

REVISTA JURÍDICA DA FA7

PERIÓDICO CIENTÍFICO E CULTURAL ANUAL DO CURSO DE DIREITO
DA FACULDADE 7 DE SETEMBRO

RJurFA7	Fortaleza	v. IX	n. 1	abr. 2012	180 p.
---------	-----------	-------	------	-----------	--------

Revista Jurídica da FA7: periódico científico e cultural anual do curso de direito da Faculdade 7 de Setembro / Faculdade 7 de Setembro – v. 1, nº 1, (jan./dez. 2004) – Fortaleza: Bookmaker, 2004.

Publicação anual
ISSN 1809-5836

1. Periódico científico e cultural – Faculdade 7 de Setembro – FA7.
2. Artigos Jurídicos. I. Faculdade 7 de Setembro – FA7.

CDD 340.05

EDITOR

Prof. Ms. Felipe dos Reis Barroso, FA7

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Ms. Alécio Saraiva Diniz, FA7

Profa. Ms. Ângela Teresa Gondim Carneiro, FA7

Prof. Dr. Antonio Jorge Pereira Junior, FA7

Prof. Ms. Danilo Fontenelle Sampaio, FA7

Prof. Ednilo Gomes de Soárez, FA7

Prof. Dr. Felipe Braga Albuquerque, UFC

Prof. Ms. Fernando Antônio Negreiros Lima, FA7

Prof. Dr. João Luis Nogueira Matias, UFC

Prof. Ms. Luiz Dias Martins Filho, FA7

Profa. Dra. Maria Vital da Rocha, FA7

CONSELHO INTERNACIONAL

Prof. Dr. Antonio Fernández de Buján
(Universidade Autônoma de Madri, Espanha)

Prof. Dr. Luís Rodrigues Ennes
(Universidade de Vigo, Espanha)

Profa. Dra. María José Bravo Bosch
(Universidade de Vigo, Espanha)

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA

Carlos Rios

REVISÃO

Ana Luiza Martins

PROJETO GRÁFICO



Tiragem: 500 exemplares

FACULDADE 7 DE SETEMBRO
Rua Maximiano da Fonseca, 1395 – Bairro Eng. Luciano Cavalcante
CEP: 60811-024 – Fortaleza, Ceará, Brasil
Telefone: (+55.85) 4006.7600

DIRETOR-GERAL
Ednilton Gomes de Soárez

DIRETOR ACADÊMICO
Ednilo Gomes de Soárez

VICE-DIRETOR ACADÊMICO
Adelmir de Menezes Jucá

SECRETÁRIA-GERAL
Fani Weinschenker de Soárez

COORDENADORES:

Administração: Francisco Hercílio de Brito Filho

Ciências Contábeis: Emílio Capelo

Comunicação Social: Juliana Lotif

Direito: Maria Vital da Rocha

Pedagogia: Selene Maria Penaforte Silveira

Sistemas de Informação: Marum Simão Filho



APRESENTAÇÃO

Este nono número da nossa revista traz artigos de doutrinadores brasileiros e estrangeiros, e de alunos que obtiveram a maior pontuação no VIII Encontro de Iniciação Científica da faculdade, ocorrido em 2012.

E comemora os dez anos de fundação do nosso curso de Direito, por onde passaram e continuam a passar milhares de alunos, dezenas de professores e pessoal de apoio, com alegrias, frustrações, conquistas, planos de ensino, avaliações, fotocópias, livros, anotações, encontros, debates, lágrimas, monografias, computadores, Paranjana-Unifor, caronas, lanchinhos, pai, mãe, filhos, noites longas, dias curtos, fichamentos, desamores, novos amores, pesquisas, segunda chamada, requerimentos. Este é o nosso universo, os anos vividos aqui na FA7 estarão sempre presentes, nele transitamos e o transpomos para as nossas experiências futuras. Aqui regamos e cultivamos, para colher lá fora. Aqui aprendemos, todos, sem exceção, alunos e professores, e, em devolução, ensinamos também lá fora. Sim, nunca esqueçamos que temos a obrigação de devolver em dobro, em triplo, o que aqui obtivemos, o que aqui conquistamos para uma sociedade tão desigual como a nossa. Esta é a maior contribuição, a mais digna, a mais humana de quem tem a ventura de obter um grau de nível superior no Brasil, exatamente porque a educação, infelizmente, ainda é vista como secundária pelas autoridades do nosso país.

Agradecemos aos colaboradores, pelos textos aqui publicados, e à Profa. Dra. Maria Vital da Rocha, coordenadora do curso de Direito, pela confiança depositada no nosso trabalho.

Até breve,

Prof. Ms. Felipe dos Reis Barroso
Editor

SUMÁRIO

RESPONSABILIDADE CIVIL DA AGÊNCIA PUBLICITÁRIA <i>CIVIL RESPONSIBILITY OF THE ADVERTISING AGENCY</i> Felipe dos Reis BARROSO e Carolina Sobreira de OLIVEIRA	11
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL: DO MODELO PATRIMONIAL AO GERENCIAL <i>ASPECTS OF PUBLIC ADMINISTRATION IN BRAZIL</i> Ariana Torquato Rocha CRUZ	25
LA PERMANENCIA DEL DERECHO ROMANO EN LOS CÓDIGOS EUROPEOS E IBEROAMERICANOS <i>A PERMANÊNCIA DO DIREITO ROMANO NOS CÓDIGOS EUROPEUS E IBERO-AMERICANOS</i> Luis Rodríguez ENNES	37
DIREITO AUTORAL E ECAD: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO PAPEL DO ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO NA COBRANÇA JUDICIAL PELA EXECUÇÃO PÚBLICA DE OBRAS MUSICAIS E CONGÊNERES <i>AUTHOR LAW – THE ROLE OF ECAD ACCORDING TO BRAZILIAN COURTS</i> Caio Valério Gondim Reginaldo FALCÃO e Sidney Soares FILHO	53
ALOÍSIO SURGIK. VIAJANDO PELA HISTÓRIA. DO DIREITO ROMANO AO DIREITO CONTEMPORÂNEO Ramón Rodríguez MONTERO	65
VISÃO ATUALIZADA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL E O VERDADEIRO ALCANCE DA LEI MARIA DA PENHA - LEI Nº 11.340/2006 <i>UPDATED VISION OF DOMESTIC VIOLENCE IN BRAZIL AND THE TRUE EXTENT OF THE MARIA DA PENHA LAW – LAW N. 11.340/2006</i> Luciana Flávia de Oliveira MOREIRA	73
JUSTIÇA TRIBUTÁRIA COMO PRESSUPOSTO DA JUSTIÇA SOCIAL <i>TRIBUTARY JUSTICE AS SOCIAL JUSTICE</i> Ana Kátia Barbosa TORRES	87
O MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO E DEVER FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL DE 1988 <i>THE ECOLOGICALLY BALANCED ENVIRONMENT AS A FUNDAMENTAL RIGHT AND DUTY IN THE BRAZILIAN FEDERAL CONSTITUTION OF 1988</i> Lorena Silva VASCONCELOS	97

VIII Encontro de Iniciação Científica (2012)

Nível de graduação

A SOCIEDADE DE RISCO E O ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL <i>SOCIETY OF RISK AND THE STATE OF ENVIRONMENTAL LAW</i> Regisdeni Pimentel de LIMA	109
---	-----

DO SUJEITO PASSIVO NO IPTU: UMA ANÁLISE SOB O ENFOQUE CONSTITUCIONAL <i>TAX ON REAL ESTATE PROPERTY: AN ANALYSIS UNDER THE BRAZILIAN CONSTITUTION</i> Bruno Nogueira REBOUÇAS, Eric Felipe SILVA e Rafael Ribeiro de BRITO.....	121
---	-----

A DESINSTITUCIONALIZAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES, COMO GARANTIA DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR <i>THE DEINSTITUTIONALIZATION OF CHILDREN AND ADOLESCENTS AS GUARANTEE OF THE RIGHT TO FAMILY LIFE</i> Loiany Sá PINHEIRO	135
--	-----

Nível de pós-graduação

ANÁLISE DAS LEGISLAÇÕES BRASILEIRA E ARGENTINA QUE ABORDAM A TÉCNICA INVESTIGATIVA DENOMINADA AGENTE INFILTRADO/ENCUBIERTO <i>ANALYSIS OF BRAZILIAN AND ARGENTINEAN LAWS REGARDING THE INVESTIGATIVE TECHNIQUE NAMED INFILTRATED AGENT/ENCUBIERTO</i> Ionéia de Sousa MARQUES e Luiz Claudio Araújo COELHO	143
--	-----

A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO CONSTITUCIONAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO <i>THE ABSTRACTIVENESS OF DIFFUSE CONSTITUTIONAL CONTROL AND THEIR CONSEQUENCES IN CONSTITUTIONAL BRAZILIAN LAW</i> Paulo Bruno Rodrigues DOMINGOS	153
--	-----

A FALSA LIBERDADE DO CIDADÃO DIANTE DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA <i>CITIZEN AND FALSE LIBERTY BEFORE THE FUNDAMENTAL RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE</i> Bruna Lustosa PELLEGRINI	163
--	-----

Os textos assinados são de responsabilidade exclusiva dos seus autores e estão organizados por ordem alfabética pelo sobrenome do autor.

