opção política do juiz. Entenda-se: desde a prática do crime, há uma pressão social pela punição do infrator. É a exigência para que a polícia persiga o autor e o prenda, ou para que seja mantida a prisão em flagrante, ou a crítica pela concessão da liberdade provisória e, ainda, a vigilância sobre o resultado do julgamento. Valem todos os recursos para o exercício dessa pressão, em especial, pela mídia que, quase sempre, recorre à questão como meio de aumento da audiência, completamente descomprometida com os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos ao cidadão envolvido no fato apontado como ilícito.

Assim, reclama-se rigor na aplicação da norma penal incriminadora, isto é, aquela que define o crime e comina a pena, prevista no Código Penal e legislação complementar.

Contrariamente, ninguém jamais viu, nessa fase de perseguição ao infrator, qualquer manifestação de crítica ao destino dele, caso venha a ser condenado. Ninguém menciona a superlotação, a precariedade das instalações, a insalubridade do ambiente, a total falta de assistência, os maus tratos dos agentes, a promiscuidade, em suma, a desumanidade do sistema.

A despeito dessa falta de pressão social, o juiz, por sua formação humanística, pelo seu nível de informação, por sua responsabilidade funcional, por seu dever de ofício como corregedor dos presídios, sabe que assim é e deveria, no momento da aplicação da pena, levar em conta tal realidade. Ou, inversamente, aplicada a pena, buscar os instrumentos para transformá-la. No entanto,

⁴ GARCIA-PABLOS, Antonio. Derecho Penal – Introducción. Servicio de Publicaciones Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1.995, p. 51.

na grande maioria dos casos, instruído o processo de conhecimento e proferida a sentença, dá-se por resolvido o problema e não se fala mais nisso. Ignora-se, por completo, a fase executiva. O condenado é enviado para a prisão e esquecido. É como se a LEP fosse uma lei menor, de brincadeira, feita para não ser cumprida. Afinal, ela é boa, mas não serve para o Brasil. É lei para país do primeiro mundo. Afinal, temos uma lei bonita e um país feio. É mais fácil piorar a lei para que ela fique feia como o país, do que embelezar o país para que fique bonito como a lei.

Ora, a LEP (Lei das Execuções Penais) é tão lei quanto o CP (Código Penal). Este não tem hierarquia sobre aquela. Ou se cumprem ambas ou não se cumpre nenhuma. Ocorre que o Judiciário acaba por cumprir aquela que é alvo de maior pressão social: a lei penal enquanto castigo, não a lei penal enquanto garantidora. Daí dizer-se que, nas aplicação da lei penal, o juiz sempre faz uma opção política.

2. ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AO CONDENADO – APAC

É nesse quadro que surge a APAC.

Desde o início, ela se apresenta com sua vocação para cumprir, com fidelidade, o que vem estabelecido em lei.

De fato, a LEP estabelece: “O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança”.

Pois bem, em seu compromisso com a legalidade, a APAC surge como iniciativa da comunidade, isto é, de membros da comunidade que, voluntariamente, associam-se para auxiliar o Poder Judiciário na execução penal. Cuidase, portanto, de uma ONG (organização não governamental) que atua em contato estreito com as Varas das Execuções Penais das Comarcas onde se localizam.

Seu objetivo é auxiliar os Poderes Judiciário e Executivo, na execução da pena, enfatizando os requisitos legais voltados para a reintegração do condenado. A rigor, APAC é o nome dado ao método de execução penal que se concretiza via de uma associação que acaba por receber o mesmo nome do método do qual se falará mais à frente.

3. HISTÓRICO

Era início da década de setenta. Por um desafio do Juiz da Comarca de São José dos Campos, estado de São Paulo, impressionado com a rebeldia reinante no presídio local e com os atos de violência ali cometidos, o advogado Dr. Mário Ottoboni, ligado aos movimentos leigos na Igreja Católica, prontificou-se a realizar um trabalho de humanização do presídio para mudar o comportamento dos presos. Os resultados o animaram a catalogar um conjunto de elementos que, retirados de sua observação sobre o novo tratamento dado ao ambiente carcerário, conduziram os condenados a uma efetiva transformação pessoal. Nasceu ali a primeira APAC, entendida a sigla como a entidade composta por voluntários para prestar assistência a condenados. Um dos seus fundamentos: apoiar-se em trabalho de voluntários. Nova experiência, novas observações, incorporação de outros elementos, agora mais bem ordenados e otimizados por respeitarem a uma seqüência lógica de atividades voltadas para a reintegração do condenado à sociedade. Surgiu o método APAC.

Em 1986, foi criada a segunda APAC no Brasil, em Itaúna, Estado de Minas Gerais.

Mário Ottoboni, agora com o concurso de Valdeci Antonio Ferreira, também vinculado à Igreja Católica, implantaram ali a segunda APAC do país (por ordem de criação).

Decorridos cerca de dez anos, a experiência de Itaúna difundiu-se por diversas regiões de Minas, ganhando adeptos e fazendo surgir outras APACs simultaneamente, o que levou o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais a criar o Programa “Novos Rumos” da execução penal, com a finalidade de divulgar o método e incentivar a sua adoção pelas diversas Comarcas do Estado.

Hoje, em Minas, há cerca de cinquenta APACs. E outras tantas espalhadas pelo território nacional e por mais de vinte países, especialmente do primeiro mundo.

Em Passos-MG, a APAC foi criada em 1999 e implantada em 2001 (no intervalo cuidou-se da adaptação de parte do prédio da cadeia pública para o seu funcionamento). Hoje, encontra-se em fase adiantada de construção a sede do novo CRS – Centro de Reintegração Social, que abrigará a APAC a partir de meados de 2007.

A história teve início com a constatação do aumento da criminalidade e o auto-questionamento feito pelo Juiz e autor deste artigo sobre a eficácia do combate ao crime, como vinha sendo feito.

A pergunta era:

– Mas temos obtido bons resultados?

Se a pergunta é de quem mora no interior, a resposta pode ser dada pelo noticiário de TV, pela leitura de jornais, ou chegar pelo rádio. Se mora na Capital, pelos sobressaltos, pelo desassossego, pelo medo. O que faz lembrar Monteiro Lobato, “o medo é um susto que vem de todos os lados”.⁵

É assim que vivem nossos companheiros cuja contribuição para o funcionamento do mundo tem que ser dada nos grandes centros: o pescoço girando, o coração batendo em descompasso – o perigo pode vir de qualquer direção.

Que dizer então dos chefes de família, servidores públicos, que buscaram o caminho de servir como agentes penitenciários?

Afinal, estamos combatendo o crime ou estamos provocando, desafiando, instigando, buscando medir forças com pessoas que pouco têm a esperar da vida?

Principalmente: estamos inibindo a criminalidade ou estamos incentivando o aprimoramento de maus sentimentos e, em especial, estratégias de ofensa a uma sociedade que se diz boa, mas repudiou parcela sua e remeteu para verdadeiras masmorras, abarrotadas e fétidas, pessoas que um dia trabalharam, um dia estudaram e um dia sonharam com uma vida feliz, ou nada disso fizeram porque o ausente Estado não lhes proporcionou condições para estudar, para trabalhar e, muito menos, para sonhar.

Quando titular de uma das Varas Criminais da Comarca de Passos (MG), ocorreu ao autor a idéia de visitar a APAC da Comarca de Itaúna (MG), já então conhecida pelos seus resultados.

Conhecido o propósito, surgiram outros 14 interessados. A viagem, feita

⁵ LOBATO, Monteiro, O saci, Ed. Melhoramentos, São Paulo, ano 1962, p. 71.

de VAN, foi um patrocínio da FESP (Fundação de Ensino Superior de Passos).

Surpresa, no nosso caso, seria um despropósito. Afinal, por leituras feitas, nós sabíamos de tudo que ali poderia ser visto. No entanto, veja o caro leitor, ficamos surpresos. De fato, uma coisa é conhecer teoricamente, outra, é entrar num presídio em que as chaves ficam nas mãos dos presos, é apertar-lhes a mão, é ouvi-los desejando boas-vindas e, ao final, ser por eles abençoado e ser convidado para voltar outras vezes.

Eis como tudo aconteceu:

Chegando à APAC, apertada a campainha, surgiu um moço, 25/30 anos, por aí.

- Bom dia!
- Bom dia! Sejam bem-vindos!

Entramos para um *hall* onde todos fomos solicitados a entregar telefones celulares e bolsas. O moço, as mãos cheias de chaves, continuava solícito.

- Como você se chama?
- Joel.

Alguém mais desprevenido:

- Você é o carcereiro?
 - Não, doutor. Aqui não tem carcereiro não. Não tem polícia civil nem militar. Aqui, as chaves ficam conosco. A gente é responsável. A APAC confia na gente e a gente confia nela. Todo o mundo aqui quer sair, um dia, pela porta da frente e sair de cabeça erguida; por isso, ninguém quer fazer besteira. Aqui, nós somos tratados como gente, com dignidade.

Entramos para as outras dependências. Em cada porta de acesso, um recuperando e sua inseparável chave. Solícitos, todos recebiam, alegres, a comitiva.

De repente, um cartaz:

“ESTAMOS HÁ 1.475 DIAS SEM FUGA”.

Chamou a atenção: isso é mais que quatro anos!

Outro cartaz:

“ESTAMOS HÁ 193 DIAS SEM FALTA GRAVE”.

Notava-se que tudo tem estatística e há uma busca de constante melhoria dos índices positivos.

- Que é aquilo? (apontando para a figura de um porco).
- É o troféu “porquinho do mês” que é dado à cela menos organizada. Na outra parede, o Sr. tem a “Cela do Mês” – prêmio da mais bem organizada. Temos também o “voluntário destaque” – o reconhecimento pelos recuperandos de pessoa da comunidade que se destacou em prol da APAC.

Era hora de conversar com eles para sentir o estado de espírito de quem estava preso num local daqueles.

Foi aí que ouvimos frases que ficam suspensas para serem reproduzidas ao final.

Deu para perceber que a organização da APAC se sustentava em severa disciplina e combate à ociosidade.

Lá, existe hora para tudo:

06h30min – alvorada (despertar)

07h – café da manhã

07h30min – oração

08h – palestra de valorização humana

09h – a partir daí, cada um para sua atividade: portaria, secretarias internas, cozinha, faxina, farmácia, horta de verduras, artesanato, alfabetização, cursos profissionalizantes, trabalho nas oficinas, etc.

Tais atividades vão até às 17 horas. Daí até às 22, tem início uma programação variada a cada dia/noite: futebol, televisão, missa, culto religioso, teatro, “banho de lua”.

Às 22h – recolher. A partir desse horário fica proibido qualquer barulho. Havendo futebol ou outro programa interessante, os que não tenham sofrido algum tipo de penalidade podem ser autorizados a ver televisão até mais tarde, desde que a disciplina na casa comprove haver mérito.

Nas datas especiais: dia das mães, dia os pais, dia das crianças, Natal, Ano Novo, são realizadas festas com a presença das famílias, as quais se encarregam da organização, arrecadação de gêneros e realização da festa, que tem hora/limite para terminar.

Trata-se de uma das estratégias para manter a família estruturada e de preparação para reintegrar o preso na sociedade. Estratégia que conta também com duas visitas semanais dos familiares (quarta e domingo), com três horas de duração, e possibilidade de contato telefônico, mediante o pagamento da ligação, também duas vezes por semana (terças e sextas). Outra importante medida para manter a coesão familiar são as visitas íntimas. Cada recuperando tem a oportunidade de, tendo mérito, receber visita da esposa de 15 em 15 dias e com ela passar a noite, em apartamentos adequados a esse fim. Repetindo, nenhum benefício é concedido se a conduta do recuperando não comprovar que ele tem mérito.

De repente:

– Que é isso? Pergunta feita diante de uma porta com a placa: “SECRETARIA DO CSS”.

– CSS significa Conselho da Solidariedade e da Sinceridade. Ele é constituído por 7 (sete) recuperandos. O Presidente da APAC escolhe o Presidente do CSS e este escolhe os demais membros e submete os nomes ao Presidente da APAC. Se aprovados, são nomeados.

Mas o que fazem?

– São solidários e sinceros.

– Como?

– Se algum recuperando se sente mal, tem problema de saúde, familiar ou outro, o CSS leva ao conhecimento da Diretoria da APAC e pede providências – é a solidariedade. Se algum “pisa na bola”, isto é, faz algo de errado, o próprio CSS pune ou, se for coisa grave, encaminha para que a punição seja aplicada pela Diretoria da APAC – é a sinceridade.

– E funciona?

– Melhor do que se pensa. A disciplina na APAC é rigorosa, tudo é vigiado de perto.

Nossa visita chegava ao fim. Convidados para irmos a uma capela/auditório, ouvimos agradecimentos pela visita, hinos de louvor e gratidão a Deus, e nos foi impetrada uma bênção cantada pelos próprios recuperandos.

O ato final foi sermos presenteados com o livro: “VAMOS MATAR O CRIMINOSO?” – autor: Mário Otoboni.⁶

Novo susto: como admitir uma proposta dessa num ambiente como a APAC?

Mas a filosofia é essa mesmo: “MATAR O CRIMINOSO, SALVAR O HOMEM”. É o que pretende a APAC.

Foi dessa visita que brotou o compromisso de criar a APAC de Passos.

4. CUMPRIMENTO DA PENA

No “histórico” retro já deu para se ter uma idéia de como se cumpre a pena no APAC. Vale, contudo, destacar: se se fala em “pena”, resulta que a APAC destina-se apenas a presos já condenados. Pergunta-se: todos os condenados são transferidos para ela? Claro que não. Em regra, todos podem passar, sem discriminação quanto à natureza do crime ou à duração da pena. Mas dependerá do consenso da direção da APAC e do Juiz da Execução da Pena, observada a disponibilidade de vaga.

Também é necessário que o condenado *queira* ir, assumindo o compromisso de cumprir as regras da APAC.

Não há como viver em uma sociedade que não disponha de um eficaz meio de controle social formal. É aí que a Ciência Penal ganha especial importância. Nesta, com destaque, emergem as questões da execução da pena.

A esse respeito, escreve JURANDIR SEBASTIÃO:

“Evidentemente que o encarceramento é a forma punitiva mais severa, por isso mesmo adequada apenas aos delitos graves, assim definidos previamente. E se a tipificação penal estabelecer penas outras em substituição ao encarceramento, ou alternativas, elas deverão ser impostas, fiscalizadas e cumpridas, com rigor, para afastar o “faz-de-conta”.

“[...] No âmbito dessa prevenção geral também se encontra o dever de implementação de política pública de assistência ao ex-presidiário, para evitar o seu retorno à criminalidade”.⁷

Evidente, para combater o *faz-de-conta*, a assistência deve estender-se também ao presidiário e especialmente a ele, que ainda se encontra sob custódia e, por consequência, sob a responsabilidade do Estado.

No atual sistema penitenciário, a *assistência* não vai além de esporádicas ações paternalistas, meras concessões feitas de cima para baixo, infantilizando o sentenciado ao tratá-lo como sujeito passivo, objeto da *caridade* alheia e incapaz de participar das decisões e práticas que possam concorrer para a sua reintegração social.

⁶ OTOBONI, Mário. Vamos matar o criminoso?. São Paulo, SP: Editora Paulinas. 2001.

⁷ SEBASTIÃO, Jurandir. Fundamentos Gerais, Regras e Espécies de Responsabilidade Civil e Criminal. Revista Jurídica UNIJUS, Vol. 8, nº 8. Uberaba: Universidade de Uberaba, maio de 2005, p. 11-40.

Objetivando corrigir tal distorção, a APAC parte de alguns fundamentos relevantes:

Primeiro: *Possibilidade de Recuperação* – para a APAC, *ninguém é irre recuperável*. Isto é, todos os condenados, independentemente da gravidade ou da quantidade dos delitos cometidos, são passíveis de se reintegrarem à sociedade. Não fora essa inabalável convicção, a APAC seria contraditória em si mesma e também não passaria de mero assistencialismo caritativo. Muitos, ainda estribados em preconceitos decorrentes da observação do dia-a-dia, reputando que alguns sejam irre recuperáveis, apontam exemplos concretos de criminosos que, após diversos encarceramentos, persistem na senda da criminalidade, e, quase sempre, mais violenta. Esquecem-se de, paralelamente, considerar o tratamento que lhes foi dado nesses períodos de cárcere.

Nelson Hungria⁸, do topo de sua inquestionável autoridade, proferindo palestra em Lisboa, por ocasião do congresso comemorativo dos cem anos de abolição da pena de morte em Portugal, afirmou: “...*E hoje, inteiramente descabida a tese de criminosos natos ou estruturalmente incorrigíveis, ficou sem base a argumentação dos positivistas em favor do homicídio legal. Ninguém é criminoso por ineludível instinto, inclinação irredutível ou fatalidade orgânica. Não há criminoso no cueiro*”.

O mesmo palestrante, depois, transcreve afirmação de Kellerhals: “*Devo declarar que jamais encontrei, no curso da minha experiência, um indivíduo inteiramente incorrigível. Nos casos em que não logrei a desejada influência sobre o prisioneiro, tive a impressão de que isso decorria da nossa própria culpa, pelo simples fato de não termos sabido encontrar o método adequado para conquistar o prisioneiro com êxito*.”

Repete também afirmação de Quintiliano Saldaña: “*O delinqüente não é uma pedra, mas um homem e, portanto, pode mudar, é suscetível de se modificar*”.

Por fim, em outro momento de sua conferência, afirma ele que, até aquele instante (1967), não era conhecido qualquer trabalho de peso científico que autorizasse admitir a existência de criminosos irre recuperáveis. Desde então, a convicção dos especialistas caminha exatamente no caminho oposto, isto é, de que todo e qualquer autor de delito pode recuperar-se.

Eis a razão de ter o método APAC, como uma das principais obras de sua sustentação o livro “*Ninguém é Irre recuperável*”, de Mário Ottoboni.

Segundo: *Religião* – para a APAC, a recuperação do criminoso só se dá a partir de uma real transformação do homem, ou, nos termos bíblicos, com um *novo nascimento*. Daí ser fundamental para o método a participação de todos os recuperandos nas práticas religiosas. Respeitada a fé de cada qual, a APAC abre suas portas para que as igrejas prestem assistência religiosa a seus fiéis. A religião é vista como o caminho para aqueles que, a exemplo do “Pedro Pedreiro”, da canção de Chico Buarque, podem não saber “*mas talvez no fundo, exista alguma coisa maior que o mar, mais lindo que o mundo*”. Ela permite descobrir essa coisa tão grandiosa e bonita: um sentido para a vida.

Às igrejas é solicitado evitar a prática de proselitismo, isto é, de se valem das circunstâncias para conquistar adeptos para sua denominação. O que a APAC deseja, sem interferir na prática de cada igreja, é que aconteçam atividades

⁸ HUNGRIA, Nelson e outros. Pena de Morte. Organizado por B. Calheiros Bonfim Editora. Rio de Janeiro, p. 6.

socializadoras, de tal maneira que ao recuperando seja dado ver, em cada representante de igreja, uma marca de amor para com ele. Do contrário, estar-se-ia entregando uma *clientela cativa* para a conquista das denominações encarregadas da assistência religiosa.

Terceiro: Confiança – A APAC não faz um discurso sobre a *confiança*. Ela pratica a *confiança*. Por isso, na APAC não há policiais civis, nem militares. As chaves do presídio ficam em poder dos próprios recuperandos. Estes, por outro lado, são partícipes do processo disciplinar e da gestão de uma maneira geral. Via CSS, eles têm participação ativa na vida da instituição.

Quarto: Trabalho – A ociosidade é vista como um grande mal. Daí a incansável busca de desenvolver atividades laborais ou de preparação profissional no âmbito da APAC. Em cada regime, o trabalho tem função própria: no fechado, sua natureza é laboroterápica – busca criar trabalhos manuais, ativar o exercício da criatividade, valorizando os pendores artísticos e lhes aprimorando a sensibilidade – ênfase no artesanato e nas atividades de gestão da APAC. No semi-aberto e no aberto, já existe uma preocupação com o retorno do condenado ao convívio social e, por isso, o trabalho é uma preparação para este fim: profissionalização e fortalecimento muscular para aqueles que vão para trabalho braçal. Simultaneamente, são oferecidos cursos profissionalizantes para os não qualificados ou que queiram mudar de atividade no seu retorno.

Quinto: Respeito – Primeiro ato de respeito: jamais admitir que o número de recolhidos seja superior às vagas disponíveis e jamais conviver em estabelecimentos agigantados, onde as pessoas se massificam e são desumanizadas. A capacidade ideal de uma APAC é de até duzentos recuperandos. A de Passos, por exemplo, está sendo construída para abrigar cento e vinte condenados. No caso de grande população carcerária, a solução é a multiplicação de unidades, o quanto necessário.

O cumprimento da pena na APAC não afasta o respeito pelo sentenciado. Ele sabe que tem um débito para com a sociedade e, por isso, foi apenado e nenhuma concessão não prevista em lei lhe é feita. Semelhantemente, as faltas disciplinares aplicadas e o tratamento que lhes é dispensado no dia-a-dia observam os princípios informadores do direito de defesa. Além de observar a capacidade física da prisão, outro passo inicial para resgate da auto-estima é a proibição de tratar o outro pelo apelido. Na APAC não existe “Montanha”, nem “Encrenca” nem “Chinelão”, e sim Antônio Carlos, José Alberto, etc. O *nome* é o primeiro dado que identifica a pessoa e suas ligações familiares, enquanto que o apelido costuma ter origem na criminalidade e com ela ter seu vínculo. Daí a importância de extirpá-lo. O respeito de um para com o outro e para consigo próprio é o primeiro caminho para que cada um se respeite e aprenda a respeitar o outro. Afinal, quem não tem auto-estima não saberá estimar o outro.

Na mesma linha de raciocínio, o recuperando é tratado como adulto e convidado a participar de sua recuperação desde sua chegada. Assim é que, quando transferido para a APAC, ele passa por um processo de adaptação ao método, permanecendo numa cela especial pelo prazo de trinta dias. Durante esse período, recebe informações sobre a APAC e o método. Decorrido esse prazo e conhecidas todas as condições da APAC, ele é convidado a assinar um “Termo de Compromisso” de adesão espontânea ao método, tendo a faculdade de, caso queira, retornar à cadeia pública. Vindo ele, a qualquer momento, a deixar de

cumprir o “Termo” assinado, poderá, dentre outras penalidades, retornar para a cadeia.

5. ELEMENTOS DO MÉTODO

Destacadas as linhas básicas, como acima, resta lembrar que o método compreende doze elementos a serem observados ao longo do trabalho de reintegração social, como segue: 1 – participação da comunidade; 2 – recuperando ajudando recuperando (busca desenvolver a solidariedade entre eles); 3 – trabalho; 4 – religião (livre); 5 – assistência à saúde; 6 – assistência jurídica; 7 – valorização humana (palestras semanais proferidas por pessoas da comunidade); 8 – família (viabilização de visitas íntimas e integração da família no processo de recuperação); 9 – voluntário curso para sua formação profissional; 10 – centro de reintegração social (instalações adequadas à aplicação do método: salas de aula, oficinas, auditórios, capela, sala para atendimento, administração, etc.); 11 – mérito (a vida prisional do recuperando é minuciosamente observada no sentido de apurar seu mérito para fazer jus a benefícios); 12 – jornada de libertação com identificação de uma divindade religiosa (evento recorrente, realizado anualmente e que objetiva promover efetiva libertação de todas as amarras do mundo do crime).

6. RESULTADOS DA APLICAÇÃO DO MÉTODO

No mesmo livro de Mário Otoboni “NINGUÉM É IRRECUPERÁVEL⁹”, o autor registra dados estatísticos que merecem ser comparados. Cuida-se de pesquisa comparativa feita nas cadeias públicas de Minas Gerais e na APAC de Itaúna.