Os *abstracts* encontram-se ao final dos textos respectivos.
Abstracts follow each text.

RESPONSABILIDADE CIVIL DA AGÊNCIA PUBLICITÁRIA

Felipe dos Reis Barroso

Mestre em Administração (DePaul University, Chicago, EUA).
Professor do curso de Direito da FA7. Advogado.

Carolina Sobreira de Oliveira

Aluna do curso de Direito da FA7. Estagiária do Tribunal de
Justiça do Estado do Ceará.
carol.sobreiraa@gmail.com

Sumário: Introdução. 1. Acerca da agência publicitária.
2. Aspectos do contrato de prestação de serviços publicitários.
3. Da responsabilidade e solidariedade da agência publicitária.
4. Posicionamento dos tribunais. Considerações finais.
Referências.

Resumo: O presente artigo examina a responsabilidade civil da agência publicitária, em relação aos danos causados por anúncio por ela produzido, mas previamente contratado e aprovado pelo cliente/anunciante para veiculação. Apresenta-se o conceito de agência e dos outros sujeitos que participam da relação mercadológica. Após, analisam-se aspectos contratuais desta relação, que convergem para prestação de serviços publicitários, diferenciando-o do contrato de agência. Por fim, examina-se a questão específica da responsabilidade civil da agência publicitária, bem como a do anunciante e a do veículo de comunicação, os referidos sujeitos que concorrem para que a publicidade chegue ao público, sob a óptica dos tribunais.

Palavras-chave: Agência Publicitária. Responsabilidade Civil. Solidariedade. Propaganda. Contrato de prestação de serviços publicitários.

INTRODUÇÃO

Com a intensificação da atividade comunicacional e a sofisticação da economia capitalista, que necessita mais e mais do consumo de massa para se retroalimentar, a atividade publicitária vem ganhando crescente relevância no presente século.

Tal atividade comunicacional baseia-se numa relação tripartite, que envolve anunciante (contratante do serviço da agência publicitária), agência publicitária (que presta o serviço publicitário, elaborando principalmente peças publicitárias, conforme *briefing* do anunciante) e veículo de comunicação (que torna pública a peça publicitária aos possíveis consumidores, serviço feito mediante paga do anunciante).

Considerando a necessidade de proteção do consumidor, parte hipossuficiente na relação consumerista, coloca-se então a questão de até onde a agência publicitária, que intermedeia a cadeia comunicacional (até pela sua denominação e natureza), pode ser responsabilizada por propaganda enganosa e/ou abusiva, de sua lavra, nos termos da legislação vigente. É o que se pretende aqui examinar, sob a óptica da doutrina e do Poder Judiciário.

1 ACERCA DA AGÊNCIA PUBLICITÁRIA

Agência vem do latim *agentia*, que “é o estabelecimento cujo fim é prestar serviços, geralmente como intermediário em negócios alheios, mediante retribuições: *agência* de comissões e consignações, *agência* de colocações, *agência* de publicidade, *agência* de turismo, *agência* funerária.” (BARSA, 1994, p. 71).

Do conceito *supra*, é possível extrair uma variedade de exemplos distintos dessa prestadora de serviços que atua intermediando relações negociais; mas, o presente artigo se restringirá, por óbvio, à agência publicitária.

O Código de Ética dos Profissionais da Propaganda (2012, *online*), de outubro de 1957, é o primeiro conjunto de normas que, no Brasil, busca disciplinar o assunto, assim conceituando:

3. A Agência de Propaganda é a firma organizada para exercer as funções definidas pela ABAP. e que realiza a propaganda para o cliente e promove negócios para os veículos de propaganda, que a reconhecem como tal e a ela pagam comissão.

O Conselho Executivo das Normas-Padrão (CENP), responsável por regulamentar a organização interna da agência publicitária, define que:

1.3. Agência de Publicidade ou Agência de Propaganda: é nos termos do art. 6º do Dec. nº 57.690/66, empresa criadora/produtora de conteúdos impressos e audiovisuais especializada nos métodos, na arte e na técnica publicitárias, através de profissionais a seu serviço que estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos Veículos de Comunicação, por ordem e conta de Clientes Anunciantes com o objetivo de promover a venda de mercadorias, produtos, serviços e imagem, difundir ideias ou informar o público a respeito de organizações ou instituições a que servem. (2012, *online*)

Dyer acrescenta: “[t]he advertising agent usually provides a market-research service for clients as well as designing and producing ads, and buying space in the media.” (1996, p. 74)

Ferreira (1985, p. 50) considera agência de propaganda a “empresa de serviços que planeja, executa, distribui e controla a propaganda comercial dos seus clientes.

No mesmo sentido, Giacomini Filho (1991, p. 87) ensina que “o negócio publicitário pode ser esquematizado com os elementos agência-veículo-cliente-mercado, embora muitas empresas realizem propaganda sem a intermediação de agências [...]”.

Pelo visto, a pessoa jurídica agência publicitária, resultado da reunião de pessoas, máquinas e ideias, atua no mercado de massa para produzir, naturalmente, publicidade, que busca informar o consumidor e persuadi-lo, via meios de comunicação, para adquirir produtos e serviços disponíveis no mercado, estes fornecidos pelo anunciante.

1.1 Sobre publicidade e propaganda

Beltrão e Quirino prescrevem que a publicidade consiste em *mensagem cultural*, objeto do estudo da comunicação de massa, e complementam:

O mercado da mensagem cultural é, sem dúvida, um dos mais amplos, procurados e rendosos da nossa civilização ocidental [...] É que a mensagem cultural se propõe a atender as necessidades básicas da cultura do receptor, relativas ao conhecimento e uso dos bens que a inteligência criadora, a ação construtiva do homem e a dinâmica da vida social lhe podem proporcionar. (1986, p. 103)

Já que interessa à consecução do presente estudo, impõe-se então aqui fazer considerações conceituais, *en vol d’oiseau*, sobre tal prática.

A lei federal nº. 4.680, de 18 de junho de 1965, que dispõe sobre o exercício da profissão de Publicitário e do Agenciador de Publicidade, define propaganda:

Art. 5º. Compreende-se por propaganda qualquer forma remunerada de difusão de ideias, mercadorias ou serviços, por parte de um anunciante identificado.

Vê-se, pela redação do aludido artigo, com mesma composição literal do art. 2º, do decreto nº. 57.690, de 1º de fevereiro de 1966, que regulamenta a mencionada lei, que não fez o legislador qualquer distinção entre os termos publicidade e propaganda.

D’autre façon, prescreve o aludido Código de Ética dos Profissionais da Propaganda que propaganda “é a técnica de criar opinião pública favorável a um determinado produto, serviço, instituição ou ideia, visando a orientar o comportamento humano das massas num determinado sentido”, não importando aqui a finalidade do benefício econômico almejado, considerando a publicidade remunerada, podendo ou não ser propaganda.

Sendo a forma de comunicação, ou melhor, de interação/persuasão entre o vendedor do serviço, ideia ou produto, com o público que poderá vir a consumi-los, Giacomini Filho (1991, p. 15) diz que: “entende-se por publicidade ou propaganda, a forma de comunicação identificada e persuasiva empreendida, de forma paga, através dos meios de comunicação de massa”.

Já outros autores, com louvável objetividade, fazem distinção entre propaganda e publicidade. Para Nunes Júnior, a propaganda é “toda forma de comunicação, voltada ao público determinado ou indeterminado, que, empreendida por pessoa física ou jurídica, pública ou privada, tenha por finalidade a propagação de idéias relacionadas à filosofia, à política, à economia, à ciência, à religião, à arte ou à sociedade” (2003, p. 16), e a publicidade é “o ato comercial de índole coletiva, patrocinado por ente público ou privado, com ou sem personalidade, no âmbito de uma atividade econômica, com a finalidade de promover, direta ou indiretamente, o consumo de produtos e serviços” (NUNES JÚNIOR, 2001, p. 22-23).

No mesmo sentido, entende Francisco Rico-Perez (*apud* Benjamim, 2007, p. 318-319):

A diferença essencial entre a publicidade e a propaganda baseia-se no fato de que a primeira faz-se com a intenção de alcançar lucro, enquanto que a segunda exclui quase sempre a ideia de benefício econômico.

Em suma, verifica-se certa imprecisão (e até confusão), nas normas apresentadas, entre os dois termos enfocados, talvez por problemas de tradução (no inglês, *publicity*, *propaganda* e *advertising* têm conotações diversas), talvez por se tratar de atividade negocial relativamente recente entre nós. Por conta da clareza, optamos pela distinção exposta acima por Nunes Júnior e Rico-Pérez.

1.2 Sobre anunciante

O mesmo Código de Ética dos Profissionais da Propaganda define anunciante como a entidade, firma, sociedade ou indivíduo que utiliza a propaganda, também podendo ser chamado de cliente. No mesmo sentido aponta o art. 8º, do dito decreto nº 57.690/66, uma vez que “consideram-se Clientes ou Anunciantes a entidade ou indivíduo que utiliza a propaganda”.

As referidas normas-padrão do CENP ratificam:

1.2 Anunciante ou Cliente: é, nos termos do art. 8º do Dec. nº 57.690/66, empresa, entidade ou indivíduo que utiliza a propaganda.

Destarte, o anunciante, para popularizar e impulsionar a venda de seus produtos e serviços, buscará os serviços da agência publicitária, executados por publicitários. Estes, conforme os fins almejados dantes definidos pelo anunciante (conforme o *briefing*, do qual se tratará adiante), operarão no sentido de prescrever a mensagem e a mídia adequadas, dentre outras variáveis do *marketing mix*.

Explica Jacobina (1996, p.17-18) que “a relação entre a agência e o anunciante inicia muito antes da própria peça publicitária”, considerando, pois, o anúncio, elaborado pela agência, “uma das etapas da estratégia mercadológica” adotada pelo anunciante, podendo nem ser considerada a mais importante. Aponta, ainda, que a responsabilidade da agência em relação aos possíveis danos causados aos consumidores está inteiramente ligada à profundidade dessa relação.

As mencionadas normas-padrão do CENP, a partir do seu item 3, prescrevem limitações e parâmetros para a relação contratual a ser celebrada entre agência e anunciante, bem como entre aquela e o veículo de comunicação.

1.3 Sobre veículo de comunicação

O Código de Ética exemplifica, no seu nº 4, como sendo jornais, revistas, estações de rádio, TV, exibidores de cartazes e outras entidades que, uma vez autorizados, divulgam a propaganda, no valor dos preços pré-fixados em suas tabelas.

Conforme redação do art. 4º da lei nº 4.680/65, é considerado qualquer meio de comunicação visual ou auditiva (ou audiovisual, vale completar) que tenha capacidade de transmissão de mensagens de propagandas ao público, devendo ser reconhecido pelas entidades e órgãos de classe, ou seja, as associações civis locais e regionais de propaganda, como também pelos sindicatos de publicitários.

Pelo CENP, temos que:

1.4 Veículo de Comunicação ou, simplesmente, Veículo: é, nos termos do art. 10º do Dec. nº 57.690/66, qualquer meio de divulgação visual, auditiva ou audiovisual

Feitas as considerações acima, para o publicitário e empresário Luiz Santos (2012, comunicação pessoal), da LS Estratégia, o termo *agência* está, entretanto, ultrapassado, devendo ser substituído o quanto antes, para que o negócio sobreviva, sendo mais adequado defini-la como “empresa de serviços de marketing”, aquela que “responde pelas reflexões e os processos de solução de comunicação e de relacionamento, de uma empresa com os seus diversos públicos”.

Pondera, ainda, que as agências publicitárias, como hoje postas, estão sendo preteridas pelos modos com que o mercado vem se estruturando, pois as relações negociais, mais e mais, efetivam-se diretamente. Portanto, se as agências insistirem em se colocar como intermediárias, terão necessidade de reaprenderem a estimar os honorários a serem pagos pelo anunciante, que são irrisórios, já que a verdadeira remuneração ocorre pelos veículos de divulgação.

Tal entendimento é ratificado por Walter Longo:

[...] ao mesmo tempo em que a Agência de Propaganda deve ter a coragem para rever seus serviços e ampliar suas responsabilidades, o anunciante precisa entender que a mais serviços correspondem mais custos, deixando de esperar gratuidades nas atividades adicionais (1995, p. 303-347)

2 ASPECTOS DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PUBLICITÁRIOS

Entende Caio Mário da Silva Pereira (2012, p. 7) que contrato é “um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”.

Diniz (2000, p. 23) acrescenta: “a essência do negócio jurídico é a autorregulamentação dos interesses particulares, reconhecida pela ordem pública, que lhe dá força criativa”, e, complementa, que “o *contrato* é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes [...]”.

Para Gonçalves (2010, p. 21), o contrato é “a mais comum e a mais importante fonte de obrigação, devido às suas múltiplas formas e inúmeras repercussões no mundo jurídico”, uma vez que, para o Código Civil de 2002 (CC), os contratos são tidos como um dos fatos humanos geradores de obrigações.

Leciona, ainda, que “a economia de massa exige contratos impessoais e padronizados (contratos-tipo ou de massa), que não mais se coadunam com o princípio da autonomia da vontade”, este, como um dos mais importantes princípios que regem o direito contratual, tendo o seu alicerce na ampla liberdade de pactuar, que estabelece que os contratantes são livres para “contratar se quiserem, com quem quiserem e sobre o que quiserem” (GONÇALVES, 2010, p. 41).

Ensina Gomes (1999, p. 10) que o contrato, que é negócio jurídico bilateral ou plurilateral, submete as partes que o celebraram “à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam”, ou seja, as disposições contratuais constituem verdadeira lei entre as partes (*pacta sunt servanda*), vinculando a conduta de cada uma. Explica, ainda, que, na prática:

[...] emprega-se a palavra contrato em acepções distintas, ora para designar o negócio jurídico bilateral gerador de obrigações, ora o instrumento em que se formaliza, seja a escritura pública, o escrito particular de estilo, simples missiva, ou um recibo. (1999, p. 9)

Para tanto é necessário que o contrato observe alguns elementos indispensáveis para a sua validade, como Clóvis Beviláqua ministra:

Para que os contractos tenham efficacia juridica, será necessario que se perfaçam, segundo certas normas e condições que dizem respeito, umas aos contractos propriamente e outras aos contrahentes, pelo que se podem chamar, as primeiras, condições e normas objectivas e as segundas, subjectivas. (1977, p. 159)

Feita esta aligeirada apresentação, passa-se ao exame da espécie contratual que rege a relação anunciante-agência-veículo, qual seja, a de prestação de serviços publicitários. Distinguir-se-á, ainda, essa espécie da que trata do contrato de agência, uma vez que pode haver confusão quanto à nomenclatura por este perfilhada quando feita análise meramente perfunctória da leitura das espécies contratuais.

O contrato de prestação de serviços era previsto pelo Código Civil de 1916 com o nome de locação de serviços (*locatio conductio operarum*), o que, sob o título de *locação*, eram estabelecidos, além desse, mais dois: a locação de coisas (*locatio conductio rerum*) e a empreitada (*locatio conductio operis*), unidade conceitual herdada dos romanos e mantida pelo Código. Nas palavras de Wald:

[...] no Direito Romano, havia três figuras com nomes começando pela palavra *Locatio*: *locatio rerum*, *locatio operis* e *locatio operarum*. A primeira é a locação de coisas; a segunda (locação de obra) é o que se chama de empreitada; a terceira, o que se chamou, no Código Civil de 1916, de locação de serviços e hoje se considera mais adequado chamar de prestação de serviços. (2000, p. 426)

O Código Civil de 2002, no entanto, disciplinou de forma diversa, separando a prestação de serviços das demais espécies de locações, esta apenas sendo utilizada para qualificar aqueles contratos que se destinassem a permitir a alguém, durante um tempo, o uso e gozo de uma coisa infungível com a devida retribuição. Tal separação, segundo Pereira, decorreu de uma nova perspectiva adotada, em que “o direito moderno não mais considera o trabalho humano uma coisa suscetível de dar-se em locação” (2012, p. 345).