Vejamos essa estatística comparativa:

<u>Item pesquisado</u>	<u>Cadeia pública</u>	<u>APAC</u>
Angústia	82%	10.6%
Desconfiança	96%	10,5%
Odeia a ponto de desejar o mal ao semelhante	66%	16.5%
Tem raiva de alguém	60%	25%
Ausência de projeto de vida nova	84%	4.8%
Medo de enfrentar a vida	61%	13.8%
Não reconhece qualidade alguma em si próprio	78%	11%
Desânimo	76%	11%
Dificuldades para dormir	68%	5%
Sem motivação no dia-a-dia	88%	7%
Pesadelo	64%	12%
Sentimento de revolta	88%	12.1%
Sentimento de abandono	83%	12%
Importância por ser considerado perigoso	72%	8.4%
Desejo de autodestruição (suicídio)	28%	1%
Sentimento de culpa	84%	21%
Fuga da presença de outras pessoas	64%	14.3%

⁹ OTOBONI, Mario. Ninguém é irrecuperável?. São Paulo-SP: Editora Cidade Nova. 2001, p. 72.

Desvalorização da própria vida	98%	17.7%
Incapacidade de perdoar	92%	13%
Considera-se vítima	41%	14%
Incapacidade de assumir a própria culpa	98%	16%
Resfriados constantes	70%	9%
Enxaqueca	36%	3%
Dor de cabeça	18%	9%
Úlcera nervosa	54%	2%
Sinusite	18%	4.3%
Gastrite	34%	6%
Falta de apetite (anorexia)	56%	5%
Dor de ouvido	18%	3%
Dor de dente	44%	9%
Problemas nos olhos	24%	4%
Tópico que merece destaque		
<u>Reincidência</u> (quem, após sair, voltou p/ prisão)	87%	7%

Nota: de cada cem pessoas que passam pela APAC, somente sete voltam para o crime – e dos cem que passam pela cadeia, quantos voltam?

Se contra fatos não há argumentos, o acima torna o método APAC inquestionável.

7. CUSTOS

Resta saber: para a obtenção de tais resultados, quais seriam os custos?

Aí é que vem o grande paralelo: na cadeia pública, um preso custa R\$ 1.800,00 reais/mês, levando em conta, além da água, luz, telefone, escolta para audiências, toda a estrutura das polícias civil e militar envolvidas. Na APAC (Itaúna), um recuperando custa R\$ 400,00/mês, isto é: 77.25% mais barato.

Fica impossível evitar a frase de efeito: “ENTÃO, É MAIS CARO “APRIMORAR” UM BANDIDO DO QUE RECUPERAR UM CIDADÃO”.

8. DESTAQUE FINAL

Outro dia, a APAC de Passos teve uma surpresa agradável: um recuperando procurou a Diretoria para dizer que tinha vontade de encontrar-se com a sua vítima e lhe pedir perdão. Sondada, a vítima se prontificou a ter o encontro. Ao fim dele, o recuperando ouviu aquilo que sonhava de longa data ouvir: “EU TE PERDÔO”. Este é o dado mais importante na recuperação de alguém: ser perdoado pela pessoa a quem prejudicou.

O incidente faz lembrar que a APAC trabalha também com as vítimas ou seus familiares.

É certo que nem todas as vítimas ou familiares estarão preparados para atos de tamanha grandeza. De qualquer forma, o perdão dado é o caminho mais curto para a plena recuperação do autor do crime.

9. CONCLUSÃO

Dentre as motivações que temos para ser voluntário na APAC, duas se destacam: a) por esperteza – para prepararmos uma sociedade menos violenta para nossos filhos e netos; b) para atender um comando de 2.000 anos atrás, registrado no Evangelho de São Mateus¹⁰: *“estive preso e fostes me visitar”*. E os discípulos: *“quando isso aconteceu?”* E o Mestre: *“sempre que o fizestes a um desses meus pequeninos irmãos, a mim o fizestes”*.

Caro leitor, não importa seu motivo, conheça a APAC. Você ouvirá frases como as que ficaram suspensas no começo, ora transcritas:

“Aqui sou tratado como gente”.

“Com a ajuda de Deus, vou sair de cabeça erguida e apagar toda a tristeza que dei à minha mãe”.

“Doutor, quando eu sair daqui, o senhor só vai ouvir coisa boa a meu respeito”.

“Sou um novo homem, o velho ficou para trás”.

“Por que não fujo daqui? Porque ninguém foge do amor”.

“A APAC é uma obra de Deus”.

Equivocam-se os que imaginam que a APAC seja uma instituição paternalista, integrada por amadores e voltada a abrigar bandidos sem os punir. Semelhantemente, estão enganados os que pensam que lhe falte consistência no tratamento dado à reintegração do condenado. Ao contrário, a APAC prepara seus voluntários, apóia-se em princípios lógicos e dispõe de um método que compreende doze elementos voltados para uma efetiva reintegração social do apenado. Destaque-se também sua preocupação em aplicar a norma de forma a alcançá-lo a teleologia. Com isso, vale lembrar que, com seu trabalho, a APAC sabe que concorre e quer mesmo concorrer para minorar o sofrimento dos que um dia se envolveram com o crime, e concorrer também para a redução da criminalidade. Em suma, sua ação volta-se para a proteção da sociedade.

Não combata o desconhecido. Antes de fazê-lo, visite uma APAC. Depois, tome uma posição consciente.

10. ABSTRACT

Conscious that in these days public security and democratic institutions are shaken by organized criminal societies and that these act as if they were a parallel State, the purpose of this paper is to show the simplicity, the low cost and the efficiency of the so called Associations of Protection and Assistance of Condemned People (APACs), as a means of attacking crime and, at the same time, diminish the number of prisoners. Consequently, this seems to be a practical and efficient way of contributing with the State to combating crimes.

Key words: Criminality. Punishment. Imprisonment population. Prisoner's recovery. Assistance to condemned people.

¹⁰ BÍBLIA SAGRADA, Evangelho de São Mateus, Capítulo 25.

11. REFERÊNCIAS

CARTILHA APAC - Elaborada pelo gabinete do Vice-Governador, sob coordenação do Conselho de Defesa Social do Estado de Minas Gerais, em 2002.

CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. 41^a ed. Saraiva. São Paulo - SP: 2003.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 46^a ed. Saraiva. São Paulo - SP: 2006.

GARCIA-PABLOS, Antonio. *Derecho Penal – Introducción*. Servicio de Publicaciones Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1.995.

HUNGRIA, Nelson e outros. *Pena de Morte*. Organizado por B. Calheiros Bonfim Editora. Rio de Janeiro - RJ.

LOBATO, Monteiro, *O saci*. São Paulo - SP: Editora Melhoramentos. 1962.

OTOBONI, Mário. *Vamos matar o criminoso?* São Paulo - SP: Editora Paulinas. 2001.

_____. *Ninguém é irrecuperável?* São Paulo - SP: Editora Cidade Nova. 2001.

PROJETO *Novos Rumos na Execução Penal*, lançado pelo TJMG em 2001, coordenação do Dês. Joaquim Alves de Andrade.

SEBASTIÃO, Jurandir. *Fundamentos Gerais, Regras e Espécies de Responsabilidade Civil e Criminal*. Revista Jurídica UNIJUS, Vol. 8, n^o 8. Uberaba: Universidade de Uberaba, maio de 2005.

SILVA, Odir Odilon Pinto da. BOSCHI, José Antônio Paganella. *Comentários à Lei de Execução Penal*. 3^a tiragem. Rio de Janeiro - RJ: Aide Editora. 1987.

VABRES, H. Donnedieu de. *A Justiça Penal de Hoje*. Tradução de Fernando de Miranda. 2^a ed.

Armênio Amado, Editor, Sucessor. Coimbra: Portugal. 1962.



RELAÇÃO HOMOAFETIVA E A REGRA DE INELEGIBILIDADE DE CÔNJUGE¹

Marli Martins de Assis²

Resumo:

O presente artigo tem por objetivo discutir, sob visão focada no Direito Constitucional, a possibilidade jurídica de os sujeitos de uma relação *homoafetiva*, à semelhança do que ocorre com os de relação *estável*, de *concubinato* e de *casamento*, submeterem-se à regra de *inelegibilidade* prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Brasileira. Com base em preceitos constitucionais e em novos paradigmas jurisprudenciais procurar-se-á demonstrar a relevância das relações *homoafetivas* para o recebimento do mesmo tratamento jurídico-constitucional atribuído a todas as formas de união heterossexual.

Palavras-Chave: Homoafetividade –Relação Homoafetiva - Inelegibilidade – Principiologia Constitucional – Visão Paradigmática.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Novos paradigmas jurisprudenciais – 3. Relacionamento homoafetivo e principiologia constitucional – 4. Um *hard case* e uma visão paradigmática constitucional – 5. Um precedente jurisprudencial para caracterização de relações familiares – 6. Considerações finais – 7. Jurisprudência – 8. *Abstract* – 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A questão aqui abordada tem início na análise da *inelegibilidade* de *cônjuge*, por equiparação, com base no artigo 14, § 7º, da Constituição Federal, acolhida pelo STE, quando cassou o registro de Maria Eulina Rabelo de Sousa (PFL), candidata a prefeita do município de Viseu/PA, porque ela mantinha relacionamento semelhante à *união estável* com a então prefeita Astrid Maria Cunha e Silva.

O egrégio Tribunal Superior Eleitoral, no julgamento do RESP 24564/PA, relator o Ministro Gilmar Mendes, em 01/10/2004, entendeu que “os sujeitos de uma relação *estável* homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação *estável*, de *concubinato* e de *casamento*, submetem-se à regra de *inelegibilidade* prevista no art. 14 § 7º, da Constituição Federal Brasileira”.

2. NOVOS PARADIGMAS JURISPRUDENCIAIS

Repensar modelos, reverter paradigmas, desvencilhar-se de padrões morais estanques e posicionar o saber sob a perspectiva da interdisciplinaridade é

¹ Trabalho apresentado na disciplina Direito Constitucional II, no 4º período da Turma de Direito da UNIUBE, sob orientação do professor André Del Negri, em agosto de 2006.

² Psicóloga Judicial da Comarca de Uberaba. Discente do 4º período do Curso de Direito da Universidade de Uberaba - UNIUBE. Especialista em Psicologia Jurídica. Formação Psicanalítica pela USP-SP e Conclusão teórica do Mestrado em Ciências e Valores Humanos pela Universidade de Uberaba - UNIUBE.

tarefa de qualquer um que busca na ciência e no conhecimento a melhor forma de compreender o homem em suas multifacetadas relações e escolhas.

Afirma Leonardo Boff ³ que

Os homens presos a uma máquina de morte são capazes de destruir o projeto planetário e de afetar profundamente o sistema de vida. Precisa-se de um outro arranjo civilizatório para que se possa criar um futuro possível e sustentável, ajudando o homem a enfrentar os desafios atuais: do consumismo selvagem, do individualismo, da espoliação dos recursos naturais, do imediatismo, sofrendo o legado perverso de uma humanidade barbarizada e dividida entre incluídos e excluídos. É urgente encontrar uma utopia global com valores inabaláveis, a fim de evitar a tendência de fazer dos diferentes, desiguais e seres dessemelhantes.

Os arranjos civilizatórios que foram se rompendo na sociedade pós-moderna provocaram mudanças paradigmáticas muito significativas em todas as áreas do saber, mas ainda não suficientes para atender às diferentes demandas existentes, no que se refere ao trato com o homem, e deste para com os seus semelhantes. O medo de enfrentar o desconhecido dá lugar à permanência de pensamentos limitantes e inibidores, que quase sempre discriminam e atentam contra a dignidade humana.

A necessidade de *convivência* e de *afetividade* leva o homem a uma reestruturação de seus vínculos. Os desdobramentos afetam a dinâmica familiar, provocando mais conflitos, turbulências, transgressão da ordem familiar com a busca de alternativas, como as relações homoafetivas, assim como novas formas de *parentalidade* e *conjugalidade*. São formas que se impõem em contrapartida às relações vazias, descartáveis e momentâneas.

Essas formas de redirecionamentos, na sociedade, exigem legitimação. Nosso ordenamento jurídico tem que reconsiderar seus posicionamentos, se, também, o que se pretende são as limitações, ou seja, os interditos às formas de se realizar escolhas.

3. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO E PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL

O texto constitucional avançou muito com a CB/88, pois com o princípio da *dignidade da pessoa humana* como fundamento do sistema jurídico, os demais princípios ganharam potencialidade transformadora em todas as relações jurídicas, buscando assegurar *o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...) de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*.

A Constituição Brasileira reconhece o valor jurídico constitucional dos direitos do homem. Contudo, quando se trata de garantir-lhes *efetividade* e concretização, os mecanismos jurídicos e jurisdicionais são ainda precários e de difícil acesso, pois como tão bem destaca Paulo Luiz Netto Lôbo,⁴ “*a exclusão não*

³ BOFF (2004) apud NOVAES, Maria Helena. A convivência entre as gerações e o contexto sociocultural. In: PEREIRA, Tânia da Silva e CUNHA PEREIRA, Rodrigo (org). A Ética da Convivência Familiar – Sua efetividade no Cotidiano dos Tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006 p.215-216.

⁴ LÔBO (2002) apud CUNHA PEREIRA, Rodrigo. Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.166.

está na constituição, mas na interpretação”.

É complexo pensar na dignidade da pessoa humana em se tratando de um indivíduo, sujeito de direitos fundamentais, e mais complexo se torna pensar esse sujeito em suas relações, no que afeta também a dignidade da pessoa humana do Outro ou Outros. São nuances que, se não forem consideradas, poderão enfraquecer os pontos de vista e os fundamentos da Democracia e da Cidadania pretendidos pela Ordem Jurídica. Necessário que se mudem os parâmetros hermenêuticos que norteiam o intérprete.

Rodrigo da Cunha Pereira⁵ escreve que *“A compreensão e aplicação de uma principiologia no Direito Contemporâneo pressupõe a quebra e mudança de uma concepção jurídica preponderantemente positivista”* e, ainda, que *“A jurisprudência brasileira passou a aplicar os princípios aos casos concretos, de modo a atribuir ao julgador, de acordo com os parâmetros hermenêuticos e valorativos existentes na sociedade e inscritos na Constituição e com a inevitável interferência da subjetividade na objetividade”*.

Portanto, um Direito principiológico só pode se garantir se estiver em consonância com a realidade. E a realidade que estamos tratando aqui é a existência de vínculos *afetivos* e *sexuais* constituídos na contramão do posto pelo ordenamento jurídico, que são as relações não entre homens e mulheres, mas as relações socialmente convencionadas de *homoafetivas*.

Prossegue Rodrigo da Cunha Pereira: *“Para se produzir um discurso ético, respeitar a dignidade humana e atribuir cidadania é preciso ir além da igualdade genérica. Para isso devemos inserir no discurso da igualdade o respeito às diferenças”* ⁶.

O Direito tem que se valer de outros saberes que também tiveram suas rupturas paradigmáticas para ter o alcance da complexa natureza humana. Desde o advento da Psicanálise já não mais é possível entender o homem só pelo vértice da *objetividade*. Sua *subjetividade* se impõe na medida em que se concebe a existência do *inconsciente* interferindo em todas as manifestações e escolhas do sujeito. O *inconsciente* e a *subjetividade* interessam ao Direito. Ao revelarem uma realidade psíquica, faz romper a tradicional estrutura dogmática, como nos dizeres de Pierre Legendre: *“lesou a majestade”* ⁷.

Um outro paradigma rompido nas Ciências Psíquicas refere-se à concepção da identidade em função das escolhas sexuais. O *homossexualismo* (ismo = doença) cede lugar à *homossexualidade* (identidade sexual) e, com isso, não mais se concebe a existência de uma doença e, sim, de escolhas efetivadas em função de uma estrutura psíquica. A *homossexualidade* é da ordem da *subjetividade*. Não da *patologia*. Isso reflete diretamente no ordenamento jurídico, redimensionando a concepção de indivíduo e de família, enquanto sujeitos de desejos e sujeitos de direitos.

Com essas idéias, entendemos que o Direito de Família está intrinsecamente ligado aos “Direitos humanos”, à dignidade humana e à concepção principiológica de Cidadania, pressupondo não exclusão. *“Isto deve significar a legitimação e a inclusão no laço social de todas as formas de família, respeito*

⁵ CUNHA PEREIRA, Rodrigo. Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família, 2006, p. 15/17.

⁶ CUNHA PEREIRA, Rodrigo. Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família, 2006, p. 114.

⁷ LEGENDRE apud CUNHA PEREIRA, Rodrigo. Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família, 2006, p. 52.

a todos os vínculos afetivos e a todas as diferenças”⁸.

Das concepções jurídicas (objetividade) e psicanalíticas (subjetividade) e de interconexões que resultam uma possível interdisciplinaridade podemos extrair que “a ilegitimidade ou legitimidade concedidas pelo Estado a determinadas categorias ou pessoas vão incluindo ou excluindo, ou seja, vão autorizando ou concedendo um lugar social ao sujeito de direito”⁹.

Muito sábias são as reflexões de Maria Berenice Dias,¹⁰ ao tratar da ética na jurisdição de família, entendendo que a jurisprudência, assim como a lei (por meio de comandos intimidatórios e punitivos e por normas cogentes e imperativas) também não resistem em punir as adversidades. “Na tentativa de desestimular atitudes que se afastem do único parâmetro reconhecido como legítimo, nega juridicidade a quem se rebela e afronta o normatizado (...). A desobediência é condenada à invisibilidade. O transgressor é punido com a negativa de inserção no âmbito jurídico”.

Com a falta de norma legitimadora das relações homoafetivas pretendeu-se negar a existência de tais relações e, com isso, direitos foram e continuam sendo negados a uma parcela da população.

Muitas mudanças vêm se operando na concepção de *família* e, no Direito, sob uma perspectiva interdisciplinar e pela jurisprudência, vêm se concebendo a existência de relações afetivas e homoafetivas, assim como os respectivos direitos e obrigações. Para além do reconhecimento do afeto, é de extrema relevância que a *ética* também dê respaldo às decisões jurídicas, dentro de uma perspectiva de ideal de Justiça.

Como assinala MORHY PEREIRA,

[...] com isso, infiltrada pelo valor da dignidade, a proteção do ordenamento jurídico estende-se àqueles que estavam marginalizados, excluídos dos modelos jurídicos; aos que estavam na periferia da moldura normativa que define (limitando) quais as relações jurídicas tuteladas; estende-se às pessoas que, por não se enquadrarem no modelo abstrato da norma jurídica, não poderiam atuar (com as devidas “máscaras” jurídicas) no papel de sujeitos de direitos.¹¹

A escolha da *dignidade da pessoa humana* como fundamento da República, juntamente com a ampliação genérica do § 2º do art. 5º da CB/88, permitem afirmar a existência de uma “cláusula geral” de tutela e promoção da pessoa humana, no sentido de não ser afastada a possibilidade de se reconhecerem outros direitos, como também a necessidade de proteção de outras situações jurídicas que, embora sem expressa previsão normativa, se mostram mercedores de uma tutela jurídica voltada à plena realização da *personalidade*.

No âmbito do direito de família, a proteção constitucional tem por alvo a “família” (art.226, *caput*, CB/88), *qualquer* família, sem distinção entre os diferentes modelos de entidade familiar, para além do reconhecimento das duas entidades familiares não constituídas pelo casamento (a *união estável* - art.226, § 3º - e a família *monoparental* - art. 226, § 4º), ou seja, podendo conceber a

⁸ CUNHA PEREIRA, Rodrigo. Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família, 2006, p. 100.

⁹ CUNHA PEREIRA, Rodrigo. Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família, 2006, p. 53.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. A Ética na Jurisdição de Família. In: PEREIRA, Tânia da Silva e CUNHA PEREIRA, Rodrigo (org). A Ética da Convivência Familiar, 2006, p. 57-65.

¹¹ MORHY PEREIRA, Sumaya Saady. Direitos e Deveres nas Relações Familiares – uma abordagem a partir da eficácia dos Direitos Fundamentais. In: A Ética da Convivência familiar, 2006, p. 525.

união *homoafetiva*.

Entendemos, tanto quanto Paulo Luiz Netto Lobo,¹² que

A cláusula de exclusão da antiga ordem constitucional que limitava a proteção jurídica à família 'constituída pelo casamento' foi substituída por uma cláusula de inclusão na qual se encaixam perfeitamente os preceitos constitucionais do art. 226, *caput* e § 4º, os quais, compreendidos, repita-se, como uma cláusula geral de inclusão, repelem qualquer interpretação que conclua pela exclusão ou discriminação de outras entidades familiares que são formadas com as mesmas características dos modos de relações familiares explicitados (de forma exemplificativa) nos parágrafos do art. 226.

4. UM *HARD CASE* E UMA VISÃO PARADIGMÁTICA CONSTITUCIONAL

Qualquer leitura jurídica que aqui se pretenda realizar deve tratar o caso concreto sem perder de vista a apresentação de um *hard case*, consciente da seguinte premissa: "(...) a legitimidade das decisões judiciais no direito democrático só será alcançada a partir da interação argumentativa realizada no procedimento em contraditório entre os sujeitos do processo (...)"¹³. Com essa afirmação, pretendemos alertar para o fato de que, não obstante todos os fundamentos quanto à existência de vínculo homoafetivo e a possibilidade de sua legitimação no ordenamento jurídico, a candidata Sra Maria Eulina, em pleno exercício de seu direito, negou a existência de referido envolvimento homoafetivo com a então Prefeita do Município de Viseu/PA.

Numa perspectiva do devido processo legal (ampla defesa, contraditório e isonomia), tal informação se torna de extrema relevância, uma vez que traz à cena a existência de direitos fundamentais em aparente concorrência com os princípios constitucionais debatidos. O art. 5º, X da Constituição Federal assim estabelece: *são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (...)*.

No Recurso Eleitoral Ordinário nº 18.229 - processo nº 993 – Classe VI, interposto por Maria Eulina, foi apresentada a seguinte argumentação: *"a prova de que sua orientação sexual é contrária à alegada pelos impugnantes reside no fato de que ela manteve um casamento por mais de 14 anos, na vigência do qual foram concebidos dois filhos, que atualmente vivem sob o mesmo teto que a recorrente, sendo certo que o que liga à Prefeita são laços de amizade fraterna, e "projetos políticos comuns para o Município de Viseu".*"

Sentindo-se moralmente atingida, Maria Eulina Rabelo já impetrou 18 ações, por dano moral, contra os autores que pediram sua inelegibilidade e contra as testemunhas que, no processo eleitoral, informaram sobre sua vida privada. Da tribuna da Assembléia Legislativa, a deputada esclareceu que não se manifestou antes porque estava tentando *"intensamente"* preservar a sua vida pessoal e privada. *"A intimidade é garantia de natureza constitucional"*, frisou ela, para acrescentar: *"E nesta vã tentativa, sofri em silêncio todo tipo de invasão à minha vida pessoal. Fui submetida a mais terrível das torturas: a tortura psico-*

¹² LOBO (2002). IN: MORHY PEREIRA. Direitos e Deveres nas Relações Familiares – uma abordagem a partir da eficácia dos Direitos Fundamentais. In: A Ética da Convivência Familiar. 2006, p. 518-519.

¹³DEL NEGRI, André. Devida Hermenêutica Constitucional. Uberaba: 2006, p. 1.

lógica”¹⁴.

Dessa mesma fonte destacamos:

Nesses dois dias, assim como nos últimos meses, Eulina Rabelo disse que a sua condição de mulher, de mãe, de cidadã e de ser humano “foi brutalmente violentada”. E voltou a desabafar: “Destrincharam com falsos testemunhos a minha vida pessoal e da prefeita de Viseu, Dra. Astrid Cunha, como se destrincha um animal abatido”. A parlamentar comparou a situação que vive hoje “com todos os requisitos de maldade e crueldade da Santa Inquisição”¹⁵.

A assessoria de imprensa da Assembléia Legislativa do Estado do Pará, em matéria a respeito da impugnação de candidatura de Maria Eulina, publica as seguintes declarações da candidata impugnada:

Acredito e também confio que esta Justiça que todos nós queremos e respeitamos irá fazer justiça no decorrer desta peça teatral, onde sou a artista principal, quer como boa ou má mocinha, de acordo com a projeção individual de cada espectador, leitor ou ouvinte. E por confiar na Justiça é que tenho certeza que esta luta, tanto nos tribunais como no pleito, será vitoriosa para mim e para a maioria do povo do meu município, disse Eulina Rabelo.

Retomando a presente argumentação, entendemos que Maria Eulina Rabelo pode não ter saído vitoriosa (no Recurso Especial Eleitoral), no que tange à pretensão de uma candidatura ao cargo de prefeita. Mas o debate que suscitou foi vitorioso, pois não obstante a restrição de seu direito eleitoral, como argumentado e entendido em sua defesa, vários outros direitos tiveram espaço de debate no meio jurídico e em âmbito nacional, representando um longo alcance das questões que tratam das relações homoafetivas e o tratamento judicial dado a elas.

Com esse entendimento, relevantes foram as declarações de Maria Berenice Dias¹⁶:

Ainda que não tenha sido reconhecido o direito da parte de concorrer na eleição, o ganho social foi grande, pois a relação homossexual foi aceita como entidade familiar que, como as demais, merece a especial proteção do Estado. Inegável que foi um importante passo que deu visibilidade a um segmento que, por puro preconceito, é alvo de discriminação e de severa exclusão social.

Como o Judiciário aceitou assim a relação estável homossexual, impondo limitações ao exercício de um direito, não há como continuar sustentando a falta de lei para negar direitos outros. Não se pode falar em liberdade, em igualdade, em respeito à dignidade humana, caso se excluam da proteção jurídica os que afastam do modelo tido como normal para fazerem uso do direito à felicidade.

No Recurso Eleitoral Ordinário nº 18.229 - Processo nº 993, Classe VI, interposto por Maria Eulina, contra o Juízo da 14ª Zona Eleitoral, podemos encontrar nos fundamentos da Juíza Relatora, Hind Ghansan Kayath, a argu-

¹⁴ Assessoria de Imprensa - Alepa. Deputada Eulina desabafa e diz que vive tortura psicológica. In: Notícias do Legislativo. Assembléia Legislativa do Estado do Pará (s/d)

¹⁵ Todos os destaques foram preservados da fonte original. In: Notícias do Legislativo - Assembléia Legislativa do Estado do Pará (s/d).

¹⁶ DIAS, Maria Berenice Dias. Um Voto para a Homoafetividade. *Intelligentia jurídica*. Ano IV: Número 62: Agosto de 2006. Disponível em: < <http://intelligentiajuridica.com.br>>. Acesso em 20 ago. 2006.

mentação para a existência de uma *relação homoafetiva* entre Maria Eulina e a então Prefeita de Viseu/PA, ao considerar que as provas testemunhais (10 depoimentos) e documentais fundiam-se num mesmo contexto, a evidenciar, de maneira concludente e inquestionável, a existência de uma autêntica *comunhão* entre a impugnada e a prefeita, nas diversas esferas de suas vidas, como se explicita:

Comunhão duradoura na vida íntima, pois convive sob um mesmo teto, atualmente no endereço localizado na Rua 08 de Maio, n. 304, bairro mangueirão, nesta Cidade, compartilham um único aposento, repartindo tristezas e alegrias, fracassos e vitórias, trocam carícias e tratamento verbal afetuoso, travam discussões por causa de ciúmes, nos moldes de um relacionamento entre um homem e uma mulher pautado no casamento ou na união estável, sendo que tal relação já se estende por cerca de oito anos, sem qualquer ruptura.

A relação homoafetiva em questão extrapolou os limites privativos da vida íntima do lar e cintilou na consciência do povo desta edilidade e municípios circunvizinhos, alcançando foro de publicidade e notoriedade, uma vez que as partes envolvidas não tiveram maiores cautelas e preocupações em manter o relacionamento equidistante dos holofotes da mídia popular.

Comunhão real de interesses no campo político, já que mutuamente tem se apoiado em três pleitos eleitorais, sendo dois para prefeito e um para deputado, e pela determinação e empenho recíprocos alcançaram o êxito almejado, tanto que a impugnada ocupa atualmente o cargo de Deputada Estadual e a Prefeita de gestora a pública deste Município.

Comunhão no aspecto patrimonial, uma vez que como ficou demonstrado nos autos, em dois casos específicos, a saber, os imóveis localizados na Rua 08 de maio, nesta Cidade, e outro situado na Trav. Firmino Costa n. 244, Município de Augusto Corrêa, constituem propriedade comum.

Finalmente, evidenciou também, que a presente relação tem se pautado no objetivo de constituição e preservação de um liame característico de uma família, tendo em vista que ambas criam e educam os filhos trazidos do casamento anterior da impugnada, demonstrando, assim, que a mola propulsora dessa relação é o afeto que a permeia ¹⁷.

5. UM PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL PARA CARACTERIZAÇÃO DE RELAÇÕES FAMILIARES

Fica perceptível que a decisão não se fundamentou apenas em princípios morais, tratando a temática das relações homoafetivas com a devida neutralidade, que o caso concreto requeria, entendendo que as normas têm que ser consideradas válidas. Mas, sim, procedeu-se a uma ampla exegese, adequada ao caso concreto. Nesse sentido, podemos destacar, consoante ensinamentos do Professor DEL NEGRI¹⁸, no trabalho *Devida Hermenêutica Constitucional*, que a *forma* do discurso transcorreu pelas normas formais do Processo Constitucional (contraditório, ampla defesa, e isonomia).

Nesse ponto, enfatizamos melhor a questão da *isonomia*, objetivando corroborar a tese de *inelegibilidade*, no caso em discussão, na medida em que

¹⁷ Fragmentos extraídos da argumentação no Recurso Eleitoral Ordinário 18.229 - Processo n° 993 - Classe VI da Relatora Juíza Hind Ghassan Kayath.

¹⁸ DEL NEGRI, André. *Devida Hermenêutica Constitucional*. Uberaba: 2006, p. 21.

também entendemos que "os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição federal".

O art. 5º da Constituição Federal, ao proclamar os direitos e garantias fundamentais, especialmente ao afirmar que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*, está garantindo, de modo expresso, o direito à liberdade e à igualdade.

Conforme José Carlos Teixeira Giorgis,¹⁹

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no art. 1º, inciso 3º, da Constituição e o Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos, muito mais que a abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção de suas liberdades.

Entendemos que a deflagração da relação homoafetiva, mediante provas documentais e testemunhais, não representou uma invasão à vida privada ou um atentado contra a liberdade individual, assim como também não hierarquizou os preceitos constitucionais, deixando prevalecer o coletivo sobre o individual. As argumentações encontradas representaram tão-somente uma forma de conduzir o devido processo legal, buscando a aplicação da lei ao caso concreto, no sentido de dar tratamento igual aos cônjuges *heterossexuais* e aos *homossexuais*, quanto à *inelegibilidade*, em cumprimento ao preceito da igualdade, *sem distinção de qualquer natureza*.

Reconheçamos a máxima do Direito, num Estado Democrático, quanto a dar tratamento desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades, objetivando tão-somente a igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Se as relações *homoafetivas* ainda se constituem estíguas em nossa sociedade, o tratamento dado ao caso concreto tão-somente procurou reverter essa visão, buscando a inserção desses "desiguais" no nosso ordenamento jurídico.

Nos dizeres de Maria Berenice Dias²⁰, "*na medida em que consolida a orientação jurisprudencial, emprestando efeitos jurídicos às uniões de pessoas do mesmo sexo, começa a se alargar o espectro de direitos reconhecidos aos parceiros quando do desfazimento dos vínculos de convivência*".

No âmbito judicial, algumas decisões vêm favorecendo os sujeitos de uma relação homoafetiva que constituem uma entidade familiar. A falta de lei não impede a busca de tutela jurídica. Entretanto, essas decisões ainda se apresentam limitadas, com a concessão de restritos direitos, pela dificuldade de se reconhecer um vínculo *afetivo* como fundamento das pretensões levadas a juízo. No máximo, reconhecem a existência de uma *sociedade de fato*, sob a perspectiva do Direito Obrigacional.

Diante da resistência em identificar os vínculos entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, Maria Berenice Dias²¹ revela decisão pioneira no

¹⁹ GIORGIS, José Carlos Teixeira. Apud DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e o Direito à Diferença. Disponível em: < <http://ibdfam.com.Br> >. Acesso em 20 ago 2006.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e o direito à diferença.

²¹ DIAS, Maria Berenice Dias. União Homoafetiva: uma realidade que o Brasil insiste em não ver. Disponível em: < <http://ibdfam.com.Br> >. Acesso em 20 ago 2006.

Judiciário Gaúcho, em 1999, fixando a competência das Varas de Família para julgar ação decorrente de relacionamento homossexual. Isso tornou possível ampliar o debate.

Na impossibilidade de estender a temática ora apresentada, no âmbito do Direito de Família, apenas notificamos a existência de decisões judiciais reconhecendo: partilha do patrimônio; auxílio reclusão; direito à herança e benefícios previdenciários; guarda de filho que convivia no seio da entidade familiar constituída por pares homossexuais; adoções por um dos pares; vistos de permanência ou para saída do país, etc. Mas, também constatamos que não param por aí. E um exemplo disso é o presente caso referente aos Direitos *Políticos*, no âmbito da Justiça *Eleitoral*.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À ampliação de direitos àqueles que vivem sob modalidade de entidade familiar, como os *homossexuais*, corresponderão também imposição dos respectivos interditos, objetivando o mesmo tratamento de *igualdade*.

No tocante ao Direito Eleitoral, dispõe o art. 14, § 7º, da Constituição federal:

São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador do Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

No Recurso Especial Eleitoral nº 24.564, do TSE, tendo como relator o Ministro Gilmar Mendes, em 01/10/2004, assim ficou decidido: *“em que pese o ordenamento jurídico brasileiro ainda não ter admitido a comunhão de vidas entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, acredito que esse relacionamento tenha efeito na esfera eleitoral”*. O entendimento dado ao comprovado relacionamento *homoafetivo* entre Maria Eulina e a Sra Astrid Maria foi o de reconhecimento de forte vínculo afetivo: *“Em todas essas situações – concubinato, união estável, casamento e parentesco – está presente, pelo menos em tese, forte vínculo afetivo, capaz de unir pessoas em torno de interesses políticos comuns. Por essa razão sujeitam-se à regra constitucional do art. 14, § 7º, da Constituição federal”*.

Com tais argumentos, entre outros, nesse julgamento, restou concluído: *“Assim, entendo que os sujeitos de uma relação homossexual (denominação adotada pelo Código Civil Alemão), à semelhança do que ocorre com os sujeitos de união estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição federal”*.

Com essa decisão (com os nossos modestos aplausos, diante das fundamentações até aqui expressas), constata-se uma verdadeira ruptura de paradigmas, com a emergência de um Direito Vivo. É que, diante de uma significativa crise na estrutura familiar, abrindo espaço para novas constituições familiares, manifesta-se no Direito *“um movimento em direção à humanização na consideração do afeto, inclusive como valor jurídico, (...) na consideração de uma relação viva, entre sujeitos, ao invés de uma relação muitas vezes de coisificação, de domi-*

nação, em que a fria moldura legal tenta enquadrar o sujeito”²².

Giselle Groeninga²³, com muita pertinência, caracteriza a recepção das relações homoafetivas no ordenamento jurídico, assim expondo:

Interessante que o afeto fez sua entrada no Direito por meio do que lhe era excluído – as relações de filiação, a adoção abrindo o caminho, e as relações, como denomina a Desembargadora Maria Berenice Dias, homoafetivas. O que não se enquadrava na moldura legal, o que estava excluído, reprimido, inconsciente para o ordenamento legal – e uso as palavras de propósito – foi exercendo pressão. Esses são os sintomas e atos falhos do Direito.

No Acórdão nº 18.229 (Recurso Eleitoral Ordinário - processo nº 993 – Classe VI), além de negar a existência do relacionamento homossexual com a então Prefeita, a recorrente Maria Eulina Rabelo também argumentou que a decisão do Juízo Monocrático ampliou a interpretação da norma constitucional sobre inelegibilidade, estendendo sua aplicação a casos não previstos em lei, ou seja, à relação de pessoas do mesmo sexo. Portanto, mesmo que comprovada a relação, não poderia ter sua candidatura impedida por inelegibilidade, por falta de previsão legal.

Sobre o assunto, expõe Roger Raupp Rios:²⁴

A tese que sustenta a aplicação analógica do instituto da união estável às uniões homossexuais afasta, primeiramente, a existência de óbice constitucional ao reconhecimento destas uniões na citada espécie de comunidade familiar. Na ausência de proibição expressa ou de previsão positiva, postula a interpretação da Constituição de acordo com o cânone hermenêutico da ‘unidade da Constituição’, segundo o qual uma interpretação adequada do texto constitucional exige a consideração das demais normas constitucionais, de modo que sejam evitadas conclusões contraditórias.

Ainda, no referido Acórdão,²⁵ conclusões de extrema relevância podem ser aproveitadas:

Devemos reafirmar, sobretudo, que as normas constitucionais não são normas isoladas ou dispersas, mas sim preceitos integrados sistematicamente (Luís Roberto Barroso. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 128), ganhando importância como princípio interpretativo o *princípio da unidade da Constituição*. Ao nos explicar tal princípio, o jurista lusitano J. J. Gomes Canotilho (...) nos informa que “o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes”. Importa lembrar que a harmonização dos conflitos e tensões, quando da aplicação do texto da norma jurídica deve levar em consideração o igual valor dos bens constitucionais, procurando-se evitar o sacrifício de um bem ou direito constitucionalmente protegido em relação a outro.

²² GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito e Psicanálise – Um novo horizonte epistemológico*. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo (org). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 254.

²³ GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito e Psicanálise – Um novo horizonte epistemológico*. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo (org). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*, 2004, p. 259

²⁴ RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito* (2001). Apud Acórdão nº 18.229 do Recurso Ordinário Eleitoral nº 993 – Classe VI – do Parecer da Relatora Juíza Hind Ghassan Kayath, em Belém 02/09/2004

²⁵ Acórdão nº 18.229 do Recurso Ordinário Eleitoral – processo nº 993 – Classe VI – do entendimento da Relatora Juíza Hind Ghassan Kayath, Belém, 02/09/2004.

Sob esse entendimento, há de se acolher, como práticas efetivas de um Estado de Direito Democrático, as decisões judiciais que concebem a existência de vínculos *homoafetivos*, mediante interpretação das normas constitucionais (regras e princípios), não pelos antigos métodos hermenêuticos que, pela sua essência, fragmentam o texto constitucional. Mas, sim, por meio de uma hermenêutica constitucional, tornando efetivos os direitos fundamentais, no sentido de garantir igualdades no *Devido Processo Constitucional*, ainda que, para tanto, seja necessário (como ocorreu no caso fático relatado) indeferir pretensões individuais.

Discordamos de posições que não só limitam a eficácia do Direito, como também tentam perpetuar um Direito rastreado pelos princípios morais e religiosos, vendo no instituto do *casamento* a única possibilidade de concepção de vínculos familiares, ou mesmo perpetuando um Direito Positivista, que nada acolhe fora do texto normativo. Dessa natureza, foram os argumentos apresentados pela Juíza Relatora, Rosileide Maria da Costa Cunha Filomeno, e pelo Desembargador Rômulo José Ferreira Nunes, no acórdão nº 18.229, do Recurso Eleitoral Ordinário, resultando em votos vencedores. A Juíza Rosileide Maria argumenta que a relação entre Maria Eulina e a Prefeita de Viseu/PA não é de união estável e, por isso, não poderia gerar inelegibilidade, já que, pela falta de regulamentação na legislação pátria, o relacionamento homoafetivo *é tão somente sociedade de afeto que nunca poderá haver casamento e*, portanto sem o condão de gerar perpetuação ou continuísmo familiar no poder, como razão de vedação na legislação eleitoral. Da mesma forma, o Desembargador Rômulo José afirma a inexistência de previsão legal para os vínculos homossexuais, enquanto união estável, não autorizando interpretação analógica para acolhimento da pretendida inelegibilidade.

Não mais podemos aceitar um Direito assim, como nos dizeres de Rodrigo Pereira da Cunha²⁶ *“um Direito adstrito a concepções meramente formais, enclausurado em uma moldura positivista”*, sendo necessário *“ultrapassar essa barreira e visualizar que só é possível a construção de um Direito vivo e em consonância com a realidade se tivermos em mente um Direito principiológico”*.

Considerando que alguns princípios, particularmente os referentes ao Direito de Família, não estão escritos em um texto legal, não podemos perder de vista que *“sua inscrição advém de uma fundamentação ética”*, ou seja, *“eles não precisam estar escritos porque eles já estão inscritos no espírito ético dos ordenamentos jurídicos”*²⁷.

Portanto, entendemos que os dispositivos constitucionais, no que tange ao Direito de Família, são abrangentes, fundamentados nos próprios princípios constitucionais. E, mesmo aqueles expressamente declinados no art. 226 e seus parágrafos, da Constituição Federal, a guisa de proteger, não devem fechar a evolução do Direito de Família.

O Direito de Família está aberto às vicissitudes dos relacionamentos humanos e, como tal, por sua inconstância, não poderá jamais ser alcançado em sua plenitude pelos ordenamentos jurídicos. Daí a grande relevância da Jurisprudência e da doutrina constitucional para que injustiças possam ser atenuadas.

²⁶ CUNHA PEREIRA, Rodrigo. Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família. 2006. p. 18-19.

²⁷ CUNHA PEREIRA, Rodrigo. Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família. 2006. p. 24.

Entendemos que muito ainda pode ser contemplado em nosso ordenamento jurídico. A hermenêutica constitucional há de, cada vez mais, absorver os modelos exultantes da realidade social, como exemplos de convívio humano. Com o reconhecimento legal das relações homoafetivas (desde que em pares e com intenção duradoura), derrubando o mito do casamento entre homem e mulher, teríamos o reconhecimento de direitos outros que ainda persistem à margem em nosso ordenamento, mas já legitimados em ordenamentos de outros países, como é o caso da Lei Espanhola 13/2005 de 1º de julho, que apesar de permeada por princípios religiosos ortodoxos, concebeu o direito à pessoas do mesmo sexo contrair matrimônio, abrindo espaço para o reconhecimento de uma série de outros direitos, em conformidade com os princípios consagrados em sua Constituição.²⁸

7. JURISPRUDÊNCIA

A produção legislativa sobre a questão da homoafetividade em nosso País é praticamente inexistente, apesar de algumas ações da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados, e da Frente Parlamentar Mista pela Livre Expressão Sexual.

Do mesmo modo, a Jurisprudência em nosso país não é numerosa em julgados relativos à orientação sexual. Porém, no âmbito da Justiça Federal, encontramos decisões louváveis, no primeiro e segundo grau de jurisdição. Outras merecem destaque, no âmbito do STJ e dos TRF, assim como o julgado ora discutido, proveniente do TSE.

A título ilustrativo, de preocupação com questões atinentes às relações homoafetivas, destacamos algumas decisões enquanto fonte de pesquisa: STJ, Resp. 148897, processo 1997.00.661245/MG, 4ª Turma, decisão de 10/02/1998, DJ de 06/04/1998; TRF da 2ª Região, AC 316346, processo 2002.51.01.500478-3/RJ, 4ª Turma, decisão de 02/06/2004, DJ de 24/06/2004; ADI 3300/DF, Relator Ministro Celso de Mello, de 03 de fevereiro de 2006; TJMG/ acórdão n. 2.0000.00.503767-2/00(1), de 02/06/05, Publicação 11/08/2005; TJMG/ acórdão n. 1.0702.03.094371-7/001(1), de 22/03/05, Publicação 01/04/2005; TJ/RS, Apelação Civil 70005488812, Rel. Dês. José Carlos Teixeira Giorgis, 7ª Câmara Civil; STJ, Resp. 502995, processo 2002.01.745035/RN, 4ª Turma, decisão de 26/04/2005, DJ de 16/05/2005; STJ Resp. 323370, processo 2001.00.568359/RS, 4ª Turma, decisão de 14/12/2004, Dj de 14/03/2005; TSE, Resp. 24564/PA, Rel. Ministro Gilmar Mendes, em 01/10/2004; AC 2001.02.01.042899-9, Relator Dês Federal Francisco Pizzolante, 3ª Turma do TRF, 2ª Região, DJ 13/11/2003; AC 2001.04.01.027372-8/RS, Relator Juiz Edgard Lippmann Jr, 4ª Turma do TRF/ 4ª Região, DJ 17/10/2002; AG 4276/2000, Rel. Dês. Laerson Mauro, 9ª Câmara Civil, TJE/RJ, DJ 01/05/2004.

²⁸ TADEU, Silney Alves. Homossexualidade e Casamento: Considerações gerais sobre a Lei Espanhola 13/2005 de 1 de julho que modificou as disposições do Código Civil espanhol no capítulo ao Direito de Família. Disponível em: <<http://ibdfam.com.Br>>. Acesso em 02 set de 2006.

8. Abstract

The aim of this paper is the discussion, focussed on Constitutional Law, about the juridical possibility of homosexual couples, similarly as it takes place with heterosexual couples, to submit to the prohibition to be voted as it is established in art. 14, 7º of Brazilian Constitution. Based on constitutional rules and on new jurisprudential paradigms the paper tries to show the importance of homosexual couples in order that they receive the same constitutional treatment offered to any other heterosexual couples.

Key words: Homosexual couples. Prohibition to be voted. Constitutional pricipiology. Paradigmatic analysis.

9. REFERÊNCIAS

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Breve ensaio sobre a união homoafetiva e a ADI 3300/DF. Boletim informativo n. 1: jan-mar de 2006/ Análise Jurisprudencial. Disponível em: <<http://ibec.inf.br/article>>, data de publicação 24/02/2006. Acesso em 30 set. de 2006.

BOFF (2004) apud NOVAES, Maria Helena. A convivência entre as gerações e o contexto sociocultural. In: PEREIRA, Tânia da Silva e CUNHA PEREIRA, Rodrigo (orgs). A Ética da Convivência Familiar – Sua efetividade no Cotidiano dos Tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.215-216.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Código Civil. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. Código do Processo Civil. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DEL NEGRI, André. Devida Hermenêutica Constitucional. Uberaba: 2006.

DIAS, Maria Berenice. A Ética na Jurisdição de Família. In: PEREIRA, Tânia da Silva e CUNHA PEREIRA, Rodrigo (orgs). A Ética da Convivência Familiar – Sua efetividade no Cotidiano dos Tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 57-65.

DIAS, Maria Berenice (org). Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas. Curitiba: Juruá, 2003.

DIAS, Maria Berenice. Conversando sobre homoafetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Homoafetividade e o direito à diferença. Disponível em: <<http://ibdfam.com.br>>. Acesso em 20 ago 2006.

_____. Um Voto para a Homoafetividade. Intelligentia jurídica. Ano IV: Número 62: Agosto de 2006. Disponível em: < <http://intelligentiajuridica.com.br>>. Acesso em 20 ago. 2006.

_____. Uniões Homoafetivas: uma realidade que o Brasil insiste em não ver. Disponível em: <<http://ibdfam.com.br>>. Acesso em 20 ago 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves. Reconhecer a obrigação alimentar nas uniões homoafetivas: uma questão de respeito à Constituição da república. Disponível em <http://revistapersona.com.br>. Acesso em 30 set de 2006.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. Uniões Homossexuais: efeitos jurídicos. São Paulo: Editora Método, 2004.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A natureza jurídica da relação homoerótica. In: Revista AJURIS, nº 88, tomo I, dez/2002.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Apud* DIAS, Maria Berenecice. Homoafetividade e o Direito à Diferença. Disponível em: < <http://ibdfam.com.Br>>. Acesso em 20 ago 2006.

GIRARDI, Viviane. Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica de adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e Psicanálise – Um novo horizonte epistemológico. *In*: CUNHA PEREIRA, Rodrigo (org). Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

KUMPEL, Vitor. Breves Reflexões sobre o Homossexualismo. *In*: Revista Magister - Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Editora Magister AS, n. 4, jan/ fev/05.

LEGENDRE, *apud* CUNHA PEREIRA, Rodrigo. Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 52.

LOBO (2002), *apud* CUNHA PEREIRA, Rodrigo. Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.166.

LOBO (2002) *apud* MORHY PEREIRA. Direitos e Deveres nas Relações Familiares – uma abordagem a partir da eficácia dos Direitos Fundamentais. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva e CUNHA PEREIRA, Rodrigo (orgs). A Ética da Convivência Familiar – sua efetividade no Cotidiano dos Tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 518-519.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MORHY PEREIRA, Sumaya Saady. Direitos e Deveres nas Relações Familiares – uma abordagem a partir da eficácia dos Direitos Fundamentais. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva e CUNHA PEREIRA, Rodrigo (orgs). A Ética da Convivência familiar – Sua efetividade no Cotidiano dos Tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 525.