Nesse sentido, o contrato dantes chamado de locação de serviços, dividiu-se em contrato de trabalho, hoje sujeito à Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), decreto nº. 5.452/43, e em contrato de prestação de serviços, regido pelo atual CC em seus arts. 593 a 609. Para Gomes (1999, p. 290), este último não se adequa “ao conceito legal do *contrato de trabalho*, seja pela inexistência de subordinação, pela falta de *continuidade* [...]”, como prevê o art. 593 do CC, que dispõe que a prestação de serviços, quando não estiver sujeita às leis trabalhistas ou à lei especial, será por ele regida, ou seja, aquele executado sem habitualidade, com autonomia técnica e sem subordinação.

Esclarece, ainda, Gonçalves que, dada a universalidade de prestação de serviço, será ele ora regulado pela legislação trabalhista, como o que acontece com o serviço doméstico e o rural; ora pelo direito público ou por legislação especial, como no caso dos serviços prestados por grandes empresas ao público em geral, instituições financeiras, bem como as relações de consumo que são reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC, lei nº 8.078/90):

O próprio Código Civil passou a disciplinar, como figuras típicas e nominadas, os contratos de transporte (arts. 730 a 756), de corretagem (arts. 722 a 729), de agência e distribuição (arts. 710 a 721), de comissão (arts. 693 a 709), havendo ainda inúmeros contratos atípicos que têm por objeto a prestação de serviços, como os de hotelaria e de estacionamento de veículos. (GONÇALVES, 2010, p. 359)

Dito isso, o contrato de prestação de serviços é então definido pelo Código Civil de 2002, em seu art. 594, como “toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição”, ou seja, qualquer serviço prestado, uma vez que lícito, poderá ser objeto contratual dessa relação obrigacional, não sendo necessária a distinção entre trabalho braçal ou intelectual (GONÇALVES, 2010, p.360).

Para Venosa (2010, p. 209), trata-se de “contrato sinalagmático pelo qual uma das partes, denominada prestador, obriga-se a prestar serviços a outra, denominada dono do serviço, mediante remuneração”, ou seja, é o contrato bilateral, uma vez que cria direitos e obrigações para ambas as partes, sendo, assim, oneroso, que se aperfeiçoa pelo simples acordo de vontades, daí ser consensual, e, por fim, comutativo, pois impõe vantagens e obrigações recíprocas, pressupondo-se equivalentes, de conhecimento das partes. Assim, no contrato firmado entre o anunciante e a agência, esta seria a prestadora e aquele, o tomador do serviço.

Já para Wald (2000, p. 426), a definição de contrato de prestação de serviços implica naquele em que uma pessoa estipula uma atividade lícita, em caráter eventual e autônomo, sem subordinação do prestador e mediante remuneração”, entendendo, nesse sentido, que:

[...] se a pessoa contrata os serviços de um advogado, ou consulta um médico particular, ou chama um trabalhador autônomo para um conserto (um bombeiro encanador, um pintor autônomo), há contrato de prestação de serviços. (2000, p. 426)

Assim, haverá também contrato de prestação de serviços no caso de um empresário que deseja promover suas vendas a partir da divulgação do seu produto, o que, para atrair o público, buscará a assessoria de uma agência publicitária que executará e distribuirá propaganda aos veículos de divulgação.

Explica Gomes, quanto à ausência de subordinação, que:

A parte que presta o serviço estipulado não o executa sob a direção de quem se obriga a remunerá-lo e utiliza os métodos e processos que julga convenientes traçando, ela própria, a orientação técnica a seguir, e assim exercendo sua atividade profissional com liberdade. (1999, p. 292-293)

Pereira (2012, p. 348) conceitua o contrato civil de prestação de serviços como “aquele em que uma das partes se obriga para com a outra a fornecer-lhe a prestação de sua atividade, mediante remuneração”, o que, consequentemente, para ele, o referido contrato apresenta como elementos essenciais o objeto da obrigação, a remuneração e o consentimento.

Nesse sentido, quanto ao objeto, é ele uma obrigação de fazer, ou seja, a prestação da atividade, que pode ser tanto intelectual como material; terá o trabalhador, ou melhor, o prestador do serviço, direito a uma remuneração ou retribuição, contraprestação, convencionada livremente, normalmente importando em prestação pecuniária; o consentimento, que pressupõe o acordo de vontades, manifestado por escrito ou oralmente, ou até mesmo de modo implícito.

Compreendido o contrato de prestação de serviços e considerando que regulará a relação anunciante-agência-veículo, necessário se faz distingui-lo do contrato de agência, conforme Wald:

É preciso não confundir a prestação de serviços com outros contratos em que também há prestação, mas tipificados com outro nome ou com características especiais. Assim, o mandato, a gestão de negócios, a representação comercial ou o contrato de transporte, certos contratos bancários e outros de transmissão de tecnologia [...]. (2000, p. 428-429)

Assim, reza o art. 710 do CC que, no contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, por meio de retribuição, a obrigação de promover, à conta de outra, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada.

Dessa redação é possível entender que o contrato de agência implicará quando o agente não estiver com a coisa a ser negociada, o que, do contrário, tratar-se-á de contrato de distribuição.

Entende Gomes (1999, p. 365) que o contrato de agência, também chamado de agenciamento ou representação contratual, se estabelece quando uma das partes contratantes “obriga-se, contra retribuição, a promover habitualmente a realização por conta da outra, em determinada zona, de operações mercantis, agenciando pedidos para esta”, assim, constituindo sua composição: a) a obrigação do agente de promover a conclusão de contratos por conta do proponente; b) a habitualidade do serviço, c) delimitação da zona onde deve ser prestado; d) direito do agente à retribuição do serviço que presta; e e) exclusividade e independência de ação. Para o autor, o traço marcante é a autonomia na prestação de serviço.

Destaca, ainda, Bulgarelli (2000, p. 511-512) que o contrato de agência “é hoje verdadeiro contrato *típico*, devidamente regulado pela lei nº. 4.886, de 9 de dezembro de 1965, que o conceitua:

Art. 1º. Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.

Compreende Bittar (1994, p. 81) que “a representação é, pois, atividade de gerenciamento de negócios, que se concretiza, através de profissional, ou de empresa comercial especializada, sob registro próprio”, configurando, por conseguinte, atividade mercantil que implica na conquista de novos mercados pelos produtores ou fabricantes, sem que estes tenham que instituir filiais, sucursais ou agências próprias.

Adverte, ainda, Gomes (1999, p. 367), quanto ao surgimento de figuras características e atípicas de agentes, como o agente depositário, agente livreiro, o agente propagandista (este em nada tem relação com o presente estudo, pois trata-se de figura correlata à indústria farmacêutica que distribui amostras de medicamentos), agente cinematográfico, agente esportista, dentre outros que surgiram com a necessidade econômica de representação em determinados locais, daí surgindo o contrato de agência, antes inominado.

Enfim, feita a diferenciação entre as espécies de contrato passíveis de causar confusão devido à nomenclatura atribuída pelo código que as regulamenta, ainda é cabível mencionar a lei federal nº. 12.232/2010, que trata da contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda.

3 DA RESPONSABILIDADE E SOLIDARIEDADE DA AGÊNCIA PUBLICITÁRIA

Importa agora enfocar a questão da responsabilidade da agência publicitária quando a peça por ela produzida (encomendada e aprovada pelo anunciante e veiculada pela mídia, enfatize-se) faltar com a verdade, causar medo, provocar preconceito, deturpar informações, dentre outras situações ilícitas.

Recorrendo aos conceitos *supra*, questiona-se, no caso de anúncio — tido como propaganda ou publicidade — mostrar-se incompatível com os interesses sociais, caracterizando-se como enganoso ou abusivo: a quem deverá ser atribuída a responsabilidade pelos consequentes danos dele advindos?