PEREIRA, Tânia da Silva e CUNHA PEREIRA, Rodrigo (org). A Ética da Convivência familiar – Sua efetividade no Cotidiano dos Tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PERLINGERI, Pietro (tradução de Maria Cristina de Cicco). Perfis do Direito Civil: Introdução a Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade no Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TADEU, Silney Alves. Homossexualidade e Casamento. Considerações gerais sobre a Lei Espanhola 13/2005, de 1º de julho, que modificou as disposições do Código Civil Espanhol, no capítulo Direito de Família. Disponível em <<http://ibdfam.com.br>>. Acesso em 02 set de 2006.

VARELLA, Luiz Salem e VARELLA, Irene Innwinkl Salem Varella. Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal – parceria Civil entre pessoas do mesmo sexo. Ago Júris Editora, 2000.

VELOSO, Zeno. Casal Homossexual e inelegibilidade. Disponível em <<http://ibdfam.com.br>>. Data de publicação 01/12/2004. Acesso em 30 set de 2006.



RESUMO

Propõe-se, o presente artigo, a uma síntese objetiva do instituto *ação penal*, e sua abordagem à luz do Direito Penal e Direito Processual Penal, incluindo suas subdivisões e respectivas características, sem olvidar das condições de existência e procedibilidade.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito Processual Penal. Ação Penal. Condições da ação.

SUMÁRIO:

1. Considerações preliminares – 2. Das espécies de ação penal – 3. Das condições da ação penal – 3.1 Interesse de agir – 3.2 Legitimidade de partes – 3.3 Possibilidade Jurídica do Pedido – 3.4 Justa Causa – 3.5 Condições de Procedibilidade da Ação Penal Pública – 4. Da prescrição – 4.1 Da prescrição retroativa, antecipada, projetada, perspectiva ou virtual – 5. Da jurisdição, ação e processo – 6. Considerações finais – 7. *Abstract* – 8. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Historicamente, o Direito Penal brasileiro nem sempre regulou a matéria atinente à ação penal em sua legislação codificada. Assim, temos que o Código Criminal do Império, de 1830, trazia a matéria em poucos dispositivos da Parte II, regulando o exercício ao direito de queixa nos crimes de furto e adultério, e também a acusação pública. Já o Código de 1890 cuidou de temas que guardavam relação com a ação penal, mas que se localizavam entre as causas de extinção de punibilidade.

Hodiernamente, limitando drasticamente o poder de auto-tutela do indivíduo (*v. g.* art. 345 do Código Penal brasileiro), o Estado avoca para si o exercício do *jus puniendi*, passando a ser somente ele o detentor da administração e aplicação da justiça. Dessa maneira, nosso atual Código Penal reserva alguns artigos (arts. 107 a 109) a tratar da ação penal – mesmo que alguns doutrinadores protestem sobre o fato, atribuindo competência exclusiva ao *Processo Penal* para as considerações sobre o tema.

Mesmo sendo o direito de ação garantido a todos aqueles que buscam a tutela jurisdicional – conforme explicita nossa Constituição Federal em seu art. 5º, XXXV –, consubstanciando-se em um direito público, abstrato, genérico e indeterminado *erga omnes*, achou por bem o Legislador atribuir quase que exclusivamente ao Estado o direito a propositura da ação Penal, substituindo-se de forma evidente à vontade do particular na persecução penal.

Desde então, somente o Estado-administração (salvo algumas exceções) pode invocar a tutela jurisdicional ao Estado-jurisdição, firmada contra o particular que comete o ilícito penal, ou delito. Define-se, em consequência, a ação penal como o “direito abstrato de agir, pertencente ao Estado, para invocar a aplicação da lei penal objetiva” (Régis Prado, p. 750, 2004).

Entretanto, é de suma importância observar que, em alguns momentos, o exercício do direito de ação do Estado se subordina à vontade do ofendido ou

¹ Advogado. Contabilista. Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal das Faculdades Doctum. Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá.

quem o valha, e, em outros, a própria iniciativa da ação Penal é facultada a vítima ou seu representante.

Finalmente, ação Penal é o momento em que se faz existir a acusação contra o autor do delito, ensejando a instauração do Processo Penal e seus desdobramentos posteriores, cuja análise pertine à matéria específica.

Desta forma, apresentam-se as seguintes características da ação penal:

- É direito autônomo, não se confundindo com o direito material (penal);
- É direito abstrato, ou seja, independe do resultado final do processo;
- É direito subjetivo, onde o titular deve ou pode exigir do Estado-juiz a prestação jurisdicional devida;
- É direito público, pois provoca um dos Poderes da União, sendo a atividade jurisdicional de natureza pública.

2. DAS ESPÉCIES DE AÇÃO PENAL

Nesta ocasião, considerados os sujeitos que têm a prerrogativa de promover a ação penal, podemos dividi-la conforme o art. 100 do Código Penal, em ação penal *Pública* e *Privada*. Subdivide-se, por sua vez, a ação penal pública em *incondicionada* (ou plena) e *condicionada à representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça*.

O que a princípio, ao menos avisado, pode parecer confuso, mostra-se, na realidade, bem diferente. Para que se tenha certeza sobre qual tipo de crime corresponde determinada ação penal, basta ler a norma penal e observar se há referência expressa a algum tipo de ação penal. Caso negativo, a ação penal será *pública incondicionada*. Assim, a ação penal será sempre *pública incondicionada* – regra geral – quando a norma penal encontrar-se silente a respeito. Por outro lado, quando houver *recomendação*, será *pública condicionada* (à representação ou requisição) ou *privada*, sendo estas duas últimas as exceções.

Há, ainda, a denominada *ação penal privada subsidiária da pública*, regulada pelos art. 5º, LIX da CF, art. 100, § 3º do CP e art. 29 do CPP. Nesta espécie, o ofendido passa a ter a prerrogativa do exercício da queixa-crime, nos crimes de ação penal pública incondicionada, quando o Ministério Público não o faz no prazo legal. Ressalve-se que, a qualquer momento, o Promotor de Justiça poderá retomar a ação penal como *dominus litis*, independente da fase onde se encontre o processo.

Em resumo, temos:

Ação Penal Pública			Ação Penal Privada Ex.: art. 140 CP (Privada subsidiária da Pública. Art. 29 do CPP)
Pública Incondicionada Ex.: art. 121 CP	Pública Condicionada		
	Representação do Ofendido Ex.: art. 147 CP	Requisição do Ministro da Justiça Ex.: art. 145, parágrafo único CP	

Importa, ainda, mencionar a denominação que a lei atribui às partes envolvidas. Na ação penal *privada* temos *querelante* (autor) e *querelado* (réu). Na ação penal *pública* temos de um lado o Ministério Público como autor e o denunciado como réu. Já na pública *condicionada* à representação, temos como representante a *vítima* ou seu representante legal.

Devemos também tecer alguma análise sobre o disposto no art. 29 do Código de Processo Penal, tendo aqui transcrita a primeira parte do dispositivo: “Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intenta-

da no prazo legal (...). Encontra esse dispositivo guardado no art. 5º, inciso LIX da CF, sendo que a referida ação somente poderá ser proposta pela *vítima* ou seu representante, caso o órgão do Ministério Público não exerça sua prerrogativa no prazo adequado, previsto em lei, apresentando a denúncia ao juízo criminal.

O Processo Penal também sofre os efeitos das modalidades de ação penal, como não deixaria de suceder, uma vez que ação é instituto próprio do Direito Processual, embora tratada aqui no Direito Penal. Assim, dentro do processo, cumpre observar as condições inerentes ao exercício do direito de ação. Não se deve olvidar de que o interesse na proteção do bem jurídico influencia na forma de propositura da ação penal. Os crimes que ofendem bens jurídicos mais significantes, via de regra (excetuando o estupro e atentado violento ao pudor sem violência real), são de ação penal *pública*. À medida que a relevância do bem jurídico tende a se diminuir, ou sua disponibilidade a aumentar, condiciona-se o exercício da ação à *representação* do ofendido ou *requisição* do Ministro da Justiça. Por derradeiro, subsiste a ação penal *privada*, de iniciativa do ofendido, onde se observa a maior disponibilidade do bem jurídico tutelado, como exemplo, a honra.

Porém, a diferença, conforme Régis Prado, “limita-se à natureza do interesse protegido pela norma, e não afeta o próprio conceito de ação, que é idêntico em ambos os casos”², isto é, tanto na ação pública quanto na ação privada.

3. DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL

São as chamadas condições da ação no processo penal brasileiro, as condicionantes do conhecimento e posterior julgamento da pretensão levada ao judiciário, sempre que preenchidos certos requisitos. Assim, fica sujeito à análise dessas condicionantes o conhecimento da lide proposta, através da *denúncia*, na ação penal *pública*, ou da *queixa-crime*, peça de ingresso da ação penal *privada*. A apreciação do direito material, ou mérito, depende dessas condições de exercício da ação.

A Doutrina clássica subdivide as condições da ação em: *Interesse de Agir*, *Legitimidade de Parte* e *Possibilidade Jurídica do Pedido*. Mais modernamente, tem-se incluído entre elas a *Justa Causa*, conforme veremos a seguir.

3.1 Interesse de agir

A ação dirige-se contra o Estado, pois é ele o titular do direito ao exercício da Jurisdição. Em consequência, somente é o Estado-jurisdição legitimado a decidir a lide, através da sentença de mérito, exarando um provimento jurisdicional. O interesse de agir processual, segundo Carreira Alvim (Teoria Geral do Processo, p. 138), “surge quando surge a necessidade de se obter, através do processo, a proteção para o interesse substancial”, que é, por sua vez, o interesse de ver atendida uma pretensão de direito material.

Dessa forma, há de se observar a efetividade do processo em hipóteses em que se verifica a possibilidade (ou não) de satisfação da pretensão punitiva no futuro. Assim, o processo deve se mostrar, desde o início, apto a se mostrar efetivo, eficaz e, conseqüentemente, útil. Hipótese em que se observa a possível falta de utilidade na atividade processual penal é em casos de previsão da *prescrição da pena em perspectiva* ou probabilidade de aplicação futura da *prescrição retroativa*.

² PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 2004. p. 751

3.2 Legitimidade de partes

A persecução penal é, em regra, uma função privativa do Estado, sendo o seu exercício atribuído ao órgão do Ministério Público. Figura como exceção a essa regra, a possibilidade de o ofendido (ou seu representante legal) tomar a iniciativa da ação penal, desde que previamente previsto em lei, como nos crimes de ação penal privada. Deve-se, entretanto, fazer ressalva ao fato de que ser o titular da ação penal não é o mesmo que ser titular do direito material cuja relação é discutida em juízo. O fato de a titularidade para a propositura da ação penal na imensa maioria dos crimes se dá pela vedação ao exercício da autotutela imposto pelo Estado, que disponibiliza um órgão específico, com fins de prevenção geral, para desincumbir-se da função acusatória no Processo Penal.

3.3 Possibilidade Jurídica do Pedido

Na elaboração da pretensão dirigida pelo autor ao Estado, há a ocorrência de duplicidade de pedidos: o pedido imediato, relacionado à tutela jurisdicional; e o pedido mediato, estabelecido contra o réu, pleiteando uma providência jurisdicional. A possibilidade jurídica do pedido relaciona-se com o pedido imediato, estando lá inserida, pois é nesta etapa em que se analisa a real possibilidade de acolhimento da pretensão para futura prestação jurisdicional.

Normalmente, segundo Pacelli (Curso, p. 81), “a doutrina processual penal refere-se à possibilidade jurídica do pedido como sendo a previsão no ordenamento jurídico da providência que se quer ver atendida”. Porém, esse conceito sofre variações na realidade, em virtude de ser uma adaptação do que se atribui à possibilidade jurídica do pedido no Processo Civil.

Assim se mostra mitigado o referido conceito pelo fato de, mesmo que se peça a condenação por um determinado crime, na denúncia, o juiz pode condenar o réu com base em outra incidência penal. O juiz pode adequar a prestação jurisdicional aos fatos por ele apreciados, mesmo que diversamente tipificados na denúncia. É o que ocorre com a *emendatio libelli*, com previsão legal no art. 383 do CPP. Exemplo que temos sobre a falta de possibilidade jurídica do pedido é quando nos deparamos com a ausência de tipicidade em uma ação, como no caso de furto de uso, onde não há previsão legal para a conduta.

Em suma, o que se entende como *pedido* na ação penal condenatória é a previsão em abstrato de uma pena cominada ao fato, independente da tipificação adotada na peça ministerial.

3.4 Justa Causa

Não figurava, até há pouco tempo na doutrina tradicional, a justa causa como condição da ação. Porém, conforme justifica Afrânio Silva Jardim, citado por Pacelli (Curso, p. 90), somente o fato de ter contra si ajuizada uma ação penal, é suficiente para que se ofenda o estado de dignidade de qualquer pessoa.

Deve a peça acusatória vir fundada em conjunto probatório o mais sólido possível, suficiente para justificar o curso de uma ação penal.

Porém, os argumentos contrários à inclusão desta como uma das condições da ação ganham força quando se afirma que a rejeição da denúncia por falta de provas não impediria que, novamente, fosse intentada nova ação, já com o lastro probatório satisfatório.

Nesta óptica, poder-se-ia enquadrar a justa causa como uma manifestação do *interesse de agir*, pois que, a prestação jurisdicional não teria a menor *utilidade* ao ser fundada em parco conjunto de provas, insuficientes para que se

leve à condenação, ou que mesmo sirva para análise do mérito.

Entretanto, não se deve confundir a justa causa com o interesse de agir, e sim, relaciona-la ao direito material, uma vez havendo a exigência mínima (para a propositura da ação penal) de um fato típico, ilícito e culpável. Fica estabelecido, então, como limite do exercício não arbitrário do direito à ação penal, seja o titular o Ministério Público ou o ofendido, a ocorrência de um crime, por óbvio.

Também no rastro desse entendimento, vem se firmando a Jurisprudência, conforme se segue em decisão proferida pelo STF:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ARTS. 138, 139 E 140, DO CÓDIGO PENAL. OFENSA IRROGADA POR ADVOGADOS A MAGISTRADO EM PETIÇÃO RECURSAL DIRIGIDA AO E. TRIBUNAL A QUO. ART. 142, I DO CP. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE DA CONDUTA.

I - Ainda que se entenda que o preceito do art. 142, I, do Código Penal, abrange as ofensas irrogadas ao Magistrado da causa, em virtude do disposto no art. 7º, § 2º, da Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da OAB), e no art. 133 da Carta Magna, tal imunidade não é absoluta, dela se excluindo “atos, gestos ou palavras que manifestamente desbordem do exercício da profissão, como a agressão (física ou moral), o insulto pessoal e a humilhação pública”. (STF, AO 933/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 06/02/2004, unânime).

II - O trancamento da ação penal por falta de justa causa, na via estrita do writ, somente é possível se constatado, *prima facie*, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito hipóteses inócenas na espécie.

III - Não sendo possível a constatação, *prima facie*, de inexistência do propósito por parte dos pacientes de ofender a honra do em. Magistrado, não há que se falar em trancamento da ação penal tendo em vista a atipicidade da conduta. Entender em sentido contrário, como quer a impetrante, *in casu*, ensejaria impreterivelmente o cotejo minucioso de matéria fático-probatória, procedimento vedado em sede de *habeas corpus*. (Precedentes).

Writ denegado. (HC 33.607/SP Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09.11.2004, DJ 13.12.2004 p. 387)

3.5 Condições de Procedibilidade da Ação Penal Pública

Como subcategoria da ação penal pública, encontra-se prevista na legislação específica, a ação penal pública condicionada à representação do ofendido ou à requisição do Ministro da Justiça. São essas exigências condições de procedibilidade da ação, inerentes à ação penal.

Não se afasta, em consequência, a titularidade da ação penal do Ministério Público. O que fica estabelecido é que, para a deflagração da referida ação, o Promotor de Justiça fica *condicionado* à manifestação de quem detém significativo interesse na condenação do agente, mesmo que não participe diretamente da ação. É o caso, como exemplo, de crimes que possam afetar a esfera de intimidade da vítima de forma tal, que a ação somente poder-se-ia iniciar com a autorização desta.

Dessa forma, a lei confere ao ofendido (no caso da representação) a prerrogativa de se manifestar acerca da propositura da ação penal pública, que só assim poderá se iniciar. Há também a hipótese de se condicionar a ação à requisição do Ministro da Justiça, como nos crimes contra a honra praticados contra

o presidente da República ou chefe de governo estrangeiro.

Cumpra, nesta altura, mencionar os delitos de menor potencial ofensivo, cuja competência para julgamento cabe aos Juizados Especiais Criminais, tanto estaduais quanto federais.

Maior inovação trouxe o art. 88 da Lei 9.099/95, quando estabeleceu a condição de procedibilidade da representação aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas. Atendeu, então, o legislador a um insistente questionamento e exigência da doutrina nacional.

A modificação da ação penal pública em ação penal pública condicionada à representação do ofendido ou seu representante legal, traduz, conforme Ada Grinover e outros³, em despenalização do delito, sem, contudo chegar-se à descriminalização, ou seja, o fato permanece ilícito, sendo dificultada a pena de prisão.

4. DA PRESCRIÇÃO

A prescrição penal é uma das causas de extinção da punibilidade do agente, elencada no art. 107, inciso IV, do Código Penal brasileiro. Consiste na perda do direito de punir por parte do Estado, em virtude do decurso de tempo, isto é, perde o Estado o direito ao exercício do *jus puniendi* ante a inconveniência da aplicação da pena muito tempo após a prática do delito.

A despeito de possível controvérsia sobre a natureza do instituto, se de direito material ou processual, fato é que, vem-se considerando os reflexos da prescrição incidentes sobre a ação penal e, evidentemente, à própria condenação.

No que tange a incidência da prescrição sobre a possibilidade de propositura da ação penal, há de ser observado o lapso temporal em que se desenvolvem as investigações criminais. Isto é, determinada a data do fato, não deve o Inquérito Policial ultrapassar os prazos definidos no Código Penal, precisamente no art. 109, sem que esqueçamos do art. 115, caso incidam as hipóteses nele contidas.

Na hipótese acima, encontramos exemplo da *prescrição da pretensão punitiva*, onde os prazos da lei se aplicam para a extinção da possibilidade de aplicação do *direito de punir*, sempre baseados na pena em abstrato, no seu limite máximo, ou seja, na pior das hipóteses consideradas para a condenação.

4.1 Da prescrição retroativa, antecipada, projetada, perspectiva ou virtual

Outro exemplo de afastamento do direito de punir ante a inércia da Jurisdição é a chamada prescrição retroativa, assim conhecida pela Doutrina e Jurisprudência, embora não expressamente acolhida no ordenamento jurídico penal brasileiro.

Isto quer dizer que, no entendimento de Régis Prado, "... se entre a data da consumação do crime e do recebimento da denúncia ou da queixa, ou se entre a data do recebimento da denúncia ou da queixa e a da publicação da sentença condenatória excede-se o lapso prescricional – aferido com base na pena *in concreto* -, aplica-se a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa."⁴

A prescrição retroativa é reconhecida de forma antecipada, normalmente ainda na fase do Inquérito Policial, sendo que o Promotor de Justiça pode vislumbrar a possibilidade de aplicação de pena mínima ao acusado, uma vez que

³ GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Juizados Especiais Criminais*, 5. ed. 2005. p. 226.

⁴ *Op. Cit.* p. 797.

primário e de bons antecedentes e, em nome da economia processual, requerer o arquivamento do procedimento.

Assim, complementando-se o raciocínio, segundo Pacelli, “...diante da constatação, feita nos próprios autos do procedimento de investigação (...), da impossibilidade fática de imposição, ao final do processo condenatória, de pena em grau superior ao mínimo legal, é possível, desde logo, concluir pela inviabilidade da ação penal a ser proposta, porque demonstrada, de plano, a inutilidade da atividade processual correspondente.”⁵

Quando se menciona a ocorrência da prescrição retroativa, estamos diante de uma causa de extinção de punibilidade que, em tese, tem a possibilidade de ser reconhecida tomando como base a pena provável a ser fixada em futura condenação. Guardando a pena a ser aplicada grande probabilidade de ser estabelecida no mínimo legal, resta ao titular da ação observar se a hipótese de prescrição retroativa se realizaria ao final do processo, na cominação da pena. Caso positivo, não se vislumbraria a *justa causa* para a continuidade da ação penal, pois que seu resultado seria inútil ante a ineficácia da sentença condenatória em virtude da ocorrência de uma causa de extinção de punibilidade do agente.

5. DA JURISDIÇÃO, AÇÃO E PROCESSO

Encontramos no latim subsídios para compreensão da palavra *jurisdição*. *Ius* (direito) e *dicere* (dizer): dizer o direito. Temos, portanto, a jurisdição como uma das funções do Estado, encarregada de “dizer” e aplicar o direito às situações conflituosas, requerentes da tutela jurisdicional, função essa, oriunda da Teoria da Tripartição dos Poderes, desenvolvidas pelo barão de Montesquieu.

Dessa forma, em sintonia com o entendimento de Carreira Alvim, temos que “A jurisdição é uma função do Estado, pela qual este atua o direito objetivo na composição dos conflitos de interesses, com o fim de resguardar a paz social e o império da norma de direito”.⁶

Complementando esse raciocínio, é fundamental a noção de que, ao exercer a função jurisdicional, o poder Judiciário não pode e nem atua espontaneamente. É necessária a provocação de quem possui o *interesse de agir*, ou seja, daquele interessado na lide e sua resolução.

O que exurge, então, é a necessidade de um instrumento que tenha a função de quebrar a inércia do poder judiciário, na intenção de provocar a jurisdição e, como tal, temos a garantia constitucional ao exercício da ação. Conforme observado acima, constitui prerrogativa do Ministério Público o exercício da ação penal pública, inerente à esmagadora maioria dos crimes previstos em nossa legislação penal.

Ao prosseguirmos nessa análise, um terceiro elemento ocorre para viabilizar o exercício da jurisdição estatal, requerido pela parte interessada e legítima, através do seu direito de ação. Trata-se do *processo*, que corresponde a uma série de operações compostas de atos que se concatenam para a obtenção da composição da lide. Em suma: o processo é um conjunto de atos ordenados, harmônicos entre si, com o objetivo de trazer à realidade a prestação do judiciário.

Cumpra o processo a função de estabelecer um elo entre a ação e a jurisdição, através de atos realizados pelas partes e o Poder Judiciário, organizados pelas leis processuais.

⁵ *Op. Cit.* p. 78.

⁶ ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria Geral do Processo. P. 55, 2004.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Zaffaroni e Pierangeli (Manual de Direito Penal Brasileiro, p. 729) novamente levantam discussão sobre a inserção do tema ação penal em disposições do âmbito do Direito Penal, uma vez que, em sua opinião, o tema pertence ao Processo Penal.

Porém, a nosso ver, nada impede a análise do tema sob a óptica do direito penal, uma vez que para o delito, resta como consequência a pena. Por sua vez, a pena somente pode ser aplicada como resultado do devido processo legal. Desenvolvido pela atividade jurisdicional, orientada por normas processuais, porém provocada pelo direito constitucional ao exercício da ação.

De qualquer forma, mesmo que não se sustente essa argumentação, tanto o Direito Penal Material, quanto o Direito Processual Penal são fragmentos de um mesmo ordenamento jurídico, partes de um mesmo sistema penal, vigente em um momento histórico. Em suma: são ambos integradores e expressão do poder punitivo estatal, sendo qualquer polêmica acerca da melhor localização do instituto inerente à ação penal mero preciosismo, mais importando a atenção aos aspectos garantistas não só deste, mas de todos os institutos penais, desde sempre utilizados quase que puramente como instrumentos de controle social, ainda mais nos dias atuais, onde o “Estado Social” anda mais ausente.

7. ABSTRACT

This text, presents an objective summary of the institute criminal action, and its vision about Criminal Law and Processual Criminal Law, including their subdivisions and respective characteristics, without to forget of the conditions of existence and procedure.

Key-words: Criminal Law. Processual Criminal Law. Criminal Action. Criminal Action Condictions.