Pode caber aos criadores da publicidade, aos publicitários, que, regra geral, têm formação de nível superior e (pelo menos) devem conhecer (como prescreve o CDC) nuanças da legislação sobre sua atividade profissional. Pode recair sobre os veículos, que tornam pública, para milhões, mensagem publicitária sem cuidado e compromisso necessários e adequados com o seu conteúdo. Ou pode ainda caber ao anunciante, que encomendou o anúncio e pagou pela sua veiculação, dela se beneficiando.

Santos (2006, p. 206) ressalta que, antes do CDC, não havia regulamentação adequada e suficiente da atividade publicitária voltada para os interesses dos consumidores. Existiam (e existem) tão somente a dita lei nº 4.680/65 e seu decreto nº 57.690/66, regulamentador, que, de maneira assistemática e precária, como já demonstrado, buscavam disciplinar a atividade. Em 1978, a aprovação do Código Brasileiro de Ética e Autorregulamentação Publicitária (CBAP) trouxe certo alento, mas trata-se de regramento exclusivamente privado da atividade publicitária, realizada pelos próprios profissionais do setor, daí concluindo-se que:

Fato é que a publicidade, por sua alta relevância, não mais pode ser ignorada pelo Direito, como o foi até tempos recentes, pois os efeitos danosos de sua má utilização são deveras insalubres não só aos consumidores e consumidores em potencial, mas a todo o mercado. (SANTOS, 2000, p. 199)

Destaque-se que o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar), associação civil integrada pelos atores do mercado publicitário (agência, anunciante e veículo), com seu código, almeja impor conduta ética ao setor, atuando como “primeiro filtro” da atividade

publicitária. A fiscalização pelo Conar certamente leva a uma redução de demandas judiciais, daí sua importância no contexto jurídico publicitário; porém, não pode ser visto como o único controlador dos excessos da publicidade, pois revela-se ineficaz (SANTOS, 2000, p. 209).

No plano legislativo, em termos mais recentes, cite-se o relevante papel exercido pelo CDC, ao dispor sobre publicidade enganosa e abusiva:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§1º - É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º - É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, aproveite-se da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º - Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Jacobina (1996, p. 18-19) analisa a responsabilidade da publicidade patológica (enganosa ou abusiva) da seguinte forma: entende que a elaboração da peça publicitária inicia-se com pesquisa e planejamento, que permitirão definir as estratégias mercadológicas utilizadas na venda do produto ou serviço, uma vez que estarão disponíveis no *briefing* (documento elaborado pela agência, a partir de informações dadas pelo anunciante, que serve de base para criação do anúncio publicitário, que aborda as características do produto ou serviço, o público-alvo e os objetivos da campanha). Segundo o autor, é o *briefing* documento juridicamente considerável, pois permite a avaliação da responsabilidade da agência quanto ao conteúdo patológico da publicidade, muita vez usado pela agência para eximir-se de responder pelo conteúdo causador de prejuízos, justificando que ela mesma fora ludibriada e que recebera dados falsos do próprio anunciante.

Nesse sentido, ensina Benjamin (2007, p. 320-323) que “a criação publicitária tem repercussão jurídica, na medida em que vai interessar ao Direito saber por quem e como foi elaborada a mensagem (enganosa ou abusiva, por exemplo)”.

Acresça-se que “na publicidade, pelo menos no sistema brasileiro, não é a vontade real do anunciante a fonte da obrigação contratual, mas o anúncio em si, ou seja, a declaração, tal qual explicitada”, segundo Benjamin (2007, p. 298).

Para Cavalieri Filho (2010, p. 2), responsabilidade civil “designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico”, definindo-se como “um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.

O referido código do Conar, no seu art. 3º, dispõe que “todo anúncio deve ter presente a responsabilidade do Anunciante, da Agência de Publicidade e do Veículo de Divulgação”; em outras palavras, todos aqueles que concorrerem para o anúncio são responsáveis pelos danos causados pela sua veiculação.

Furthermore, em seu art. 45, prevê que a responsabilidade pela observância das normas de conduta estabelecidas pelo referido código cabe solidariamente aos três *players*, salvo algumas reservas quanto ao veículo.

Sobre solidariedade, Pereira ensina:

Para que se possa vislumbrar a solidariedade é de mister que haja a concorrência de mais de um credor, ou de mais de um devedor, ou de vários credores e vários devedores simultaneamente [...] pluralidade subjetiva e unida objetiva: é da essência da solidariedade que numa obrigação em que concorram vários sujeitos ativos ou vários sujeitos passivos haja unidade de prestação, isto é, cada um dos credores tem o poder de receber a dívida inteira, e cada um dos devedores tem a obrigação de solvê-la integralmente. (2008, p. 91)

Preventivamente, recomenda o mesmo art. 45 do código do Conar que o veículo estabeleça um sistema de controle para receber os anúncios, podendo até mesmo chegar a recusar, quando entender que o seu conteúdo fere, flagrantemente, princípios do código, independentemente de decisão prévia do conselho.

Determina ainda que a responsabilidade do veículo se equipara à do anunciante sempre que a veiculação do anúncio contrariar os termos de recomendação que lhe tenha sido comunicada formalmente pelo Conar.

Entende Benjamin (2007, p. 367) que o anunciante tem responsabilidade civil objetiva pela publicidade enganosa ou abusiva, o que também terá pelo cumprimento do princípio da vinculação da mensagem publicitária (arts. 30 e 35, do CDC). No entanto, não estão excluídas as responsabilidades da agência e do próprio veículo, que responderão solidariamente, conforme regra do CDC, sendo essa solidariedade limitada, uma vez que, segundo o doutrinador, só serão considerados corresponsáveis quando agirem dolosa ou culposamente.

Benjamin informa que há corrente contrária ao seu entendimento, liderada por Nelson Nery Júnior, José Paulo Scartezini Guimarães, José Antônio de Almeida e Rizzato Nunes, que atribuem a responsabilidade civil objetiva também à agência e ao veículo, com base nas normas do CDC.

Rizzato Nunes (2011, p. 556-557), conforme acima mencionado, representando a corrente oposta à já comentada, entende que a responsabilidade do anunciante, da agência e do veículo é solidária, de acordo com previsão do art. 7º do CDC, Parágrafo único. Ademais, observa que o “fornecedor-anunciante” será sempre responsabilizado pelos danos que o seu anúncio causar e que “a agência, como produtora do anúncio, responde solidariamente com o anunciante, independentemente do tipo de contrato que com ele tenha estabelecido”, ou seja, no contrato de prestação de serviços entre anunciante e agência, a cláusula que estabeleça a responsabilidade exclusiva daquele, após a sua aprovação, só será válida entre eles, sendo garantido à pessoa lesada pela publicidade enganosa acionar qualquer um deles (solidários que são).

Entretanto, quanto à responsabilidade da agência, aponta ainda Rizzato Nunes (2011, p. 557) que esta poderá ser “desresponsabilizada”, nos casos em que a agência participe apenas como “mera produtora de uma informação encomendada”, em que a enganabilidade não está objetivamente disposta no anúncio, mas dependente da atitude do anunciante, como, por exemplo, quando o “fornecedor-anunciante encomenda para a agência a elaboração de anúncio para inserção em jornais e revistas, oferecendo 50% de desconto em seus produtos”, o que, depois de feita a publicidade pela agência, os consumidores descobrem que o desconto é apenas de 20%.

4 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS

Feitas as considerações cabíveis acerca da responsabilidade da agência publicitária, que poderá responder solidária e objetivamente com o anunciante quando da veiculação de

anúncios publicitários causadores de prejuízos, passa-se à análise do posicionamento recente dos tribunais sobre a matéria.

Em pesquisa realizada nos sítios eletrônicos do Superior Tribunal de Justiça e de alguns Tribunais de Justiça, detectaram-se, nos últimos três anos, as seguintes decisões dignas de registro:

Na apelação cível n. 2008.033937-6, de Blumenau (SC), entendeu o Desembargador Relator Luiz Carlos Freyesleben que nem a concessionária de veículos, nem sua agência publicitária, nem o sítio eletrônico do fornecedor poderiam ser responsabilizados por propaganda alegavelmente enganosa, pois o anúncio sobre compra de veículo em parcelas mensais não levava o consumidor a erro.