8. REFERÊNCIAS

- ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria Geral do Processo. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Forense, 2004.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte Geral. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DOTTI, René Ariel, Curso de Direito Penal. Parte Geral. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Forense, 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES, Luiz Flávio. Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5. ed. rev. atual. amp. São Paulo: RT, 2005.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de Processo Penal Interpretado. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 3. ed. rev. amp. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. V. 1 – parte geral. 4. ed. rev. atual. amp. São Paulo: RT, 2004.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – parte geral. 5. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2004.



A NOVA DISCIPLINA DO RECURSO DE AGRAVO

Luiz Henrique Borges Varella¹

RESUMO

Este artigo pretende analisar, de maneira geral, as repercussões da Lei Federal n.º 11.187/2005, que alterou a disciplina do recurso de agravo no processo civil brasileiro. Trata-se de estudo a respeito das novas regras que orientam este recurso, visando destacar os principais pontos da novel legislação, avaliando-se a efetividade da nova sistemática recursal. São destacados, ainda, aspectos polêmicos que surgiram, quiçá, na contramão de alguns objetivos da reforma como dinamizar o processo e reduzir o número de recursos nos tribunais. O trabalho, feito por meio de revisão bibliográfica, finaliza com conclusões pessoais acerca das alterações promovidas pela Lei n.º 11.187/2005.

Palavras-chave: Processo Civil. Recurso. Agravo. Lei n.º 11.187/2005.

SUMÁRIO

1. Introdução – 2. O recurso de agravo no processo civil brasileiro – 3. A nova disciplina trazida pela Lei 11.187/2005 – 3.1 O agravo retido como regra e a extinção do regime de opção das modalidades – 3.2 Do cabimento do agravo de instrumento: a lesão grave e de difícil reparação – 3.3 Do agravo retido oral – 3.4 Da conversão do agravo de instrumento em agravo retido – 3.5 Do processamento do agravo de instrumento – 3.6 Dos efeitos dos agravos – 3.7 A quase extinção dos agravos interno e regimental – 4. Conclusões – 5. *Abstract* – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Recurso é o meio que se presta à impugnação de uma decisão judicial – no mesmo processo – com vistas à sua reforma, invalidação, esclarecimento ou integração. É instituto jurídico derivado do princípio do duplo grau de jurisdição, com o fito de coibir arbitrariedades através da possibilidade de revisão de uma decisão judicial. Portanto, não se nega a relevância deste instituto jurídico, vez que o inconformismo com decisão ou opinião única, por mais justa que possa parecer, é inerente ao ser humano.

No rol dos recursos existentes no processo civil brasileiro está o de *agravo*, que é destinado a questionar uma decisão interlocutória, considerada como a que resolve questão incidente no processo.

Para alguns, o recurso de agravo é considerado vilão. Suposto responsável pelo alto número de processos que tramitam nos tribunais, tem sofrido várias mudanças desde a instituição do Código de Processo Civil vigente (CPC). É, diga-se, o recurso que mais alterações sofreu desde 1973.

A chamada terceira onda reformista do processo civil – consistente nas Leis n.º 11.112/2005, 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006, 11.280/2006 e 11.341/2006 – não deixou de lado o recurso de agravo. Especificamente através da Lei 11.187/2005, suas regras sofreram consistentes modificações. O espírito do legislador, adiante-se, foi o de tentar dinamizar o processo

¹ Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM). Assessor Judicial do Magistrado da 2ª Vara Cível da Comarca de Patos de Minas/MG.



e minorar o número de agravos interpostos perante os tribunais. Entretanto, pairam dúvidas quanto à possibilidade de sucesso a respeito.

A Lei n.º 11.187/2005, de 19 de outubro de 2005, foi publicada no dia vinte do mesmo mês. Passou a vigorar noventa dias após tal data, isto é, 18 de janeiro de 2006, consoante previsão do art. 8º, §1º da Lei Complementar n.º 95/1998, com redação dada pela Lei Complementar n.º 107/2001.

Diante dessa mudança na legislação, revela-se pertinente um estudo sobre a nova disciplina do *agravo*, que ora nos propomos a realizar, ante a inquestionável importância do instituto. Sem a pretensão de esgotar a matéria, que hodiernamente tem suscitado os mais diferentes posicionamentos e polêmicas, almeja-se por meio deste trabalho traçar um panorama sobre as modificações legislativas, bem como alinhar algumas reflexões sobre a efetividade da reforma.

2. O RECURSO DE AGRAVO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Agravo, segundo Humberto Theodoro Júnior², “é o recurso cabível contra as decisões interlocutórias (art. 522), ou seja, contra os atos pelos quais ‘o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente’ (art. 162, § 2º)”.

Possui basicamente três espécies, também chamadas modalidades ou formas. São elas: o *agravo de instrumento*; o *agravo retido*; e o *agravo interno*. As duas primeiras correspondem aos recursos pertinentes ao combate de decisões normalmente proferidas por juiz singular, em primeira instância. O *agravo interno*, por seu turno, é o que se presta à impugnação das interlocutórias proferidas por relatores de recursos nos tribunais, nas hipóteses onde é dado àqueles funcionarem como juízes monocráticos³.

As diferenças entre as espécies são muitas. O *agravo retido* tem como características principais a isenção de preparo (recolhimento de custas) e o próprio prolator da decisão vergastada como órgão destinatário. Bom notar que não há que se cogitar afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição. Mantida a decisão pelo juízo primevo, quando do julgamento de eventual recurso de apelação o tribunal poderá apreciar a matéria impugnada a título preliminar, conforme previsão do art. 523, *caput*, do CPC.

O *agravo de instrumento*, diferentemente, exige recolhimento de custas e é endereçado diretamente ao órgão hierarquicamente superior competente (tribunal). Pode, excepcionalmente, ter efeito suspensivo nos casos do art. 558 do CPC, vez que normalmente não obsta o andamento do processo (art. 497, CPC).

O *agravo interno*, por sua vez, não fica retido nos autos, não forma instrumento e se processa nos próprios autos para apreciação imediata pelo órgão competente⁴.

A não ser quanto aos efeitos, como se verá adiante, essas disposições e conceituações não foram modificadas pela legislação reformadora. Entretanto, já quanto ao cabimento das modalidades houve significativa alteração. Passa-se, pois, ao exame das novas regras recursais.

² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. I. p. 646.

³ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 12. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. II. p. 96.

⁴ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 5. ed. rev. atual. Barueri, SP: Manole, 2006. p. 970.

3. A NOVA DISCIPLINA TRAZIDA PELA LEI 11.187/2005

3.1 O agravo retido como regra e a extinção do regime de opção das modalidades

No modelo anterior, estatuído pela Lei 9.139/95 e alterado pela Lei 10.352/2001, imperava o chamado *regime de opção* entre os agravos retido e por instrumento. Ficava, na maioria das vezes, à escolha da parte recorrente a adoção pela modalidade *instrumental* ou *retida*. Poderia o recorrente, livremente, definir por qual modo manejaria o recurso, se por instrumento ou por retenção.

Algumas exceções ao regime de opção já existiam, como nos casos de inadmissão da apelação e quanto aos efeitos em que era recebida. Nessas hipóteses, somente o agravo de instrumento era cabível. Vale notar que já houve certa restrição à regra de livre escolha entre as modalidades, trazida pela Lei 10.325/2001, que concedeu ao relator do agravo de instrumento a possibilidade da conversão da modalidade do recurso para a *retida*⁵.

Em novo passo na direção já sinalizada pela Lei 10.325/2001, a primeira inovação no regime do agravo, oriunda da nova redação conferida ao artigo 522 do CPC⁶, extirpou do ordenamento jurídico a possibilidade de escolha da modalidade do agravo. Tornou-se regra o agravo retido e exceção o por instrumento.

A forma retida do recurso de agravo é idônea para se impugnar decisões interlocutórias ordinárias. Somente as excepcionais, que sejam capazes de causar lesão grave e de difícil reparação ao recorrente, que inadmitam a apelação ou que a recebam nos efeitos incorretos podem ser atacadas pela via instrumental⁷.

Percebe-se, assim, que é de largo alcance a nova norma, ao ditar regras cogentes a respeito das modalidades do recurso de agravo, o que faz merecer cada uma delas análise separada.

3.2 Do cabimento do agravo de instrumento: a lesão grave e de difícil reparação

A extinção do regime de opção e o privilégio do agravo retido em detrimento do agravo de instrumento evidenciam a intenção do legislador em estreitar as vias deste. O objetivo é a diminuição do volume de processos nos tribunais e a valorização das decisões proferidas pelos juízes singulares, que têm contato maior com a realidade dos fatos que constituem o processo.

Por este último motivo entendemos que a reforma merece aplausos. Quanto ao primeiro, ao revés, há ressalvas, haja vista que o excesso de recursos nos

⁵ A Lei 10.352/2001 alterou a redação do inciso II do art. 527 do CPC, incluindo a seguinte "faculdade" ao relator quando do recebimento do recurso: "poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, remetendo os respectivos autos ao juízo da causa, onde serão apensados aos principais, cabendo agravo dessa decisão ao órgão colegiado competente".

⁶ Eis a nova prescrição: "Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

⁷ Existem outras hipóteses, fora do art. 522, que o agravo de instrumento tem cabimento previsto. Dentre elas estão a negativa de seguimento do recurso extraordinário e especial (art. 544), a solução da liquidação de sentença (art. 475-H) e a resolução da impugnação ao cumprimento da sentença (art. 475-M, § 3o). Não se pode, ainda, olvidar os casos previstos na legislação extravagante, v.g. na Lei de Alimentos (nº 5.478/68, art. 19, § 2o) e na Lei de Improbidade Administrativa (nº 8.429, art. 17, § 10).

tribunais está ligado, também, à falta de estrutura dos mesmos em atender à demanda. Não nos delongando sobre esses pontos, temos que a excepcionalidade que se quis conferir ao agravo de instrumento pode não ser alcançada na prática. Isso porque a condição a que ficou subordinado o agravo de instrumento, qual seja a possibilidade da decisão causar à parte lesão grave e de difícil reparação, é demasiadamente genérica e subjetiva. Tem, por isso, sofrido bastantes críticas.

Decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação é uma hipótese por demais imprecisa. Malgrado seja a restrição importante, não cuidou o legislador de definir o que se considera tal tipo de decisão. Dessa maneira, fechada a porta da anterior subjetividade (regime de opção), abre-se agora campo para discussão a respeito do que seja “lesão grave e de difícil reparação”.

Conseqüentemente, entendemos que a inclusão de requisito indefinido como a lesão grave e de difícil reparação não coibirá, ao menos sensivelmente, o uso do agravo de instrumento. Os advogados, simplesmente, acrescentarão às suas razões ordinárias um tópico referente ao cabimento do recurso. Na prática pouco será modificado, vez que a grande maioria dos agravos de instrumento, no regime anterior, era dotada de requerimento de concessão de efeito suspensivo (para o qual se exige o mesmo requisito: lesão grave e de difícil reparação).

Não obstante, é bom sublinhar que o requisito também merece elogios. O estabelecimento de critérios sólidos e inflexíveis anda na contramão do espírito legislativo, que é construir leis gerais e abstratas por essência. Noutras palavras: critérios subjetivos dão maior amplitude à incidência da norma, indo assim ao encontro da preservação das garantias e direitos fundamentais.

Posiciona-se de modo semelhante Dierle José Coelho Júnior⁸, ao afirmar o seguinte:

Percebe-se no contexto reformista de aumento dos poderes judiciais, um fomento legislativo na colocação de conceitos indeterminados na lei, que permitiriam a evolução e plasticidade das leis sem necessitar de alterações legislativas, remetendo ao juiz à integração desta cláusula geral.

Contudo, com razão, adverte que

Jamais o dispositivo poderá permitir uma mera aplicação subjetivista e utilitarista com a finalidade de diminuir ao máximo o número de recursos para o julgamento dos tribunais, com um esvaziamento técnico do processo como estrutura formadora das decisões, realizada em contraditório.⁹

Por fim, cabe atentar para certa problemática: o processo de execução não se sujeita a sentença (via de regra). Face a isso, é evidente a ausência de interesse recursal para o agravo retido, eis que não haverá apelação que permita seu exame como preliminar. Conseqüentemente, e se a decisão interlocutória na execução não causar lesão grave e de difícil reparação? Torna-se irrecurável? Aparentemente sim.

Todavia, como o processo executivo tem por viés a expropriação e a satisfação de um crédito, nos afigura pouco provável que alguma decisão nesse proce-

⁸ NUNES, Dierle José Coelho. Primeiros comentários à Lei 11.187, de 19.10.2005, que altera a sistemática do recurso de agravo, e à aplicação da cláusula geral lesão grave e de difícil reparação do novo art. 522 do CPC. Revista de processo. São Paulo, ano 31, n. 134, p. 70, abr. 2006.

⁹ Idem ibidem, p. 72-73.

dimento não sujeite uma das partes à lesão grave e de difícil reparação. O devedor poderá perder bens. O credor, por outro lado, terá o receio de ver sua execução frustrada. Desse modo, a lesão grave e de difícil reparação nos parece imanente a esse tipo de procedimento.

Em último caso, a própria inexistência de interesse recursal para o agravo retido implica a lesão grave, vez que a irrecorribilidade da decisão, no procedimento de execução, seria contrária aos princípios da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inc. XXXV, CF/88) e do duplo grau de jurisdição. Isto posto, deve sempre o agravo por instrumento ser admitido nos processos de execução.

3.3 Do agravo retido oral

Vencida a interpretação do *caput* do art. 522, passa-se à exegese do § 3º do art. 523 do Código de Processo Civil. A redação e ele conferida pelo art. 1º da Lei 11.187/2005 é: “Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante”.

A primeira impressão que se tem da leitura do dispositivo é a de que o agravo oral, que no regramento anterior tinha sua pertinência prevista para qualquer audiência¹⁰, agora é somente cabível para a impugnação de interlocutórias proferidas na de instrução e julgamento. Por isso surge uma pergunta: é cabível agravo oral contra decisões proferidas em outras audiências que não a de instrução e julgamento?

Verba cum effectu sunt accipienda (as leis não contêm palavras inúteis) diriam os tradicionais hermenutas. Com efeito, tendo o legislador expressamente asseverado que o agravo oral é cabível na audiência de instrução e julgamento, a conclusão mais rápida é no sentido de que a utilização pela via oral é vedada nas demais audiências. Essa é a opinião de Humberto Theodoro Júnior¹¹:

Não é de toda decisão tomada em audiência que a parte pode agravar oralmente. O Código somente prevê essa forma de interposição do agravo retido, quando se tratar de audiência de instrução e julgamento (art. 523, § 3º, com redação da Lei nº 11.187/2005), em que as questões solucionadas incidentalmente são, em regra, mais singelas (contradita de testemunha, indeferimento de perguntas das partes aos depoentes, deliberações de polícia das audiências, etc.). Não se autoriza, portanto, o agravo oral em audiência preliminar (art. 331), tendo em conta que a atividade saneadora nela desenvolvida compreende temas mais complexos, cuja impugnação, via de regra, haverá de ser feita com mais vagar e melhor fundamentação. Daí a necessidade de seguir a regra geral da petição escrita e de contar a parte com o prazo ordinário de dez dias, para a interposição do recurso.

Neste diapasão, inclusive, foram o relatório e o voto do Deputado José Eduardo Cardozo, relator do projeto que restou convertido na Lei n.º 11.187/2005.

Entrementes, não é esta a idéia que nos parece mais acertada. Isso por-

¹⁰ Assim dispunha o parágrafo alterado: “Das decisões interlocutórias proferidas em audiência admitir-se-á interposição oral do agravo retido, a constar do respectivo termo, expostas sucintamente as razões que justifiquem o pedido de nova decisão.”

¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. op. cit. p. 648.

que o Código de Processo Civil, em seu artigo 154, prevê que os atos processuais – a não ser que a lei expressamente exija – não dependem de forma determinada, sendo válidos desde que atinjam sua finalidade. É uma regra derivada do princípio da instrumentalidade, que nas palavras de Rui Portanova¹² “mantém o processo preocupado com a lógica do procedimento e sua celeridade, mas também busca ser mais acessível, mais público e mais justo”. É, também, reflexo do princípio da economia processual, porque “se o processo é um instrumento, não pode exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em disputa”.¹³ Além do mais, não se olvide dos princípios da oralidade e da concentração dos atos.

Por conseguinte, como se deve resolver esse problema de antinomia aparente entre norma e princípios? Neste particular temos a exposição de Eduardo J. Couture¹⁴:

A interferência de textos e de princípios e suas possíveis colisões constituem coisa comum na atividade interpretativa. [...] Ocorre, outras vezes, que não é um texto que colide com outro texto, mas sim um texto que colide com um princípio. [...] Falar em colisão de texto com princípio pareceria uma antinomia, porque não pode haver outro princípio senão o que surge dos textos. Se chegarmos, entretanto, à conclusão de que os princípios são extraídos de uma harmonização sistemática de *todos os textos*, levando em consideração suas sucessivas repetições, suas obstinadas e constantes reparações, a tarefa interpretativa, nesse caso, deverá realizar-se mediante o predomínio do princípio, já que ele constitui a revelação de uma posição de caráter geral, assumida ao longo de um conjunto consistente de solução particulares.

Nessa ordem de idéias, não parece plausível que em tempos de morosidade crônica da Justiça haja proibição da realização de um ato processual pelo meio mais rápido e objetivo (oral). Este tipo de vedação seria até inconstitucional, uma vez que o direito à rápida solução do litígio encontra-se, atualmente, estampado no art. 5º, inc. LXXVIII da Carta Magna.

Feitas estas ponderações, cabe concluir que o agravo retido, pela via oral, também poderá ser interposto em audiências que não sejam a de instrução e julgamento. Athos Gusmão Carneiro¹⁵ compartilha de nossa opinião, pois afirmou que “neste passo a nova lei *minus dixit quam voluit*, pois não vemos motivo para que das decisões interlocutórias proferidas em ‘audiência preliminar’ (art. 331) também não possa ser o agravo interposto imediatamente e pela forma retida.” Na mesma trilha vai Alexandre Freitas Câmara¹⁶, para quem o dispositivo em comento deve ser interpretado extensivamente. Sem críticas, a nosso ver, porquanto *odiosa restringenda, favorabilia amplianda* (restringa-se o odioso; amplie-se o favorável).

Importante voltar a atenção para o seguinte aspecto: as regras dos agravos retidos orais são diferentes. Os cabíveis contra interlocutórias proferidas em

¹² PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 49.

¹³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 73.

¹⁴ COUTURE, Eduardo J. Interpretação das leis processuais. Tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 43/44.

¹⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. Do recurso de agravo ante a Lei 11.187/2005. Revista jurídica. Porto Alegre, ano 54, n. 339, p. 16, jan. 2006.

¹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. op. cit. p. 100.

audiências de instrução e julgamento são obrigatórios. Já os referentes a decisões ocorridas em outras audiências são facultativos. Isso faz uma enorme diferença, mormente por ter a Lei 11.187/2005 silenciado quanto à resposta do agravado.

Quando o agravo retido oral é obrigatório, “a preclusão passa a ser consequência inexorável do não-exercício imediato do direito processual de recorrer”¹⁷. Então, para que seja garantida a isonomia de tratamento, as contra-razões ao recurso devem, igualmente, ser feitas de imediato e reduzidas a termo.

Noutra senda, relativamente ao agravo oral facultativo, inexistente preclusão em caso de inércia, porquanto a decisão poderá ser impugnada por petição escrita. Dessarte, da mesma maneira que o agravante se vale de uma faculdade para a interposição oral, o agravado poderá escolher qual a forma para ofertar sua resposta, se imediata e oralmente ou em dez dias por escrito.

Reforçando nossas idéias temos a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁸, que ao explicarem o regime anterior – no qual o agravo oral era sempre uma faculdade – ensinaram:

O prazo para o agravado responder, quando se tratar de agravo retido interposto oralmente na audiência, é de dez dias (CPC 527 V). Não há ofensa ao princípio da isonomia, pois a interposição oral é opção do agravante, que também pode interpor o agravo retido por petição, no prazo de dez dias (CPC 522). Sendo opção do agravante, não se pode impor ao agravado o mesmo ônus, subtraindo-lhe o direito de responder no prazo de dez dias. A solução é válida ainda que se trate de agravo retido obrigatório (CPC 523 § 4º), pois a lei obriga a retenção, mas não a interposição oral.

Em apoio, comentando a atual disciplina, Antônio Cláudio da Costa Machado¹⁹ diz que a retratação após o agravo retido seria possível, ouvida a parte contrária, “desde que, é óbvio, ela concordasse em responder ao recurso no mesmo momento, já que seu prazo era, como é, de dez dias conforme o mencionado § 2º.”

Sintetizando: o agravo pela via oral é permitido em qualquer audiência. Se for de instrução e julgamento deve ser interposto e respondido imediatamente, sob pena de preclusão. Contra interlocutórias proferidas em outras audiências é opcional, e por isso a resposta pode ser oral e imediata ou por escrito em dez dias.

Diante desta disciplina, nos agrada denominar este tipo de recurso de *agravo por termo*. É nomenclatura mais simples que agravo retido oral. É mais direta e clara. Contém, no próprio nome, noções de cabimento, porque se é por termo e feito pela parte quer dizer que foi manejado em audiência e fará parte dos autos, incontestavelmente (art. 457, CPC). Portanto, é designação singela, mas que possui uma série de características incrustadas.

Remanesce, contudo, uma indagação acerca do cabimento dos agravos. Como já restou demonstrado, somente o agravo por termo é cabível contra interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento. Mas e se a

¹⁷ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. op. cit. p. 875.

¹⁸ NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 903.

¹⁹ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. op. cit. p. 875.

decisão for suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação? Cabe agravo de instrumento com espeque na regra geral do *caput* do art. 522? Esta pergunta tem suscitado divergência na doutrina.

Para Humberto Theodoro Júnior²⁰ é viável a interposição de agravo por instrumento, arvorando-se o professor em razoáveis exemplos de decisões, tais como a decretação de prisão em audiência ou a determinação de levantamento incontinenti de depósito sem prestação de caução. Concorde com o professor mineiro o ministro Athos Gusmão Carneiro²¹, que suscita casos como o reconhecimento de incompetência material ou exclusão de uma das partes da lide. Inobstante, pensamos diferente.

É cediço que o parágrafo altera a regra estabelecida no *caput* do artigo de lei. Não é demais lembrar, neste instante, a lição de Paulo Nader²², para quem a finalidade do parágrafo é “de explicar ou modificar (abrir exceção) o artigo”. Desta sorte, em primeira vista, seria um contra-senso fazer prevalecer a regra geral (*caput*) em detrimento da específica (parágrafo).

A disciplina do agravo por termo, sem dúvida, é especial. O verbo “cabe-rá”, usado propositadamente no imperativo, impõe uma norma cogente a respeito do recurso que deverá desafiar as decisões. Infere-se, a partir disto, que o único recurso permitido a impugnar as interlocutórias exaradas em audiência de instrução e julgamento será o agravo por termo. O § 3º do art. 523 do CPC dita norma de cabimento (pressuposto de admissibilidade recursal) que deve ser interpretada conforme o princípio da singularidade, “consoante o qual existe único e típico recurso para cada decisão judicial impugnável”²³.

Ademais, o fato de se impedir o exame imediato da questão pelo órgão hierárquico superior não configura negação ao direito de defesa. Isso porque, apresentado o recurso, após a análise das razões e contra-razões é dado ao magistrado reavaliar sua decisão. Lembre-se: o agravo por termo devolverá ao juízo a apreciação da matéria, sendo possível a retratação.

Reforçando nossa idéia veja-se o número de complicações que o processamento do agravo de instrumento poderá acarretar: Primeiramente, como se dará o prosseguimento da audiência sob a luz do instituto da preclusão? Deveria ser suspensa, até que o tribunal examine o recurso? E se o relator do agravo de instrumento entender que a decisão não causa lesão grave e de difícil reparação à parte, convertendo-o em retido? Estar-se-ia, evidentemente, diante de um agravo retido manejado fora do prazo legal. Se este for aceito, ao argumento que a admissão foi feita sob as regras do agravo por instrumento, a norma será um vazio jurídico. Ninguém a respeitará. Afinal, mais fácil agravar por instrumento, em dez dias, do que oral e imediatamente. Não havendo sucesso quanto à admissão pela via instrumental, o recurso seria convertido para a via de retenção. O resultado – impugnação da decisão por agravo retido – seria obtido semelhantemente. E para apimentar: imaginem se naquela audiência sobreviesse sentença! Seria um caos.