Na apelação cível n. 2010.040486-9, de Joaçaba (SC), o Desembargador Relator Fernando Carioni, em seu voto, manifestou-se pela ilegitimidade passiva de duas redes de televisão, que veicularam anúncio alegavelmente enganoso, destacando:

As empresas de comunicação não respondem por publicidade de propostas abusivas ou enganosas. Tal responsabilidade toca aos fornecedores-anunciantes, que a patrocinaram (CDC, Arts. 3º e 38). O CDC, quando trata de publicidade, impõe deveres ao anunciante — não às empresas de comunicação (Art. 3º, CDC)” (STJ, REsp n. 604.172/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 27-3-2007).

Já o fornecedor-anunciante foi condenado pelo tal anúncio enganoso, mormente por força dos arts. 3º e 38 do CDC; porém vale destacar que o relator referiu-se também ao art. 6º da mesma lei, destacando que lá não se incluem direitos básicos do consumidor perante veículo ou agência, mas somente contra o fornecedor, a quem cabe provar com dados fáticos, técnicos e científicos a veracidade do anúncio.

Permitimo-nos, entretanto, discordar, levando em conta o inc. IV do art. 6º já aludido, que estabelece como direito básico do consumidor:

IV — a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

Ora, certo é que a segunda parte aplica-se ao fornecedor-anunciante, mas a primeira do trecho *supra* pode ser aplicável, indubitavelmente, a quem elabora e/ou veicula “publicidade enganosa e abusiva”: agência e veículo, respectivamente.

Para embasar seu entendimento acerca da ilegitimidade passiva *ad causam* do veículo, acostou ao seu voto, no mesmo sentido: do TJRJ, o AI n. 2007.002.24269, de Cabo Frio, rela. desa. Leticia de Faria Sardas, j. em 12-9-2007 e, do TJMG, a Ap. Cív. n. 2.0000.00.511114-6/000(1), de Belo Horizonte, rel. des. Afrânio Vilela, j. em 3-8-2005.

Na apelação cível nº 70048989545, movida pela Natuphitus Indústria e Comércio de Cosméticos Ltda. e outros, contra o Ministério Público, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, fabricante e comerciante foram responsabilizados, juntamente com os sócios daquele (por conta da *disregard doctrine*), para indenizar consumidores de pomada anunciada como medicamento, mas que na verdade tinha apenas natureza cosmética. Não houve referência específica à agência publicitária, não obstante a caracterização do anúncio enganoso divulgando o produto quase “milagroso”.

No Superior Tribunal de Justiça (STJ), pelo REsp nº 997.993 - MG (2007/0247635-6), o Ministro Relator Luis Felipe Salomão votou pela responsabilidade solidária da TV Juiz de Fora Ltda., proprietária de sítio eletrônico que hospedava outro sítio eletrônico, da empresa Mídia

Um Publicidade Propaganda e Marketing Ltda., pelo descaso na publicação de anúncio erótico falso, apenando todos os que participaram da cadeia de consumo. Por entender que se cuidava de “relação de consumo por equiparação, decorrente de evento relativo à utilização de provedores de conteúdo na rede mundial de computadores, organizados para fornecerem serviços em cadeia para os usuários”, aplicou a principiologia do CDC, apurando a responsabilidade de cada um deles, objetiva ou decorrente de culpa.

Já no notório REsp nº 69.134 - SP (1995/0032942-5), o Ministro Relator Barros Monteiro, diante da violação de direito moral de fotógrafo, na falta de identificação deste como autor de fotografia utilizada em material publicitário da empresa anunciante Sé Comércio e Indústria S/A, entendeu que cabe também à agência publicitária WBrasil solidariamente responder pelo dano moral causado ao referido profissional. Não há falar, na espécie, em ilegitimidade passiva *ad causam* da agência, que não agiu como simples mandatária da anunciante Sé, pois à primeira cabe “observar e cumprir os requisitos legais exigidos para viabilizar e executar a encomenda”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado, o tema ainda não se esgotou, pois cada situação contratual deve ser analisada com a devida cautela, uma vez que os dispositivos legais revelam-se ainda pouco esclarecedores.

A nosso ver, em regra, cabe, sim, à agência publicitária responder solidariamente pela concepção e produção de anúncio enganoso e/ou abusivo, divulgado por veículo de comunicação que ela indicou e/ou contratou, por ordem e conta do anunciante.

Em termos gerais, repise-se, pouco importa se o anunciante aprovou previamente a peça publicitária patológica concebida pela agência, pois, no exercício do seu ofício, que demanda conhecimento técnico sofisticado e, muita vez, pouco acessível ao anunciante, ao publicitário compete agir com o necessário zelo para evitar dano à imagem do seu cliente e ao público consumidor. Até porque a agência beneficia-se financeiramente da divulgação da peça por ela produzida para seu cliente.

REFERÊNCIAS

BELTRÃO, Luiz e QUIRINO, Newton de Oliveira. **Subsídios para uma teoria da comunicação de massa**. 2 ed. São Paulo: Summus, 1986.

BENJAMIN, Antônio Herman *et al.* **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos comerciais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

BRASIL. **Código de Ética dos Profissionais da Propaganda**. Disponível: <<http://www.janela.com.br/textos/CodigoDeEtica.html>>. Acesso em: 9.nov.2012.

BRASIL. **Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária**. Disponível em: <<http://www.janela.com.br/textos/Auto-Regulamentacao.html>>. Acesso em: 9.nov.2012.

BRASIL. **Decreto 57.690, de 1 de fevereiro de 1966**. Aprova o Regulamento para a execução da Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D57690.htm>. Acesso em: 9.nov.2012.

_____. **Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965.** Dispõe sobre o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda e dá outras providências. Brasília, DF: Poder Executivo, 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4680.htm>. Acesso em: 3.nov.2012.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Poder Executivo, 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 9.nov.2012.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CONSELHO EXECUTIVO DAS NORMAS-PADRÃO. Disponível em: <<http://www.janela.com.br/textos/Cenp.html>>. Acesso em: 9.nov.2012.

DYER, Gillian. **Advertising as communication**. London: Routledge, 1996.

BARSA. **Dicionário Brasileiro da língua portuguesa**. 14 ed. São Paulo: Melhoramentos, 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 1 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus propaganda**. São Paulo: Summus, 1991.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 7 ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2010.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

LONGO, Walter. Atendimento. In: RIBEIRO, Júlio *et al.* **Tudo que você queria saber sobre propaganda e ninguém teve paciência para explicar**. São Paulo: Atlas, 1995, p. 303-347.

JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes e SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de Defesa do Consumidor interpretado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do Marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS, Luiz. **Comunicação pessoal**. 2012

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso especial nº 997993, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 21 jun. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200702476356&dt_publicacao=06/08/2012>. Acesso em: 11.nov.2012.

_____. Recurso especial nº 69134, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 19 set. 2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=199500329425&dt_publicacao=30/10/2000>. Acesso em: 11.nov.2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 70048989545, 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul, 12 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21945655/apelacao-civel-ac-70048989545-rs-tjrs/inteiro-teor>>. Acesso em: 11.nov.2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Apelação Cível nº 404869 (2010.040486-9), 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 30.ago.2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18366379/apelacao-civel-ac-404869-sc-2010040486-9-tjsc>>. Acesso em: 11.nov.2012.

_____. Apelação Cível nº 339376 (2008.033937-6), 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, 21 out. 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18796954/apelacao-civel-ac-339376-sc-2008033937-6-tjsc>>. Acesso em: 11.nov.2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: contratos em espécie**. 10 ed. v. 3. São Paulo: Atlas, 2010.

WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos**. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CIVIL RESPONSIBILITY OF THE ADVERTISING AGENCY

Abstract: This article discusses the contractual effects produced by the business relations leading to advertisement, which involves both the advertising agency and its client, and the agency and the means of communication. Legal theory, the statutes and jurisprudence are analyzed here to understand the degree of civil responsibility attributed to the advertising agency when conceiving/producing a so-called pathological advert.

Keywords: Advertising agency. Civil responsibility. Tort. Damages.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL: DO MODELO PATRIMONIAL AO GERENCIAL

Ariana Torquato Rocha Cruz

Concludente do curso de Especialização em Direito Público Contemporâneo (FA7), orientada pelo prof. Ms. André Dias Fernandes (FA7). Servidora pública federal.
arianatorquato@hotmail.com

Sumário: Introdução. 1. Noções de Administração Pública. 2. A evolução da Administração Pública no Brasil. 3. Princípios Constitucionais correlatos. 4. Controle jurisdicional da Administração Pública. 5. Concurso Público. 6. Código de Ética, Programa de Capacitação do servidor público e Processo Administrativo Disciplinar. Conclusão. Referências.