Forte nessa quantidade de controvérsias, bem como na idéia de que a

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. op. cit. p. 649.

²¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. op. cit. p. 20.

²² NADER, Paulo. Introdução ao estudo do Direito. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 285.

²³ NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 48.

forma apropriada de agravo para tais decisões é, unicamente, a necessariamente *por termo*, o melhor entendimento é no sentido de não se permitir o processamento de agravo de instrumento contra interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento.

Em corroboração existe o espírito da Lei 11.187/2005, que foi o de impedir que um agravo de instrumento, com efeito suspensivo, obstaculize a prolação da sentença. Alexandre Freitas Câmara²⁴ compartilha de nossas idéias, dizendo o seguinte ao explicar o art. 523, § 3º do Código de Processo Civil:

Fica claro, assim, o que para nós não constituiu novidade, mas apenas a revelação daquele que já era o verdadeiro sentido da norma: contra decisões interlocutórias proferidas em audiência só se admite a interposição oral do agravo retido, não sendo possível recorrer-se por escrito, nem se valer o recorrente do decêndio estabelecido no art. 522, *caput*.²⁵

Mister destacar que a impossibilidade do agravo de instrumento combater decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento é salutar, haja vista que não estaria o julgador constringido a proferir sentença na própria audiência após uma decisão interlocutória.

Em último caso, como paliativo, aventa-se a hipótese de impetração de mandado de segurança contra decisão judicial, para os casos verdadeiramente absurdos e teratológicos. A pertinência do remédio heróico é destacada pelo eminente Hely Lopes Meirelles²⁶, ao asseverar que “se o recurso ou a correição admissível não tiver efeito suspensivo do ato judicial impugnado, é cabível a impetração para resguardo do direito lesado ou ameaçado de lesão pelo próprio Judiciário”.

3.4 Da conversão do agravo de instrumento em agravo retido

Antes da Lei 11.187/2005 o inciso II do art. 527 do CPC rezava que o relator *poderia* converter o agravo de instrumento em retido, a não ser em certos casos como de provisão jurisdicional urgente. Parte da doutrina se inclinava na direção de que este poder era, em verdade, um poder-dever, isto é, não era uma faculdade do relator. Presentes as condições previstas em lei, seria dever de o magistrado atender ao requerimento do postulante. Portanto, ao contrário do campo administrativo, não existia discricionariedade na práxis judiciária²⁷.

Acontece que, pondo uma pá de cal sobre o assunto, a nova redação do inciso II preconiza que o relator *converterá* o agravo de instrumento em retido, a não ser nos casos excepcionais previstos no *caput* do art. 522 do CPC. Portanto, o que para alguns era uma faculdade, agora é obrigatoriedade. O verbo colocado no imperativo não deixa margens para dúvidas. Constatando o relator que a decisão não é capaz de causar lesão grave e de difícil reparação é obrigação sua determinar a *conversão* do agravo de *instrumento* em agravo *retido*, mandando

²⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. op. cit. p. 100.

²⁵ O professor adota este posicionamento para todas as audiências, o qual não compartilhamos. Em que pesem os argumentos do mestre, exigir-se a interposição oral dos agravos em audiências que não sejam a de instrução e julgamento seria ir além do que a lei determina. Seria expandir uma regra que, por natureza, é restritiva.

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular... 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 42.

²⁷ A questão não é pacífica. Entretanto, ficamos com a posição lançada no texto, que é endossada por Teresa Arruda Alvim Wambier (Os agravos no CPC Brasileiro. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 239 a 263) e por Alexandre Freitas Câmara (Lições de direito processual civil. 10. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 97. v. II.)

remeter os autos ao juiz da causa.

Sublinhe-se, por conveniente, que a nova redação do dispositivo é bem mais clara que a antiga, merecendo, em parte, aplausos. Malgrado, poderia ser ainda melhor, caso o complemento simplesmente fizesse referência às exceções do *caput* do art. 522.²⁸

Temos que a imposição da conversão do agravo de instrumento em retido é medida bastante salutar. Anteriormente, por ser - para alguns - uma faculdade, o relator poderia se sentir desconfortável em aplicar a regra. Isso porque, acaso determinasse a conversão, sua decisão poderia ser alvo de novo agravo - o interno. Simplesmente haveria uma substituição. O Tribunal deixaria de julgar um agravo de instrumento para julgar um interno. Na prática, pois, proveito algum seria alcançado.

Além disso, a imperatividade da conversão controla o abuso do direito de recorrer aos tribunais. O relator fica incumbido de apreciar minudentemente a presença da lesão. Com efeito, não será qualquer tipo desta tido como grave e de difícil reparação. Todas aquelas lesões que não forem dessa natureza conduzirão o agravo à primeira instância. Evitar-se-á, portanto, que o hábito de "recorrer por recorrer" permaneça na praxis judiciária. Evidente, então, que a regra do inciso II do art. 527 reforça a intenção do legislador, qual seja de permitir o uso do agravo de instrumento apenas para casos de urgência.

3.5 Do processamento do agravo de instrumento

Os incisos V e VI do art. 527 do Código de Processo Civil, que tratam do processamento do agravo de instrumento, também sofreram alteração. Os mais desavisados poderiam achar que foram, simplesmente, feitas adequações de redação em face das modificações dos artigos incluídos, alterados e revogados pela Lei 11.187/2005. Enganam-se.

O inciso V cuida da intimação do agravado para responder ao recurso. Nítido procedimento visando preservar o direito ao contraditório e ampla defesa. Acontece que houve uma singela alteração de conteúdo, mas bastante relevante: é expressamente prevista a possibilidade da juntada de documentação, em sentido lato, assim entendida como qualquer que seja útil na ótica do agravado. Obtida, ou não, no processo de origem. Louvável tal previsão, considerando que não raras vezes, para provar determinado fato, faz-se necessária a juntada de documentos que não se encontram encartados aos autos. Cumpre gizar que, como observado por Athos Gusmão Carneiro²⁹, sendo efetivada a juntada de documentação nova, haverá que se aplicar a regra do art. 398 do CPC, para que o agravante possa se manifestar sobre os mesmos.

Otrossim, a mudança na redação do inciso VI foi sutil e necessária, ante pretérito equívoco do legislador. Referido inciso trata da oitiva do Ministério Público. No modelo anterior fazia-se referência à oitiva após a ultimação das providências contidas nos incisos I a V. Ora, o inciso I trata de negativa liminar de

²⁸ Antes se tinha: "II - poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, remetendo os respectivos autos ao juízo da causa, onde serão apensados aos principais, cabendo agravo dessa decisão ao órgão colegiado competente". Hoje é: "II - converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa". Melhor seria: "II - converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo nos casos excepcionais previstos no *caput* do art. 522".

²⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. op. cit. p. 19.

seguimento ao agravo, nos casos de manifesta impropriedade (art. 557). Não tem sentido, pois, ouvir o Ministério Público após ter sido negado de plano o recurso. Igualmente é descabida a oitiva no caso do inciso II, que trata da conversão do agravo de instrumento em retido. Por conseguinte, afastando o equívoco do legislador de 2001 (Lei 10.352), o de 2005 atentou-se para o inciso VI e deu-lhe a seguinte redação: “ultimadas as providências referidas nos incisos III a V, mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, para que se pronuncie no prazo de dez (10) dias.”

3.6 Dos efeitos dos agravos

É cediço que os agravos, via de regra, não tinham efeito suspensivo no sistema anterior, ante a prescrição do art. 497 do CPC. Somente em casos excepcionais, previstos no art. 558 do Código de Processo Civil³⁰, poderiam ser concedidos efeito suspensivo ao agravo de instrumento. À primeira vista não houve mudança, porque nenhum dos artigos mencionados foi alvo de alteração. Entrementes, pensamos que esta não é uma conclusão adequada.

A nosso sentir, o novo requisito de admissibilidade do agravo de instrumento, qual seja a lesão grave e de difícil reparação, veio sobremaneira diferenciá-lo do agravo retido quanto aos efeitos em que é recebido. A razão é muito simples: para a admissão do agravo de instrumento é imprescindível a lesão grave e de difícil reparação. Para a concessão de efeito suspensivo também. Desta sorte, conjugando a regra do *caput* do art. 522 com a do art. 558, temos que o mesmo pressuposto que serve para a concessão de efeito suspensivo é o que autoriza o processamento do agravo pela forma instrumental.

Noutras palavras: sendo admitido o agravo, isto é, reconhecido pelo relator que existe perigo de lesão grave e de difícil reparação, torna-se incoerente negar-lhe efeito suspensivo, cujo requisito é exatamente o mesmo. Caso se almeje negar o efeito suspensivo, ao fundamento de que não há lesão grave e de difícil reparação, o agravo pela forma instrumental não poderá ter seguimento, posto que conforme dito alhures é obrigação do relator convertê-lo para a forma retida nesta hipótese.

Em suma: o relator constata a presença de lesão grave e de difícil reparação, e com isso admite o agravo por instrumento e lhe concede efeito suspensivo, ou converte o agravo para a modalidade de retenção, caso entenda que o perigo daquela lesão não exista.

Vale notar que este raciocínio é cabível somente para os casos gerais de agravo de instrumento, quais sejam os que dependam de lesão grave e de difícil reparação. Excluídos estão, obviamente, aqueles cuja adequação se faça por outro tipo de decisão, como a inadmissão da apelação, efeitos em que é recebida, solução da liquidação de sentença etc.

Todavia existem casos, pouco prováveis afirme-se, que o relator não estaria obrigado a conceder o efeito suspensivo. São eles: a) falta de requerimento do agravante para a concessão do efeito suspensivo; b) ausência de fundamentação relevante do agravo. Neste último caso defendemos que o rigorismo na análise da relevância da fundamentação deve ser mitigado, uma vez que se é patente o peri-

³⁰ Art. 558. 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.

go de lesão grave, revela-se conveniente que o relator suspenda os efeitos da decisão até que se solucione a controvérsia recursal, até mesmo para que o recurso seja útil.³¹

3.7 A quase extinção dos agravos interno e regimental

A mudança derradeira da Lei n.º 11.187/2005 foi quanto ao parágrafo único do art. 527 do CPC. “Na resposta, o agravado observará o disposto no § 2º do art. 525” era a redação anterior. Como esta regra foi incorporada à redação do inciso II do art. 527, referido parágrafo inovou completamente. A redação atual é: “A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do *caput* deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar.”

Este dispositivo tem sido alvo de artilharia pesada.

Em primeiro lugar por ser parcialmente incoerente, haja vista que estabelece a possibilidade de reforma no momento do julgamento do agravo para o caso do inciso II do art. 527 (conversão da modalidade do agravo). Ora, o julgamento do agravo retido convertido, pelo tribunal, se dá em preliminar de apelação. Então, de quê vale reconsiderar a decisão de conversão em sede de apelação? Nada. É inócuo. Não há qualquer lógica. Sequer há, como ressaltou Fabiano Carvalho³², maneira viável de se aplicar os brocardos “prefira-se a inteligência do texto que torne viável o seu objetivo, em vez da que os reduza à inutilidade” e “deve-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia”.

A mesma interpretação se confere aos casos do inciso III do art. 527 (concessão de efeito suspensivo e ativo). Se a decisão quanto à suspensão da decisão é modificada somente no julgamento do agravo não há qualquer utilidade, porque a decisão deste sempre substituirá a proferida pelo juiz de primeiro grau. Quanto à antecipação de tutela recursal idem. O julgamento do mérito do recurso tem o poder de revogar uma decisão liminar que foi dada em juízo sumário de cognição.

Destarte, temos que é totalmente desnecessária a previsão de que a decisão poderá ser reformada quando do julgamento do recurso, porquanto se trata de providência lógica³³. Frente a isso, melhor seria se o legislador optasse por uma redação mais breve e sem incoerências, por exemplo: “das decisões do relator cabe somente pedido de reconsideração”.

Em segundo lugar porque reza que a decisão é passível de reforma por reconsideração do relator, mas nada fala sobre como se faria tal reconsideração.

Em terceiro e último lugar por ter quase extinto a utilização dos agravos interno e regimental para atacar as decisões monocráticas do relator. O impedimento do uso daqueles recursos tem gerado repercussões ruins, ante a gravidade de uma decisão, por exemplo, que antecipa os efeitos da tutela. Tem-se argüido,

³¹ Abordamos o assunto com maior profundidade em artigo intitulado Admissão e efeito suspensivo do agravo de instrumento por lesão grave e de difícil reparação, publicado na Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Patos de Minas Jurisvox, ano 7, n. 7, set. 2006. O artigo também se encontra disponível nos sites <<http://www.juristas.com.br/revista/coluna.jsp?idColuna=1910>> e <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8755>>.

³² CARVALHO, Fabiano. Problemas da conversão do agravo de instrumento em agravo retido e inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 527 do CPC. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Processo e constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 976.

³³ A crítica ao dispositivo é feita com amplitude e propriedade por Antônio Cláudio da Costa Machado, op. cit., p. 898/899.

por isso, a inconstitucionalidade do dispositivo. Eduardo Talamini³⁴ pensa assim:

Em qualquer caso, a atuação isolada do integrante do tribunal submete-se a uma condicionante para que seja compatível com a Constituição. Terá de existir – sob pena de inconstitucionalidade – mecanismo que permita a conferência, por parte do órgão colegiado, do correto desempenho da atividade delegada. As partes necessariamente terão de dispor de um instrumento que lhes permita levar as decisões individuais do relator ao órgão colegiado. Essa é a forma de verificar se o relator correspondeu, na prática do ato que lhe foi delegado, ao pretendido pelo órgão colegiado.

Não vemos motivos para discordar. A supressão da possibilidade de se recorrer de uma decisão que antecipa os efeitos da tutela parece inconcebível. Com isto seriam prestigiadas eventuais arbitrariedades e mitigar-se-ia, sobremodo, o direito sagrado à ampla defesa, assegurado pelo artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal. Ademais, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que preconiza a não exclusão de apreciação, pelo Judiciário, de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inc. XXXV, CF/88) também restaria fulminado. Impulsionados por tamanha celeuma, muitos³⁵ tem cogitado a ressurreição do mandado de segurança contra ato judicial, cuja extinção foi um dos maiores objetivos da reforma de 1995. Estaríamos, de certo modo e conseqüentemente, andando em círculos. Lamentável.

Forçoso salientar que o agravo regimental, que guarda grande semelhança com o agravo interno, também restou afetado pela proibição do parágrafo único do art. 527 do CPC. O agravo regimental é o cabível contra decisões proferidas pelo relator singularmente, e encontra previsão nos regimentos internos dos tribunais pátrios (daí sua nomenclatura).

Dessa forma, como os regimentos internos dos tribunais não podem contrariar a legislação federal (art. 96, inc. I, “a” da Constituição Federal), vislumbra-se sua tácita derrogação quanto à permissão de recursos sobre as decisões do relator cujo conteúdo equivalha aos incisos II e III do art. 527 do CPC. Inferese, dessarte, que o agravo interno teve sua utilidade bastante minimizada, hoje restrita aos casos do § 1º do art. 557.

4. CONCLUSÕES

A partir do estudo realizado é possível se inferir que houve mudanças extremamente significativas no recurso de agravo do processo civil brasileiro. Não quer dizer, inobstante, que esta significância tenha sido totalmente positiva.

É certo que, por muitos, têm sido os recursos vistos como os grandes

³⁴ TALAMINI, Eduardo. Decisões Individualmente Proferidas por Integrantes dos Tribunais: Legitimidade e Controle (Agravo Interno). In: JÚNIOR, Nelson Nery e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 10.352/2001. São Paulo: RT, 2002. p. 281.

³⁵ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. O novo regime do agravo de instrumento (Lei 11.187, de 19.10.2005). Revista de processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 31, n. 134, p. 118, abr 2006; CÂMARA, Alexandre Freitas. op. cit., 2006, p. 103; CARVALHO, Fabiano. op. cit. p. 979/980; CARNEIRO, Athos Gusmão. op. cit. p. 22; PUOLI, José Carlos Baptista. Breves considerações sobre o recurso de agravo em vista das inovações trazidas pela Lei 11.187/2005. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Processo e constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1049; MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. op. cit. p. 899/900; NOGUEIRA, Antonio de Pádua Ferraz. Questões controvertidas de processo civil e de direito material. São Paulo: RT, 2001, p. 72.

inimigos da celeridade processual. Tal pensamento impulsiona, sobremaneira, o movimento legislativo reformador, que com a edição da Lei Federal n.º 11.187/2005 conseguirá restringir, ao menos em tese, o grande volume de recursos nos tribunais brasileiros.

Vê-se positividade neste espírito. Reduzir o número de processos tramitando nos tribunais é uma maneira indireta de aumentar a potencialidade de se aplicar justiça nas decisões, tornando-as mais acendradas, considerado o maior tempo para apreciação das pendengas. É uma questão de lógica: quanto mais tempo para julgar, melhor será o julgamento.

Na mesma linha, percebe-se evolução ao se colocar o agravo retido como regra geral. O magistrado de primeira instância conta com visão privilegiada acerca dos fatos e circunstâncias do processo, por vivenciar diariamente a realidade da comarca. Elementos importantes que levam à formação de uma convicção, que só o juiz singular tem acesso, são imprescindíveis para que os provimentos jurisdicionais não se tornem aplicação fria da Lei e não se distanciem de seu escopo essencial: fazer justiça. Com efeito, priorizando-se o agravo por retenção, as decisões do juízo monocrático possuirão maior força, prestigiando assim o contato direto entre o Estado-juiz e o jurisdicionado.

Noutro norte, involuções também sobrevieram com a entrada em vigor da Lei n.º 11.187/2005. Na ânsia de cumprir o desiderato de promover maior celeridade ao processo, iniciou-se uma temerária caminhada na direção da extinção, ou mitigação desmedida, de garantias e meios de defesa de suma importância, como o caso do agravo interno. Extremamente pertinentes, pois, as palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier³⁶:

[...] é preciso ter-se em mente que qualquer alteração da lei, de entendimento jurisprudencial ou edição de súmula que tenha por propósito única e exclusivamente diminuir a carga de trabalho dos tribunais, sejam eles quais forem, não é, por si só, legítima: ou seja, exclusivamente por que só têm esta finalidade, como finalidade única, são ilegítimas”.

Importante ressaltar que o recurso, como causa de atraso e retardamento do processo, não é responsável pela lentidão do Judiciário. O uso indiscriminado deste, em expedientes protelatórios, é que prejudica o brilho do instituto. Entendemos, pois, equivocada a interpretação de que o sistema recursal é responsável pela morosidade judiciária. Utilizados com parcimônia e ponderação, os recursos atendem somente à sua função precípua: autêntico controle da atividade jurisdicional.

Destarte, em nosso ponto de vista, melhor seria reforçar o sistema de aplicação da litigância de má-fé, reformando-se as disposições praticamente inócuas do art. 18 do Código de Processo Civil, como modo de coibir o abuso de direito. Coragem e austeridade dos julgadores são igualmente necessárias.

Sem embargo, temos que a adoção de conceitos genéricos e subjetivos como “lesão grave e de difícil reparação” podem, em verdade, se tornar uma faca de dois gumes. De uma banda aumenta-se o campo de aplicação da norma, tornando possível que ela atinja casos que o legislador não tenha previsto. De outra, pode tornar sem efeito a intenção reformadora, fazendo-nos duvidar da

³⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Restrições indevidas ao direito de recorrer. Revista de Processo. São Paulo, v. 130, dez 2005, p. 249.

real aplicação do agravo retido como regra e do agravo de instrumento como exceção.

Lamentavelmente, o que se percebe no Poder Judiciário é uma infraestrutura extremamente deficiente, que conta com baixíssimo orçamento, pouco número de servidores e julgadores, bem como número exacerbado de processos. Infelizmente, tenta-se solucionar o problema por via transversa, através da supressão de recursos e da possibilidade de revisão/discussão das decisões judiciais.

Frente o exposto, somente o tempo dirá a respeito dos reais benefícios, ou malefícios, oriundos das mudanças trazidas pela Lei 11.187/2005. Espera-se, logicamente, que os benefícios sejam maiores, para que o Direito Brasileiro caminhe na estrada do progresso e prosperidade. Contudo, mudanças na lei, por si só, não bastam.

É imperioso que os operadores do Direito façam valer o espírito da legislação. Somente assim estaremos no caminho certo daquela estrada. A ética deve ser uma guia. A busca pela Justiça uma motivação. O alcance dela, o destino. Afinal, é assim que os integrantes e colaboradores do Poder Judiciário serão capazes de contribuir para o exercício legítimo deste poder estatal.

Lembremos-nos, neste instante, da fábula do incêndio na floresta, onde o beija-flor, sozinho, enquanto os outros animais se abrigavam, ia até o mar para pegar água e tentar apagar o incêndio. Indagado pelo leão sobre o porquê daquela atitude, haja vista que sozinho não conseguiria apagar o fogaréu, respondeu o beija-flor: estou fazendo a minha parte. Façamos a nossa, porque a vida de nossa floresta depende dela.

5. ABSTRACT

This article intends to analyze, in a general manner, the repercussions of Federal Law n.º 11.187/2005, that modified the discipline of the appeal of interlocutory decisions in the Brazilian civil procedure, called "agravo". It's a study about the new rules that guides that appeal, aiming to detach the main points of the new legislation, evaluating its effectiveness. Are still detached controversial aspects that had appeared, maybe, in the wrong direction of some objectives of the legislative reform, such as to speed up the judicial process and to reduce the number of appeals in the courts. The work, made by bibliographical revision, finishes with personal conclusions about the alterations promoted by the Law n.º 11.187/2005.

Key-words: Brazilian civil procedure. Appeal. "Agravo". Law n.º 11.187/2005.

6. REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 10. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. v. II.

_____. Lições de direito processual civil. 12. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. II.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Do recurso de agravo ante a Lei 11.187/2005. Revista jurídica. Porto Alegre, ano 54, n. 339, p. 11-22, jan. 2006.

CARVALHO, Fabiano. Problemas da conversão do agravo de instrumento em agravo retido e inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 527 do CPC. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Processo e constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 970-981.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

COUTURE, Eduardo J. Interpretação das leis processuais. Tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. O novo regime do agravo de instrumento (Lei 11.187, de 19.10.2005). Revista de processo. São Paulo, ano 31, n. 134, p. 110-121, abr 2006.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 5. ed. rev. atual. Barueri, SP: Manole, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

NADER, Paulo. Introdução ao estudo do Direito. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NOGUEIRA, Antonio de Pádua Ferraz. Questões controvertidas de processo civil e de direito material. São Paulo: RT, 2001.

NUNES, Dierle José Coelho. Primeiros comentários à Lei 11.187, de 19.10.2005, que altera a sistemática do recurso de agravo, e à aplicação da cláusula geral lesão grave e de difícil reparação do novo art. 522 do CPC. Revista de processo. São Paulo, ano 31, n. 134, p. 63-74, abr. 2006.

PUOLI, José Carlos Baptista. Breves considerações sobre o recurso de agravo em vista das inovações trazidas pela Lei 11.187/2005. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Processo e constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1043-1049.

PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TALAMINI, Eduardo. Decisões Individualmente Proferidas por Integrantes dos Tribunais: Legitimidade e Controle (Agravo Interno). In: JÚNIOR, Nelson Nery e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 10.352/2001. São Paulo: RT, 2002.

THEORODO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. I.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC Brasileiro. 3. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Restrições indevidas ao direito de recorrer. Revista de processo. São Paulo, ano 30, n. 130, dez. 2005.



O EXCESSO DE FORMALISMO PROCESSUAL E SEUS REFLEXOS NEGATIVOS NA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

Leone Trida Senel

Resumo:

Os presentes apontamentos destinam-se ao estudo da *forma* no direito processual, notadamente do necessário equilíbrio e boa técnica que devem nortear a sua utilização, ressaltando seu caráter instrumental para não transformá-la em um fim em si mesma, evitando-se, assim, prejuízos à efetividade da prestação da tutela jurisdicional no campo da celeridade e da distribuição da justiça.