Resumo: O artigo descreve a formação da Administração Pública no Brasil, sua evolução e como se apresenta hoje no país. Esta abordagem demonstrará as mudanças ocorridas ao longo do tempo e a importância da conscientização de toda a sociedade de abandonar a ideia primária de que serviço público significa má prestação de atendimento às necessidades sociais, corrupção da máquina estatal e despreparo dos servidores públicos. Demonstrará as medidas que foram tomadas pelo Estado para que seja possível o resgate da credibilidade nas ações do Estado, desde a adoção de princípios constitucionais até a necessidade de um cidadão prestar concurso público de provas ou de provas e títulos para ser ocupante de cargo efetivo ou de emprego público, bem como o controle jurisdicional da Administração Pública que hoje ocorre no país e a existência de um Código de Ética, programas de capacitação para os servidores públicos e a instauração de Processo Administrativo Disciplinar para inibir os comportamentos reprováveis.

Palavras-chave: Administração Pública. Servidores Públicos. Concurso. Controle jurisdicional. Código de Ética.

INTRODUÇÃO

O tema Administração Pública tem se mostrado bastante atraente devido ao surgimento de um Estado cada vez mais plural na prestação de serviços públicos à sociedade.

O presente trabalho tem como objetivo geral estudar as formas de administração que já guiaram o país, as mudanças advindas com o tempo e as situações que hoje representam um maior controle do funcionamento da máquina pública.

A metodologia utilizada está fundamentada em uma pesquisa aplicada, tendo-se utilizado estudos dos conceitos pertinentes à Administração Pública, baseados em respeitável material bibliográfico para a compreensão do tema.

A estrutura do artigo compreende seis capítulos. Inicialmente serão abordados os conceitos geral e específico de Administração Pública apontando os órgãos que a compõem; depois, discorrer-se-á sobre a relevante forma de nascimento da Administração Pública brasileira sob influência da Coroa Portuguesa; demonstrar-se-á como os princípios constitucionais são a principal fonte do Direito Administrativo, frisando que o reconhecimento da má aplicação desses princípios constitucionais, assim como dos princípios implícitos, pode frustrar a finalidade para a qual foram criados, resultando em um arbítrio administrativo.

Posteriormente, relatar-se-á que o Poder Judiciário é incumbido de exercer o controle de constitucionalidade e a correção dos atos públicos irregulares, além de se envolver nas situações contenciosas entre a Administração Pública e o indivíduo; que o Judiciário atua como guardião da Constituição Federal e sua atividade corretiva exercida no controle dos atos administrativos integra o sistema de freios e contrapesos necessários ao Princípio da Separação dos Poderes, tal como positivado na Constituição Federal vigente.

No último capítulo, serão apresentados o Código de Ética, o Programa de Capacitação de Servidores e o Processo Administrativo Disciplinar que alertam os servidores públicos sobre o que está estabelecido no ordenamento jurídico e como deve ser o seu comportamento na representação que exerce em nome do Estado.

1 NOÇÕES DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Inicialmente, convém compreender o conceito de Administração Pública tendo como referência a finalidade do Estado, sua organização e funcionamento dos serviços públicos a serem prestados, expressando em sentido amplo tanto os órgãos governamentais quanto os administrativos.

A atual Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 - CF/88, registra, em seu art. 18, que os entes que compõem a Federação são: União, Estados, Municípios e Distrito Federal, todos dotados de autonomia para organizarem seus governos, além de elegerem seus dirigentes, sendo capazes de ter suas próprias administrações, identificando-se, assim, o que é a Administração Pública.

A Administração Pública pode ser vista tanto num sentido amplo, abrangendo os órgãos do Governo aos quais cabe traçar os planos e diretrizes de ação, quanto em sentido estrito, referindo-se aos órgãos administrativos de execução. Segundo Carvalho Filho (2008, p. 5), “[...] num sentido geral, considerando-se todos os aparelhos administrativos de todas as entidades federativas e, num sentido específico, abrangendo cada pessoa da Federação, tomada isoladamente”.

Essa classificação da Administração Pública, em sentido amplo e estrito, é definida por Di Pietro (2007, p. 49):

Deixando de lado a ideia de Administração Pública em sentido amplo, que abrange, em sentido subjetivo, os órgãos governamentais (Governo), e os órgãos administrativos (Administração Pública em sentido estrito e próprio), e, em sentido objetivo, a função política e a administrativa, levar-se-á em consideração, doravante, apenas a Administração Pública em sentido estrito, que compreende: a) em sentido subjetivo: as pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos que exercem a função administrativa; b) em sentido objetivo: a atividade administrativa exercida por aqueles entes.

Não se deve deixar de lado a possibilidade de além da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, as atividades administrativas serem transferidas para pessoas jurídicas com personalidade de direito público ou privado que compõem a chamada Administração Indireta do Estado: autarquias, sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas. Essas entidades também integram a Administração Pública, assim como os serviços públicos prestados sob regime de permissão ou concessão.

2 A EVOLUÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

Até a metade do século XX, prevaleceu, no Brasil, uma forma de gestão pública que ficou conhecida como Administração Patrimonialista.

Patrimonialismo representa o desconhecimento do governante de fazer distinção entre o patrimônio público e os seus bens privados, o que fez com que o Estado fosse, por longo tempo, considerado uma extensão do poder do rei, gerando uma vinculação entre os cargos públicos e o parentesco entre os nobres.

A Administração Pública era tratada como um assunto pessoal do governante. O monarca não cometia erros, portanto não havia responsabilização alguma do governo perante o cidadão. Desse modo, os tributos arrecadados eram incorporados aos bens reais pessoais, já que não era necessário haver uma prestação de contas com os cidadãos sobre como esses tributos eram gastos.

Como o rei não podia ser submetido aos tribunais, o patrimônio do Estado era administrado como sendo patrimônio real e os cargos públicos refletiam ocupações rendosas e de pouco trabalho. O poder concedido ao rei era tão inquestionável, tanto no Brasil quanto em outros países, que Luís XIV, o maior monarca absolutista da França, que reinou de 1643 a 1715, chegou a proclamar: “O Estado sou eu!”

Apesar de considerados públicos, os cargos pertenciam ao governante, que conferia grande poder aos seus funcionários de acordo com a confiança que depositava em cada um. Assim, os funcionários públicos tratavam suas funções administrativas como dever de obediência e respeito ao governante; portanto, exploravam o poder que detinham como se tratassem de um assunto pessoal.

E foi durante esse período da administração patrimonialista que nasceu o Estado brasileiro, quando, na era colonial, Portugal enviava seus funcionários para ocuparem cargos públicos no Brasil. Eles logo se corrompiam, devido ao status de nobreza que, no país, recebiam. Isso porque os cargos públicos eram negociáveis, comprovando que não havia limites entre a esfera pública e a esfera privada. O patrimonialismo foi a característica marcante do desenvolvimento do Estado Brasileiro, antes da Independência, durante o Império e no surgimento da República. Em virtude dessa má origem da administração e prestação de serviços públicos, os servidores públicos brasileiros ainda hoje arcam com uma imagem de desconfiança e descrédito por parte da sociedade, razão pela qual ainda se luta para que esse estigma de ineficiência da máquina pública e corrupção do seu corpo funcional sejam afastados da imagem do país.

Para reverter esse cenário de nepotismo, empreguismo, corrupção e de incredulidade popular, decorrentes do abuso de poder do soberano, surgiu, a partir da década de 90, a Administração Burocrática.

Voltada exclusivamente para o fiel cumprimento das leis e para a rigidez formal dos processos, a Administração Burocrática tinha como princípios básicos a prestação de um serviço público confiável e um sistema formal. Como havia uma prévia desconfiança quanto à eficiência dos funcionários e o compromisso público assumido pelos administradores, era necessário que o Estado demonstrasse que tinha controle rígido sobre os serviços que estavam sendo prestados. Mas esse rigor exagerado foi ineficiente diante das necessidades dos cidadãos.

Assim, embora possuísse o mérito de ser efetiva no controle administrativo, a Administração Burocrática se distanciou dos objetivos fundamentais do Estado já que o controle era o seu foco principal. Com isso, a Administração Pública não oferecia nem rapidez no atendimento nem boa qualidade nos serviços nem economia aos cofres públicos. O modelo burocrático perdeu o sentido, a partir do momento em que o Estado acrescentou às suas funções básicas a prestação de educação pública, de cultura, de saúde, de seguridade social, de incentivo à tecnologia e de proteção ao meio ambiente.