Palavras-chave: Forma. Excesso. Formalismo. Instrumentalidade. Justiça.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. A boa forma – 3. Princípios norteadores da utilização da forma processual – 4. O excesso de formalismo – 4.1 Conseqüências – 4.2 Causas – 5. Casos de apego e de desapego à forma – 6. A inconstitucionalidade do excesso de forma – 7. Considerações finais – 8. *Abstract* – 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Falar sobre forma é, com efeito, adentrar em terreno instável, que ora se apresenta firme, ora movediço, haja vista as inúmeras divergências e desencontros existentes em torno do tema, notadamente no que tange às conseqüências da inobservância de certas formalidades.

Em Roma, desde tempos imemoriais, a forma assumia importância incomum. O rigor excessivo com que era conduzido o processo civil determinava obediência absoluta ao modelo traçado pelos juristas da época, os sacerdotes. Eloqüente é o célebre caso em que houve o perecimento do direito material, a perda da causa, porque o postulante disse *parreira*, quando o correto seria ter falado *árvore*².

No direito germânico, também reinava o culto sagrado ao processo e suas formalidades. Palavras solenes e sob a invocação dos deuses eram indispensáveis ao início de um procedimento.³

A prática medieval conservou o formalismo. Principalmente questões relativas às terras – único fator de produção de riquezas do período – como escrituras, concessões e outras relações jurídicas, eram cercadas de um rigor demasiado austero, tudo em prol, é claro, de seus detentores, os príncipes, nobres e sacerdotes.⁴

¹ Advogado. Mestre em Direito. Especialista em Direito Empresarial. Professor da disciplina Fundamentos do Direito, na Universidade de Uberaba – UNIUBE.

² Cf. ARAGÃO, Ergas Dirceu Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, v. II, p. 8.

³ Cf. GOLDSCHMIDT, Derecho processual civil. Apud ARAGÃO, op. cit. p. 8.

⁴ MIRANDA, Pontes. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001, Tomo III, p. 45.

Com o florescimento do mercantilismo, que exigia mais agilidade para o trato com os bens móveis, a exemplo dos títulos de crédito e ações, muito simples em forma, deu-se início ao declínio das formalidades solenes e pomposas. “Isso não quer dizer que não persistam, impedindo ou, pelo menos, dificultando o ritmo da vida, as formalidades anacrônicas, não raro subpostas às formas novas de negociabilidade e de mobilização.”⁵

Assim, não obstante a dificuldade natural de trato com a questão da formalidade, que vem de longa data, entendemos indispensável enfrentá-la, para trazermos a lume uma realidade observada nos Juízos e Tribunais brasileiros, naquilo que continua afligindo nossa prática jurídica, o apego à forma.

2. A BOA FORMA

Para iniciarmos nossa tarefa, faz-se necessário, antes, enaltecermos a imprescindibilidade da forma – da boa forma – no direito, especialmente, no processo civil.

Lato sensu, forma designa o contorno, a moldura de uma substancia. Nessa linha, Carnelutti ensina que “forma quer dizer a parte externa de um ser, à maneira de um vaso ou de um molde em que se contém a essência”⁶. Os romanos já pregavam: *forma dat esse rei* (a forma dá existência à coisa).

Em sentido estrito, ou melhor, no direito adjetivo, forma designa “as condições de tempo, lugar e modo de praticarem-se e exprimirem-se os atos processuais”.⁷ Através desse preciso conceito de Chiovenda, percebe-se, de plano, que a forma é instrumento utilíssimo para o desenvolvimento do processo. Ainda na lição do mestre Italiano, “a experiência tem demonstrado que as formas são necessárias, e ainda muito mais em juízo do que em qualquer outra relação social; sua ausência conduziria à desordem, à confusão e à incerteza”⁸. Calmon de Passos, valendo-se dos ensinamentos de Ihering vai além, lembrando “a comprovação histórica de uma recíproca dependência entre forma e a liberdade e de um paralelismo entre o desenvolvimento de ambos; os períodos de maior florescimento de liberdade assinalam, também, o reinado do maior rigor da forma, que impede degenerar a liberdade em licença”.⁹ Na esteira desses luminares, Amaral Santos observa que “a experiência milenária ensina que a redução das formas aumenta à medida que crescem os poderes do juiz, o que quer dizer que é uma restrição da liberdade das partes”¹⁰.

3. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA UTILIZAÇÃO DA FORMA PROCESSUAL

Vigora em nosso ordenamento jurídico, a exemplo das melhores legislações alienígenas, o princípio da legalidade das formas, pelo qual “a falta absoluta de exigências legais, quanto às formas procedimentais, levaria à desordem, à

⁵ MIRANDA, op. cit., p. 45.

⁶ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, v. 2, p. 238.

⁷ CHIOVENDA, Instituições de direito processual civil. Traduzido por J. Guimarães Menegale. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. III, p. 3.

⁸ CHIOVENDA, op. cit., p. 4.

⁹ PASSOS. Apud SILVA, Ovídio A. Baptista e GOMES, Fábio Luiz. Teoria geral do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 217 e 218. Para ilustrar, Calmon de Passos cita o exemplo do Código de Procedimento da extinta União Soviética, com os seus 473 artigos e a ausência quase total de formas, denunciando a sobreposição do bem-estar econômico aos direitos da liberdade.

¹⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 2, p. 61.

confusão, à incerteza.”¹¹

Assim, não há como discordar do saudoso processualista paulista, quando assevera que “a forma, convenientemente regulamentada, o quanto possível simples, sem prejuízo da substância a que serve, essa é tão necessária quanto é o corpo à alma que nele se encerra.”¹²

Consoante observado, não há como desprezar a forma para os atos processuais. Pelo contrário, há de se reconhecê-la como algo de extrema importância.

Contudo, imperioso rememorar o que há muito parece esquecido em muitos Juízos e, notadamente, nos Tribunais brasileiros.

O processo é mero meio para realização de direitos e solução de conflitos, é um instrumento para a prestação da tutela jurisdicional e não um fim em si mesmo. Essa assertiva nos remete a um dos princípios fundamentais do processo civil, o da instrumentalidade das formas, segundo o qual, elas são consideradas válidas ou inválidas, conforme tenham ou não atingido sua finalidade. Em outras palavras, as formas são meros instrumentos para o atingimento de uma determinada finalidade. Se determinada forma não for observada ou for mal observada, mas se alcançou o fim colimado, o ato deverá ser aproveitado, não podendo ser inquinado de nulo.

A forma somente dever conferir nulidade ao ato processual quando absolutamente necessária para alcançar os escopos desejados pelo próprio ato. Se os fins do ato foram atingidos, apesar da inobservância da formalidade, não há que se falar em nulidade. Aliás, “mesmo a nulidade absoluta não deve ser declarada quando o resultado perseguido foi alcançado.”¹³

Nas palavras de Antônio Cláudio da Costa Machado, por este princípio, “consideram-se válidos os atos que, apesar de praticados em desconformidade com o modelo legal, alcançam a finalidade para a qual foram criados.”¹⁴ Imperioso notar, pois, que a utilização da forma deve ser guiada por critérios racionais, repudiando-se sua supervalorização, como se ela fosse um fim em si mesma.

O princípio em foco está contido no art. 154 do CPC, onde se lê: “quando a lei prescrever determinada forma, sem a cominação de nulidade, o juiz considera válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.”

Quanto a este dispositivo, leciona Pontes de Miranda:

A parte final do art. 154 supõe que a lei haja exigido determinada forma para os atos ou termos processuais, ou para algum deles, ou alguns, mas – a despeito de tal exigência expressa – afasta a incidência da regra jurídica cogente, de que pode resultar inexistência, invalidade ou ineficácia do ato ou do termo, se o que foi feito preencha a finalidade essencial. Por exemplo: faltou rubrica do escrivão na página, mas nenhuma parte ou interessado alegou e o termo foi atendido e produziu os efeitos que dele se esperavam.¹⁵

Idêntico postulado – instrumentalidade das formas – encontra-se no art. 244 do mesmo código: “os atos e termos processuais não dependem de forma senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realiza-

¹¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINARMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 321.

¹² MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Código de Processo Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 4. ed. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 306.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. São Paulo: Malheiros editores, 1996, p. 65.

¹⁴ SANTOS, op. cit., p. 67.

¹⁵ MIRANDA, op. cit., p. 46.

dos de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.” Completando a disciplina da instrumentalidade, temos os §§ 1º e 2º do art. 249 do CPC.

Sálvio de Figueiredo, ao tratar da forma dos atos processuais, além do princípio da instrumentalidade, faz referência também o princípio da publicidade, elevando-o a verdadeira garantia constitucional, que permite aos jurisdicionados ter ciência do que ocorre em determinado processo e, aos cidadãos em geral, conhecer o dia-a-dia do Judiciário.¹⁶

Há de se lembrar, por oportuno, outro princípio, o da economia processual, umbilicalmente ligado ao da instrumentalidade das formas. Esse princípio preconiza “o máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais.”¹⁷ Deve-se ter em vista, assim, a melhor relação custo/benefício na utilização das formas processuais.

O princípio da economia processual tem como corolários dois outros princípios. O do aproveitamento dos atos processuais e da renovação dos atos processuais (ver art. 250 do CPC), pelos quais o vício de forma determina a anulação tão somente dos atos não passíveis de aproveitamento, renovando-se os atos que se fizerem necessários.

Não podemos olvidar a pertinente advertência de Arruda Alvim, quando ensina que a aplicação do princípio econômico “deve respeitar sempre a incolumidade do direito à ação e à defesa e, pois, em *ultima ratio*, do direito material que, eventualmente, esteja subjacente.”¹⁸ Dando seqüência ao seu raciocínio, Alvim completa: “veja-se, como exemplos de dispositivos em que se reflete o princípio citado, as regras do art. 125, II; simplicidade, que leva à rapidez na forma dos atos processuais, art. 154; no campo das nulidades, com reflexos benéficos na economia, arts. 243, 244, 245, 249, §§ 1º e 2º”¹⁹.

Outro princípio que deve dirigir a utilização da forma, apesar de não ser específico do direito processual, e por tal motivo não citado pelos doutrinadores especializados, é o da razoabilidade, que se constitui “em um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça.”²⁰

Também, por seu cunho principiológico, impende transcrevermos o art. 5º da LICC. “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Nesse passo, adverte com propriedade o Prof. Jurandir Sebastião, que “o mundo moderno exige que o juiz fique atento às exigências do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil”²¹ que, por óbvio, orientam às formalidades legais.

Em relação a todos os princípios mencionados, Liebman bem consegue sintetizar o espírito neles contido, quando brilhantemente doutrina que “as formas são necessárias, mas o formalismo é uma deformação.”²²

¹⁶ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Prazos e nulidades em processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 14 e 15.

¹⁷ CINTRA, GRINOVER e DINARMARCO, op. cit., p. 72, nota 11.

¹⁸ ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil. 7.ed. São Paulo: RT, 2001, v. 1, p. 29.

¹⁹ ALVIM, op.cit., p. 29 e 30, nota 19.

²⁰ TÁCITO, Caio. A razoabilidade das leis. Revista de Direito Administrativo nº 204. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 204, apud QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati. Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 37.

²¹ SEBASTIÃO, Jurandir. O Poder Judiciário do Futuro: o primeiro passo. I Concurso de monografias do TJMG. Textos vencedores de 1999, p. 100.

²² LIEBMAN, Enrico Túlio. Manual de direito processual civil. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 258.

4. O EXCESSO DE FORMALISMO

4.1 Conseqüências

Diante desses relevantes princípios, que tão bem informam o nosso ordenamento adjetivo, no que tange à correta utilização da formalidade, não há como entender, muito menos concordar com determinada prática observada no proceder de certos juízes de 1º grau, e, sobretudo, em alguns magistrados dos colégios recursais. Estamos nos referindo ao condenável excesso de formalismo, que chega as raíais de verdadeiro culto à *forma*.

A esse exagero, tem sido imputada grande parcela de culpa pela morosidade do Poder Judiciário²³. Apegados a formalismos de insignificante importância e destituídos de qualquer propósito, muitos magistrados acabam por obstaculizar o acesso ao judiciário, no nascedouro ou mesmo no regular desenvolvimento do processo, o que provoca o inconformismo da parte, que, por sua vez, acaba se materializando em recursos e mais recursos.

Recente pesquisa realizada pelo Banco Mundial e publicada pela revista *Veja*, concluiu o que, infelizmente, não é nenhuma surpresa, ou seja, que o Judiciário Brasileiro é um poço de morosidade e ineficiência. Com base no critério do tempo médio de duração de um processo para recebimento de uma dívida, que no nosso caso é de 380 dias em média, o Judiciário Brasileiro foi classificado como a 30ª justiça mais lenta do mundo.²⁴

No que pertine, ainda, à morosidade, é importante ter presente que há outros fatores aos quais se atribui parcela da culpa. Para Sepúlveda Pertence, “além do excesso de formalismo, o custo exagerado e o conseqüente distanciamento do povo – além da deficiência de estrutura judiciária e do número de juízes – são as principais causas da lentidão do Judiciário Brasileiro”.²⁵

Se for certo que essas também são causas da morosidade, notadamente a parca estrutura judiciária e o pequeno número de julgadores, mais certo seria que houvesse um esforço, principalmente no aspecto do tempo dedicado ao trabalho, para, ao menos, minimizar o problema.

Contudo, algumas evidências parecem desmentir que o Poder Judiciário padece de qualquer mazela no campo da celeridade e eficiência. Aliás, pelo contrário, parecem atestar que este Poder navega em “céu de brigadeiro”. Uma delas refere-se ao calendário de feriados. O Tribunal de Justiça Mineiro, por exemplo, além dos feriados nacionais e locais, que já são em número bastante pródigo, baixou, por resolução,²⁶ mais 08 dias sem expediente forense para o ano de 2006, a saber: 12 e 13 de abril (quarta e quinta feira da semana santa), 16 de junho (emenda do feriado de 15 de junho – *Corpus Christi*), 14 de agosto (emenda do feriado de 15 de agosto – Assunção de N. Senhora), 8 de setembro (emenda do feriado de 7 de setembro – Independência do Brasil), 13 de outubro (emenda

²³ Sepúlveda Pertence, em entrevista a revista *Consultor Jurídico*, confirma essa assertiva.

²⁴ ALCÂNTARA, Euripedes, SILVA, Chrystiane. O Brasil entre os piores do mundo. *Revista Veja*, p. 72, nº 1838 de 28 de jan. 2004.

²⁵ A revista *Exame* veiculou informação de que, no mínimo, não se coaduna com o quase unânime entendimento de que boa parte da culpa pela lentidão do judiciário é a falta de estrutura, de recursos. Na seção *Leis & Negócios*, consta que “445 milhões de reais foi a média de gastos da Justiça de cada Estado em 2005 – o equivalente a 5% dos orçamentos estaduais. Nos Estados Unidos a Justiça representa, em média, 1,2% dos gastos estaduais e na Alemanha 0,7%. Jairo Saddi, coordenador do Curso de Direito do Ibmecc, afirma que é preciso acabar com o mito de que não há recursos para a Justiça. ‘O que não há é eficiência dos gastos públicos’, diz ele.” PINHO, Débora. 445 milhões de reais. *Revista Exame*. São Paulo. Edição 863. 15 de mar. 2006, p. 49.

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Resolução nº 500 de 27 de março de 2006. Define o calendário de feriados no Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais para o ano de 2006.

do feriado de 12 de outubro – N. Senhora Aparecida), 03 de novembro (Dia do Funcionário Público) e finalmente, dia 08 de dezembro (Dia de Justiça).

Não bastasse essa conseqüência vil, que é a morosidade, o formalismo excessivo provoca um outro grave problema: torna, amiúde, a Justiça injusta.

Tendo nas mãos um grande poder sobre os destinos da pessoa que busca a prestação da tutela jurisdicional, seja em sua liberdade, patrimônio e mesmo em sua honra, alguns juízes demonstram desconhecer quão deletério é tal poder, quando mal aplicado. Em razão de meros lapsos, insignificantes erros de forma, decidem esses magistrados ceifar, de maneira irreparável, toda sorte de direitos, alguns deles representando, inclusive, questões de vida ou morte. Parecem olvidar que os advogados, assim como eles próprios, são seres humanos, e, portanto, estão inexoravelmente sujeitos a equívocos.

A propósito de seres humanos, cumpre transcrevermos o escólio de um ex-magistrado, que sabe bem o que significa justiça humanizada, justiça justa. João Batista Herkenhoff, livre docente da Universidade Federal do Espírito Santo, muito bem representa a maioria dos juizes, abnegados, dedicados, corajosos, que dignificam seu difícil e imperioso mister, aos quais rendo minhas sinceras homenagens.

O resgate do humanismo não depende só das Leis e dos Códigos.

Depende dos operadores da Justiça – juízes, promotores, advogados, serventuários.

Depende das partes, dos cidadãos em geral, que devem crescer na consciência de sua dignidade e de seus direitos – um longo caminho histórico a ser trilhado por um povo.

Depende de uma mudança de concepção no próprio cerne do Direito Processual. Sim, o Direito Processual não é um direito adjetivo, um Direito acessório. É um direito que assegura garantias fundamentais da pessoa humana. Mas o Direito Processual, como todos os ramos do Direito, não tem uma autonomia axiológica (isto é, uma autonomia de valor). O Direito, na sua integralidade, na sua globalidade e na sua transcendência deve servir à pessoa humana, à dignidade humana.²⁷

4.2 Causas

Se não é difícil concluir que o exacerbado uso da forma caminha de encontro à efetividade do Judiciário e da busca pelo excelso valor da justiça, por que ainda vemos, cotidianamente, tanto apego à formalidade por parte de alguns dos responsáveis pela distribuição da tutela jurisdicional?

Rodrigo Haidar e Vicente Dianezi, editor e correspondente, respectivamente, da revista *Consultor Jurídico*, atestam que, em razão do elevado número de processos acumulados nos Juízos e Tribunais, usa-se o formalismo como artifício para “baixar o estoque.”²⁸

Se corretos os jornalistas – e infelizmente tudo indica que estão – ter-se-iam dois absurdos.

Primeiro é que o veneno responsável pelo mal do doente²⁹, o apego à forma, é também o remédio utilizado para a cura.

²⁷ HERKENHOFF, João Baptista. O direito processual e o resgate do humanismo. Rio de Janeiro: Thex Ed., 1997, p. 151.

²⁸ Cf. HAIDAR, Rodrigo e DIANEZI, Vicente. Na forma da lei: excesso de formalismo torna a justiça injusta. 27 de abril de 2005. Disponível em: < <http://www.consultorjuridico.com.br> >. Acesso em: 26 de agosto de 2006.

²⁹ Consoante dito acima, item 4.1, é o excesso de forma que responde por grande parcela de culpa pela morosidade do judiciário e, por conseqüência, pelo acúmulo de processos.

O segundo absurdo, que é o mais lamentável, reside no inacreditável fato de se tratar os conflitos dos jurisdicionados e, por óbvio, eles próprios, como meros números.

Parecem esquecer alguns juízes que, por trás daquela embalagem, que é o processo, existe um conteúdo, que diz respeito a questões, a conflitos que afligem e são de suma importância para seres humanos. Aliás, parecem não lembrar, também, que a razão da existência do Poder Judiciário e, por consequência, dos cargos que ocupam e da remuneração que recebem é a pacificação desses conflitos, e, portanto, os titulares dos direitos e deveres em jogo deveriam ser alvos do máximo de cuidado profissional, respeito e consideração.

Há, também, quem atribua a causa do excesso de formalismo ao fenômeno conhecido como “juizite”,³⁰ que, segundo o ex-Ministro do STF, Carlos Mário da Silva Velloso, “é a tendência de grande número de novos juízes (e *velhos também*)³¹ à prepotência, à arrogância, ao complexo de autoridade”³². Assim, decisões lastreadas no abuso de pífias formalidades “serviriam unicamente como meio de auto-afirmação do magistrado perante os advogados e as partes”³³.

5. CASOS DE APEGO E DESAPEGO

Os exemplos de extremismos jurídicos cometidos pelos cultores da forma, de maneira a elevar seu objeto de veneração muito acima dos interesses humanos que lhe são confiados, avolumam-se.

Comenta Fábio Luiz Gomes que, “realmente, não é raro depararmos, ainda hoje, com os processos anulados após uma longa tramitação, em decorrência da inobservância de formas muitas vezes irrelevantes.”³⁴

Levantamento realizado pela revista *Consultor Jurídico* mostra que, das 783 decisões publicadas no Diário da Justiça, em fevereiro de 2005, advindas das seis turmas do Superior Tribunal de Justiça sobre agravos regimental, aspectos formais levaram à rejeição de 62 recursos. Desse total, 13 não foram acolhidos por falta de cópia de decisão ou do acórdão, e outros 13 pela ausência de procuração ou assinatura do advogado. Todos esses vícios de forma poderiam ter sido sanados com uma simples medida: a intimação do advogado para sua regularização.³⁵

Para Mário Luiz Oliveira Costa, sócio do Dias e Souza Advogados Associados, “é muito mais razoável intimar o advogado a regularizar a situação e, somente se não for cumprida a intimação, o recurso deixa de ser conhecido, para

³⁰ A respeito do assunto, vale a pena transcrever o escólio do Vice-presidente do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, Luiz Ricardo Gomes Aranha, no espiritoso artigo intitulado “Juizite Crônica”: “Tornou-se crônica a doença. E as causas e sintomas guardam aspectos novos. Identificados pelo recorrente comportamento de só conversar com advogados através de funcionários de cartório ou então, com hora marcada, entre 1hh45 e 13h. Devem ser vírus mutantes altamente resistentes, resistem às OABs e Corregedorias, se bem que estas usam remédios de pouquíssima potência. A OAB também vacila, e eu compreendo, prejudicam-se advogados novos, homens e mulheres, especialmente mulheres, acovardados de nascença ou sob a desculpa de não prejudicar a causa. Segundo injustas e viperinas línguas, há jovens advogadas que conseguem, com graça e sorriso, eventualmente decote, ministrar medicamentos poderosos. A febre repelente ao menos se reduz, mas isto é outro assunto e nem sei se é verdade”.

³¹ A inserção da expressão e velhos também fica por conta e risco do autor deste artigo, porquanto é conhecimento público e notório.

³² VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Temas de direito público. São Paulo: Del Rey, 1997. p. 73.

³³ LIMA, Lucas Rister de Sousa. Questões novas e velhas sobre a morosidade processual. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br>> Acesso em: 28 de agosto de 2006.

³⁴ SILVA e GOMES, op. cit., p. 217.

³⁵ Cf. HAIDAR, Rodrigo e DIANEZI, Vicente. Na forma da lei: excesso de formalismo torna a justiça injusta. 27 de abril de 2005. Disponível em: <<http://www.consultorjuridico.com.br>>. Acesso em: 26 de agosto de 2006.

que a parte não seja injustamente prejudicada”. Ressalta o citado causídico que “apenas a intempestividade de recurso ou sua deserção não deveriam comportar regularização posterior”.³⁶

Quanto à questão de prazo, salta aos olhos o pernicioso excesso formal manifestado em decisão proferida no agravo de instrumento nº 479.019-9 MG, do Supremo Tribunal Federal. A parte agravante havia interposto recurso extraordinário, o qual foi julgado extemporâneo, sob o seguinte fundamento: “O recurso foi protocolado no dia 03.01.2002 (f. 163) e o acórdão proferido nos embargos de declaração foi publicado somente em 10.01.2002 (f. 162). Conforme o entendimento predominante desta corte, o prazo para recorrer somente começa a fluir após a publicação de decisão no órgão oficial (RE 86.936, RTJ 88/1012).” Nesse caso, o brilhante Ministro Sepúlveda Pertence, que funcionou como relator, *data venia*, não fez jus ao seu incomum saber jurídico, nem ao seu hipertrofiado senso de justiça.

Cândido Rangel Dinamarco leciona que “a perspectiva instrumentalista do processo é teleológica por definição e o método teleológico conduz invariavelmente à visão do processo como instrumento predisposto à realização de objetivos eleitos.”³⁷ Aplicando ao Agravo em apreço a lição de Dinamarco, que bem traduz o espírito do princípio da instrumentalidade das formas, devemos perguntar: qual o escopo das normas que disciplinam a questão dos prazos no processo? (arts. 177/192 do CPC). Como resposta, salvo melhor juízo, tem-se que a finalidade precípua daquilo que podemos chamar *instituto do prazo*³⁸ é estabelecer um limite temporal para que a coisa julgada possa perenizar a prestação jurisdiccional.

Com a propositura do recurso antes do prazo previsto para sua fluência, não há como negar que a finalidade principal da norma foi atingida, isto é, o inconformismo relativo à decisão judicial foi manifestado antes – muito antes, aliás – que se perpetuasse a decisão. Não se ter aguardado a publicação não implica qualquer prejuízo ao processo, à igualdade das partes, muito menos prejuízo de ordem pública. Em suma, a finalidade desta formalidade está assentada na necessidade de se estabelecer um termo para a ultimação da tutela jurisdiccional, sendo o termo inicial do prazo mera questão acessória à forma prescrita. Esse entendimento, além de se apresentar como justo e razoável, está em perfeita consonância com um dos basilares princípios, informador dos prazos, o da celeridade.³⁹

Em outro caso, o Hospital das Clínicas de Porto Alegre esteve na iminência de falir, em razão do apego a detalhes formais. Em uma reclamação trabalhista coletiva que reivindicava diferenças salariais relativas ao IPC de julho de 1997 (Plano Bresser) e às URPs de abril e maio de 1988, o Hospital foi condenado a pagar um débito trabalhista de mais de 30 milhões de reais, o que foi confirmado pelo TRT da 4ª Região. Apesar de o STF ter pacificado a questão, entendendo não existir direitos adquiridos às mencionadas diferenças, todos os recursos

³⁶ Cf. HAIDAR, e DIANEZI, op. cit. Acesso em: 26 de agosto de 2006.

³⁷ DINARMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 150.

³⁸ Há núcleos de normas de mesma natureza, em virtude de uma mesma comunhão de fins, que se articulam em modelos que se denominam “institutos”. (BETIOLI, Antonio Bento. Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional. São Paulo: Letras & Letras, 9.ed. 2004, p. 278.

³⁹ Aclarando a questão, citem-se os princípios basilares que informam os prazos. “Os prazos são regidos sobretudo por dois princípios: da celeridade e da igualdade. Pelo primeiro, os prazos devem ser visto sob a ótica de que o processo deve encerrar-se o mais rápido possível, desde que não se prejudique a sua instrução. Pelo segundo, a lei não deve discriminar tratamento em relação às partes. Assim, para atos iguais, os prazos devem ser idênticos para as partes.” (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Prazos e nulidades em processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 19 e 20).

(Recurso de Revista e Embargos declaratórios) impetrados pelo Hospital para reverter a decisão junto ao TST foram extintos sem julgamento de mérito, sob o argumento de impossibilidade jurídica do pedido. Ocorre que, ao atacar a decisão por meio de ação rescisória, a defesa se referiu à sentença de primeira instância e não ao acórdão do TRT. Esse lapso formal não modificava em nada a mencionada rescisória, porquanto o acórdão confirmou integralmente a sentença, ou seja, era seu espelho.

Felizmente, porém, o STF soube perceber o extremismo técnico do TST, dando provimento ao agravo regimental em recurso extraordinário. (RE-AgR 395662/RS). O Ministro Gilmar Mendes, relator do acórdão, criticou veementemente o excesso cometido pelo TST, asseverando que ali estava configurada “uma manifestação extremada do formalismo que afeta a proteção judicial efetiva. Assegura-se a preservação de uma situação contrária ao entendimento completamente dominante nesta corte em nome do atendimento de uma exigência formal.”

Na esteira do voto de Gilmar Mendes, luzes outras parecem estar sendo lançadas sobre o escuro porão do apego à forma. O próprio TST, acima criticado, houve por bem afastar o rigor no preenchimento da guia de custas processuais, dando provimento ao Recurso de Revista nº 812/2002-341-02-00.4. Até então, o preenchimento equivocado do campo destinado ao Código da Receita Federal, na guia de recolhimento das custas processuais, havia determinado a extinção do processo por deserção.

Após sofrer condenação na primeira instância, a Caixa Econômica recorreu ao Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. O depósito recursal foi recolhido através de DARF (documento de arrecadação da receita federal). No campo destinado ao código da receita, constava o número “8168”, sendo que deveria estar inscrito outro, “8019”, conforme determinação da instrução normativa nº 30 do TST. As razões apresentadas pela CEF, baseadas no exacerbado formalismo, foram acatadas pelo TST. Para o ministro Emmanoel Pereira, apesar do número equivocado do Código da Receita, a guia de custas registrou o valor arbitrado à condenação presente na sentença, os nomes das partes, os dados do processo sem deixar qualquer dúvida de que o recolhimento efetuado se referia à causa. “Assim, a rigidez adotada pelo Tribunal Regional para não conhecer do recurso ordinário contraria o princípio da razoabilidade, pois, apesar de equivocado o preenchimento do Código da Receita, não se pode falar em deserção, considerando que foi atingida a finalidade de seu recolhimento”, considerou o relator.

Em outro caso eloqüente, o TST, mais uma vez, ultrapassou detalhes formais para alcançar o mérito. Em duas instâncias, médica paulista teve o pedido de licença-adoção, de 120 dias, negado, pois o advogado, em seu pedido, valeu-se da expressão *licença-maternidade*, ao invés de *licença-adoção*. Para o relator que reformou a decisão, juiz convocado Guilherme Caputo Bastos, “as partes devem postular de modo certo e determinado e que é vedada a alteração da causa de pedir, porém, não se pode eleger um fim em si mesmo no processo, deixando muitas vezes em segundo plano o próprio direito material”.

Outra decisão merecedora de elogios diz respeito a um problema que, há muito, aflige os advogados: a ausência de assinatura na peça recursal.

No STF, por oportunidade do julgamento do agravo regimental em agravo de instrumento, AI-AgR 519125 / SE, a segunda turma contrariou a decisão do ministro Joaquim Barbosa, que não havia recebido o recurso por causa da au-

sência da assinatura do advogado na peça. Vencida, também, a Ministra Ellen Gracie. Carlos Velloso, Celso de Mello e Gilmar Mendes resolveram superar a orientação jurisprudencial do STF em torno da questão⁴⁰. Reputaram-na “de modelo defensivo”. Salientaram que o advogado supriu prontamente a falta da assinatura e que não havia qualquer dúvida quanto à sua identificação, já que possuía procuração nos autos.

Também o Tribunal Mineiro, na pessoa da Desembargadora Maria Elza, soube rechaçar o que chamou de formalismo estéril, ao julgar a apelação cível nº 000.312.972-3/00. No caso em apreço, ação de alimentos proposta por menor, o juiz de 1º grau, houve por bem não conhecer o pedido, porquanto formulado ao longo da petição inicial, e não na parte dos pedidos, como manda a boa técnica. A Desembargadora, em decisão pedagógica, assim manifestou a sua indignação: “O juiz não deve se ater a formalidades estereis, pena de frustrar a concessão da prestação jurisdicional. Há muito, causa espanto e perplexidade, o apego exagerado à forma, que transforma o processo em fim e não meio, descurando acerca do direito material da parte”. Na esteira da preconizada humanização da justiça, fez anotar também, a nobre julgadora, que “o rigor formal que o magistrado *a quo* impôs a sua sentença, para não apreciar o pedido de alimentos, há que ser corrigido, para não se sacrificar a sobrevivência de crianças, ferindo, assim, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e o art. 227 da Constituição Federal.” Embasando seu lúcido voto, citou ainda os princípios da efetividade da prestação jurisdicional, instrumentalidade do processo, devido processo legal substantivo e proteção da criança e adolescente.

6. A INCONSTITUCIONALIDADE DO EXCESSO DE FORMA

Liebman já evidenciava que o processo adquire seu verdadeiro sentido quando identificado como aparato necessário para garantir a defesa dos direitos fundamentais do homem. Por isso chegou a afirmar que “o Código de Processo Civil não é outra coisa a não ser a lei regulamentar da garantia de justiça contida na Constituição.”⁴¹

Estão nas normas constitucionais as diretrizes da teoria geral do processo, principalmente no que tange ao direito de acesso à justiça (CF art. 5º, XXXV) e ao devido processo legal (CF art. 5º, LIV), motivo pelo qual se tem por imperioso que a índole constitucional perpassa a moderna processualística.⁴²

Ensina o Prof. Marinoni que “a temática do acesso à justiça, sem dúvida, está ligada à noção de justiça social. Podemos até dizer que o acesso à justiça é o ‘tema-ponte’ a interligar o processo civil com a justiça social”⁴³. Sob esse enfoque, resta inequívoco que o excesso de formalismo redundante em grave ofensa à Constituição. À medida que entrava a adequada tutela jurisdicional, impede, como vimos, a solução dos conflitos e, portanto, a própria distribuição da justiça. E a justiça, muito além de ser mero objeto de estudo dos filósofos, está estampada no

⁴⁰ Também no STJ, é pacífico que a ausência de assinatura na peça recursal é vício formal insanável. Em seu voto, AgRg no Resp nº 652.195 – CE, o Ministro Luiz Fux bem resume o infeliz entendimento desse excelso tribunal: “Não merece conhecimento o presente agravo regimental. Isto porque sedimentado o entendimento de que, nesta via excepcional, o recurso desprovido da assinatura de advogado regularmente constituído para parte recorrente importa em sua inexistência.” O Superior Tribunal de Justiça somente admite a regularização da falta de assinatura, quando o vício tiver sido cometido nas instâncias ordinárias.

⁴¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Diritto costituzionale e processo civile. Rivista diritto processuale, 1952, p. 328/329, apud, MARINONI, op. cit., p. 18.

⁴² Cf. MARINONI, op. cit., p. 18.

⁴³ MARINONI, op. cit., p. 18.

preâmbulo da Constituição como valor supremo a ser perseguido. “A justiça materializa-se no processo. Para atingir essa materialização há necessidade do processo tornar-se viável aos legítimos interesses dos postulantes. Somente uma justiça dirigida ao social pode veicular esse liame entre justiça e processo”⁴⁴.

A celeridade processual consagrada no princípio do *due process of law* (CF, art. 5º, LIV), bem assim no princípio da eficiência da administração pública (CF, art. 37, *caput*), também não se coaduna com o apego à forma. Pelo contrário, reclama mecanismos de desburocratização. Nesse sentido, salienta Alexandre de Moraes que a “EC nº 45/04 trouxe diversos mecanismos de celeridade, transparência e controle de qualidade da atividade do judiciário”⁴⁵. Mas adverte que “o sistema processual judiciário necessita de alterações infraconstitucionais, que privilegiem a solução dos conflitos, a distribuição de Justiça e maior segurança jurídica, afastando-se tecnicismos exagerados.”⁴⁶

Assim, amparando-nos em Couture, resta evidente “a existência de um processo contemplado na própria Constituição. Em seguida a lei deve instituir esse processo, ficando-lhe vedada qualquer forma que torne ilusória a garantia materializada na Constituição. Qualquer lei que burle esse propósito é inconstitucional”.⁴⁷ E qualquer interpretação da lei excessivamente formalista e, por isso, tendente a não observar esse propósito é indubitavelmente, também, inconstitucional.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estas despreziosas linhas deixam patente que, de há muito, a questão da *forma* no direito tem exigido equilíbrio dos pensadores, e principalmente dos seus operadores. Em sua célebre obra, Montesquieu já ressaltava a importância da formalidade da justiça para a conquista e a preservação da liberdade. Em sua genialidade, Montesquieu também advertiu, com veemência, sobre o grave risco do excesso de formalidades, que levaria à corrupção da própria finalidade para a qual foram criadas, ou seja, por-se-ia em risco a liberdade, além da segurança.⁴⁸

Alexy, citado por José Adércio Leite Sampaio, engrossando a fileira daqueles que perseguem a tutela final com relação à matéria, pondera que “...o

⁴⁴ ROSAS, Roberto. Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil. 3. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 23.

⁴⁵ MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 94.

⁴⁶ MORAES, op. cit. p. 94.

⁴⁷ COUTURE. Apud. BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 280.

⁴⁸ “As formalidades da justiça são necessárias para a liberdade. Mas o número delas poderia ser tão grande que iria de encontro à finalidade das mesmas leis que as teriam estabelecido: as questões não teriam fim; a propriedade dos bens ficaria incerta, dar-se-ia, sem exame, a uma das partes o bem da outra, ou se arruinariam todas as duas de tanto examinar. Os cidadãos perderiam suas liberdade e segurança: os acusadores não mais teriam meios para convencer, nem os acusados meios para justificar-se.” (MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. O espírito das leis. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 603).

⁴⁹ Importa lembrar que o próprio direito substantivo também não é mais do que um instrumento de pacificação da sociedade. Para Ihering: “deve-se, portanto, interpretar a norma levando em conta seus fins, esclarecendo que a norma jurídica não é um fim em si mesma, mas um meio a serviço de uma finalidade, que é a existência da sociedade.” (IHERING. Apud. DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 59). Assim também, Reale, que nos diz: “O direito é mais um instrumento de vida, do que finalidade de vida. Quando os romanos ensinavam que a Justiça é fundamentum regni, estavam, por certo, vendo um aspecto efetivo do problema, ou seja, o Direito como condição de vida, visando à realização de fins não jurídicos. Talvez a grandeza da Justiça consista exatamente no fato de ser fundamento para o desenvolvimento para as demais virtudes.” (REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 214).

indivíduo tem direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática (possibilidade concreta de eleger o que for permitido) tiver um peso maior que os princípios formais e materiais⁴⁹ opostos tomados em seu conjunto.”⁵⁰

Entre os *pensadores* do direito, portanto, desde Montesquieu até os dias de hoje, parece haver um consenso quanto ao necessário equilíbrio que deve orientar a utilização da forma. Já entre os *operadores* do direito, não se vê essa mesma harmonia de entendimento. É fora de dúvida que advogados, promotores e serventuários têm sido, também, responsáveis pelo estado deletério de coisas que envolvem a utilização da forma processual. Porém, é o magistrado que tem nas mãos o supremo poder sobre o bom e o mau uso da forma. Já ensinava o saudoso Prof. Edson Prata que “*cabará ao juiz, portanto, decidir a respeito da validade da forma. Se houver prejuízo, anulará o ato.*”⁵¹ Mas alertava o mestre: “*Entendendo que não houve prejuízo e que se alcançou o fim desejado, mandará prosseguir o feito, considerando bom e válido o ato inquinado de defeituoso.*”

Assim, não se quer aqui defender uma indulgência cega para com a violação da forma, até porque resta claro que tal postura tornaria sem eficácia os mandamentos da lei, ameaçando perigosamente a segurança e a ordem processual.⁵² Obviamente que as *formas* procedimentais previstas nas leis processuais têm por destino o *bom*, o *rápido* e o *seguro* desenvolvimento do *processo*, garantindo-se às partes litigantes a ampla defesa e o contraditório, ao mesmo tempo em que permite ao julgador a prolação de *decisão justa*, nos exatos limites dos interesses em conflito. Dessa forma, o *processo* estará cumprindo os princípios constitucionais, com vistas ao *devido processo legal*. Por essa visão é que o *processo* jamais deve se tornar um fim em si mesmo. O *apego* injustificável ao formalismo exagerado, nos casos de eventuais e irrelevantes distanciamentos da *forma* prevista, que em nada prejudicam os contendores, representa apenas *incapacidade* de julgar, ou *preguiça mental*, ou forma de se livrar do processo sem exame de mérito, data vênica.

O que se pretende demonstrar é que a superação de formalidades inócuas, além de permitida e estimulada pelo ordenamento jurídico pátrio, constitui verdadeiro dever subjetivo dos julgadores, para que tornem a tutela jurisdicional mais célere, mais justa, enfim, mais humana, valorizando o seu verdadeiro destinatário: o povo. Em arremate destes comentários, vale transcrever o insigne Tobias Barreto: “um país em que o povo não é tudo, o povo não é nada”.

8. Abstract

These analyses scope to study the form in Procedural Law, especially the necessary balance and thecnics that shall indicate its use, so as to its instrumental character does not turn into a task itself. This avoids losses to the effectiveness of judicial procedures and their results concerning time and justice distribution.

Key words: Form. Excess. Formalism. Instrumentality. Justice.

⁵⁰ ALEXY. Apud. SAMPAIO, José Adércio Leite. A constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 677.

⁵¹ PRATA, Edson. Processo de conhecimento. São Paulo: Universitária de Direito, 1989, v. 2, p. 577.

⁵² Cf. LIEBMAN, op. cit., p. 257.

9. REFERÊNCIAS

- ALCÂNTARA, Eurípedes, SILVA, Chrystiane. O Brasil entre os piores do mundo. *Revista Veja*, p. 72, nº 1838 de 28 de jan. 2004.
- ALEXY. Apud, SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. *Apontamentos de metodologia para a ciência e técnicas de redação científica*. 3.ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.
- ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 7.ed. São Paulo: RT, 2001, v. 1, p. 29
- ARAGÃO, Ergas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, v. II.
- ARANHA, Luiz Ricardo Gomes. *Juizite crônica*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>> Acesso em: 28 de agosto de 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 280.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Resolução nº 500 de 27 de março de 2006. Define o calendário de feriados no Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais para o ano de 2006.
- BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional*. São Paulo: Letras & Letras, 9.ed., 2004.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, v. 2.
- CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. Traduzido por J. Guimarães Menegale. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. III.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINARMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DINARMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- Haidar, Rodrigo e DIANEZI, Vicente. *Na forma da lei: excesso de formalismo torna a justiça injusta*. 27 de abril de 2005. Disponível em: < <http://www.consultorjuridico.com.br>>. Acesso em: 26 de agosto de 2006.
- HERKENHOFF, João Baptista. *O direito processual e o resgate do humanismo*. Rio de Janeiro: Thex Ed., 1997.
- LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- LIMA, Lucas Rister de Sousa. *Questões novas e velhas sobre a morosidade processual*. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br>> Acesso em: 28 de agosto de 2006.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil interpretado*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 4. ed. Barueri, SP: Manole, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros editores, 1996.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, Tomo III.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PINHO, Débora. 445 milhões de reais. *Revista Exame*. São Paulo. Edição 863. p. 49. 15 de mar. 2006.

PRATA, Edson. *Processo de conhecimento*. São Paulo: Universitária de Direito, 1989, v. 2.

QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati. *Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 2.

SEBASTIÃO, Jurandir. O Poder Judiciário do Futuro: o primeiro passo. I *Concurso de monografias do TJMG*. Textos vencedores de 1999.

SILVA, Ovídio A. Baptista e GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Prazos e nulidades em processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. São Paulo: Del Rey, 1997.

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO E ENVIO DE TRABALHOS

Texto em três vias com o(s) nome(s) e dados do(s) autor(es). Os artigos devem ser digitados com espaço simples entre linhas e gravado no *Word for Windows* versão 6.0 ou superior, e ter no máximo 30 páginas. O texto deve ser digitado em papel tamanho A4, com margens: superior e esquerda, 3 cm; direita e inferior, 2 cm. Tipo de letra: *Times New Roman*, tamanho 12. Citações diretas superiores a 3 linhas: tamanho 11, com recuo de 2,5 cm do alinhamento da margem esquerda. Notas de rodapé numérico-sequencial: tamanho 10.

As resenhas devem ter, no máximo, cinco páginas com o mesmo padrão de digitação dos artigos. Devem apresentar a referência completa da obra analisada, no início do trabalho.

ESTRUTURA DOS ARTIGOS:

Título: Claro e objetivo, na mesma língua do texto. **Nome(s) do(s) autor(es),** com titulação e vínculo institucional em notas de rodapé. **Resumo:** No caso de artigo, o autor deve apresentar resumo em português, indicando até cinco palavras-chave. Se possível, o resumo e as palavras-chave devem ser apresentados também em outra língua. **Sumário:** Discriminação numérica dos tópicos desenvolvidos.

Conteúdo do artigo: Introdução, desenvolvimento e conclusões, livres. Entretanto, em caso de divergência com a doutrina, com a jurisprudência ou com a legislação vigente, deve o autor fundamentar seu ponto de vista e sugerir a forma de seus aperfeiçoamentos.

Ilustrações (figuras, desenhos e gráficos): Se necessárias, devem ser apresentadas em preto e branco, confeccionadas eletronicamente, indicando o programa utilizado para a sua produção; as tabelas devem ser elaboradas no próprio *Word for Windows*. Devem ser indicadas e referenciadas de acordo com a NBR 6023/2002 e NBR 10520/2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Sistema numérico: Recomenda-se a utilização do sistema de chamada *numérico* (e, não, *autor-data*) para a indicação das citações ocorridas no texto.

Notas de rodapé (de referência ou explicativa): Devem estar de acordo com a NBR 10520/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Apresentam-se ao pé da página com caracter e espaço de entrelinhas menores do que os usados no texto. Cada nota deve iniciar em uma linha com o respectivo número de remissão em algarismo arábico, em numeração única e sequencial para todo o texto.

a) – **Notas de referência:** A primeira citação de uma obra, em nota de rodapé, deve ter sua referência completa. [Ex: SOUZA E SILVA, José Aparecido de (de acordo com o nome escolhido pelo autor e registrado em sua obra). *A Importância do Ensino Jurídico*. 3ª ed. Uberaba: Difusão Cultural, 2006, p. 346.]. As subsequentes citações da mesma obra podem ser referenciadas



de forma abreviada [ex: SOUZA E SILVA. Obra citada, p. 489.]. Se o autor não tiver “nome” registrado, nem for do conhecimento público, deve-se transcrevê-lo por inteiro.

b) – Notas explicativas: Servirão para considerações suplementares importantes ou para remeter o leitor a outras partes da obra e, também, para indicar informações obtidas por meio de canais informais ou documentos em fase de elaboração, ou, ainda, para identificar o autor, o vínculo profissional, endereços e auxílio recebido. As notas de referência servirão para indicar as fontes consultadas e indicadas nas citações. Tanto as notas explicativas como as de referência, além de aclarar melhor o texto, servirão, também, para facilitar o aprofundamento da pesquisa pelo leitor.

Referências: A relação de obras citadas ou consultadas, em ordem alfabética pelo nome dos autores, deve ser apresentada no final do artigo, de acordo com a NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

APRECIÇÃO PELO CONSELHO EDITORIAL

Os trabalhos serão avaliados pelo Conselho Editorial quanto ao mérito, relevância e oportunidade de publicação, considerando o perfil e a linha editorial da Revista, preservando-se o anonimato dos pareceristas. Os originais, quando não aprovados para publicação, não serão devolvidos. Os textos aprovados, mas que não se enquadrarem nos padrões de publicação da revista, serão encaminhados aos autores para, no prazo de um mês, procederem às devidas adaptações.

DIREITOS AUTORAIS: Como se trata de revista de divulgação cultural acadêmica, destinada, predominantemente, ao intercâmbio bibliográfico entre Universidades (sem objetivo de lucro e/ou de comercialização, e com disponibilidade pela *Internet* – <http://www.uniube.br/institucional/publicacoes/unijus/>), os autores/colaboradores não fazem jus à remuneração por direitos autorais. Podem eles, livremente, republicar o trabalho, com ou sem modificação. A reprodução da revista, no todo ou em parte, por outros interessados também é livre, desde que citem a fonte. Eventual disponibilidade da revista aos acadêmicos da UNIUBE ou a outros interessados (a preço subsidiado e com objetivo de reembolso parcial dos custos) não modifica a presente condição.

CORTESIA E RETRIBUIÇÃO: Cada autor fará jus a dez (10) exemplares da edição, como cortesia e retribuição à colaboração. Em caso de produção coletiva, a quantidade acima será dividida entre os autores.

ENCAMINHAMENTO: Os trabalhos devem ser precedidos de carta de encaminhamento assinada por todos os autores, afirmando estar de acordo com as condições acima e solicitando publicação na Revista UNIJUS, indicando:

- Título do trabalho;
- Nome(s) do(s) autor(es) e identificação;
- Qualificação profissional;
- Instituição a que está vinculado;
- Endereço completo para contato (Fax, E-Mail, Telefone).