Diante da evolução econômica e social do Estado, da globalização e do desenvolvimento tecnológico, surgidos na segunda metade do século XX, teve início, no Brasil, a era da Administração Pública Gerencial.

Essa forma de gestão teve seu primeiro marco no ano de 1967, quando foi editado o Decreto-Lei nº 200, resultado da necessidade de haver uma reforma gerencial na Administração Pública brasileira através da qual se suplantasse a rigidez apresentada na burocracia.

O citado Decreto-Lei possibilitou o planejamento da gestão orçamentária e o controle de resultados, além de descentralizar parte do serviço público para a Administração Pública indireta. Porém, uma situação indesejável foi se formando na administração descentralizada: o ingresso de pessoas no serviço público por indicação pessoal, ou seja, sem qualquer forma de seleção de funcionários aptos ao serviço público, o que demonstrava um retrocesso do Estado às práticas patrimonialistas. Não eram selecionados funcionários públicos de alto nível nem desenvolvidas carreiras no serviço público, o que levou ao enfraquecimento do núcleo estratégico do Estado e ao fracasso da reforma administrativa proposta pelo Decreto-Lei nº 200.

Somente a partir da edição do Decreto nº 3.507, de 13 de junho de 2000, atualmente revogado pelo Decreto nº 6.932, de 11 de agosto de 2009, o Brasil iniciou uma mudança mais concreta em relação à Administração Pública, de forma que ela representasse uma busca da eficiência estatal mediante a melhoria da qualidade dos serviços prestados e a redução de custos, evoluindo assim do modelo burocrático para o gerencial, dessa vez voltado para o interesse na qualidade no serviço público e no atendimento de excelência.

A Administração Pública Gerencial foi apresentada como uma solução para os problemas da burocracia, baseada na descentralização e no controle dos resultados em substituição ao controle dos procedimentos. Não satisfazia mais apenas a ideia do combate ao nepotismo e à corrupção. Tinha que ser priorizada a eficiência da prestação dos serviços, mediante o reconhecimento do Princípio da Eficiência, que deve nortear toda a Administração Pública. Mas, para que isso fosse possível, foi necessária a adoção de critérios de gestão capazes de reduzir custos, satisfazer os anseios da sociedade, definir prioridades e cobrar os resultados. Daí se iniciou uma busca por uma capacidade gerencial eficiente e confiável, com o objetivo firme de mudança de mentalidade da sociedade, dos funcionários públicos e dos governantes, motivo pelo qual o cidadão começou a ser visto como peça essencial para o bom desempenho da atividade pública.

Na realidade, o cidadão passou a ser mais consciente dos seus direitos e a exigí-los junto ao Estado, gerando uma nova demanda por serviços públicos e fazendo nascer um Estado plural. Consequentemente, os órgãos públicos não podiam mais admitir a inércia de determinados funcionários que não acompanhavam a evolução tecnológica, a qual modificava consideravelmente as rotinas de trabalho ou dos que resistiam a se adaptarem à nova realidade.

O avanço dessas mudanças não seria possível se apoiado apenas em bases legais. Por isso, foi preciso haver uma conscientização de todo o País de que era preciso abrir mão das vantagens pessoais e do clientelismo em prol do interesse nacional, colocando a ética social numa posição indispensável.

A conduta pública adequada e transparente, tendo o profissionalismo como meta e, principalmente, proporcionando o resgate da confiança popular nos serviços prestados pelo Estado, tinha que ser incorporada à missão de todos os funcionários públicos, no exercício das suas atribuições funcionais. O trabalho efetivo, a imparcialidade, a transparência e o decoro deveriam ser características indispensáveis na condução das atividades dos funcionários para tornar possível o resgate da confiança nas atividades públicas.

À medida que o modelo gerencial ia se consolidando, exigia-se mais do papel do gestor público, que começou a se preocupar com as resistências dos seus funcionários subordinados.

Destarte, o cidadão não estava mais tolerante à espera e à falta de respostas para as suas necessidades e, assim, o papel do líder passou a ser fundamental para diluir as resistências, não só dos cidadãos como, também, do seu próprio corpo funcional.

O líder tinha que distribuir as atribuições de cada cargo e, principalmente, estimular a equipe a exercer a sua missão pública, além de dar respostas efetivas e céleres à sociedade. Restou afastada a imagem da atuação do modelo anterior de chefia, que se limitava a dar ordens sem qualquer planejamento estratégico.

Para a liderança do gestor público ser respeitada, necessário seria passar por um processo de convencimento da sociedade na busca da credibilidade. Isso significava preparar a nova Administração Pública para superar os modelos anteriormente existentes, ou seja, promover a ruptura com as práticas do patrimonialismo e a superação da rigidez burocrática.

Passou também a ser relevante não só a busca pela capacitação profissional dos talentos individuais, mas também o entusiasmo dos funcionários públicos no exercício das suas funções administrativas, visando a um reflexo positivo na qualidade do serviço prestado e na produtividade.

Importante ressaltar que, nesse momento, o gerencialismo não aniquilou a existência da burocracia, pois não rejeitava a real necessidade da existência de um controle eficaz sobre a máquina estatal. Certas práticas burocráticas como instituição de concurso público, estruturação de carreiras e sistemas de treinamentos, precisavam ser mantidas; o que necessitava de sepultamento era o patrimonialismo com todos as suas práticas imorais.

A incorporação de recursos tecnológicos, a capacitação de funcionários voltada para as suas competências, a mudança do papel do chefe cedendo lugar para o líder, o reconhecimento da necessidade da prestação de serviços públicos de qualidade, o trabalho em equipe, o incentivo e a motivação, dentre outros, foram se tornando essenciais para o funcionamento da máquina pública, permitindo abrir espaço para a criatividade e as inovações no serviço público brasileiro.

A responsabilidade social do governo passou a ser reconhecida como um direito de cidadania, o que tirava do Estado a posição de superior à sociedade e aniquilava de vez com a Teoria da Irresponsabilidade Social do Estado.

O termo *accountability*, representa o dever que hoje os governantes, os servidores públicos e os políticos têm de prestar contas da sua gestão administrativa não apenas à sociedade, mas, também, aos órgãos fiscalizadores do governo, como forma de manter a transparência governamental e permitir que haja o acompanhamento de todos os interessados na aplicação da equidade e da probidade administrativa, afinal o patrimônio público pertence à coletividade. Nesse sentido, a internet permitiu a disponibilização das informações referentes aos atos e fatos públicos.

No entanto, nada disso seria possível sem a adoção de Princípios que deveriam reger a Administração Pública, além da luta pela mudança da mentalidade coletiva quanto ao papel do Estado na busca do bem-estar comum.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CORRELATOS

A Constituição Federal é o guia que norteia o Direito Administrativo, devendo os seus princípios básicos e valores fundamentais estabelecerem as diretrizes das ideias centrais do sistema de governo, de modo que haja uma compreensão clara de como o país se organiza.

Além dos princípios implícitos que regem a Administração Pública, no art. 37 da atual Carta Constitucional, é possível encontrar-se alguns princípios orientadores da atividade administrativa que devem ser respeitados como condições básicas para a tomada de decisões e para a emissão de atos administrativos: Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Princípio da Eficiência.

O Princípio da Legalidade nasceu da ideia de combate ao absolutismo monárquico, ao dispor que a Administração Pública deveria atuar observando rigorosamente as regras ditas pelo Direito, já que o Estado tinha o dever de respeitar as próprias leis que editava.

Porém, ressalte-se que o Princípio da Legalidade não foi capaz de conter os abusos existentes na Administração Pública antiga. Assim, foi que esse princípio começou a abranger também os conceitos de juridicidade, proporcionando ao juiz a possibilidade de verificar a conformidade do ato administrativo não só com a lei restrita, como também com os outros princípios constitucionais existentes, dando amplitude ao controle jurisdicional da atividade administrativa.

No exercício da função administrativa, o administrador deve agir com estrita observância e aplicação do preceito legal, sem abrir margem de observação à conveniência, interesse público e oportunidade da conduta, resultando em um poder vinculado a que se submete toda a Administração Pública. Esse poder vinculado faz com que o legislador obedeça a todos os requisitos da lei, sendo necessário, para fins de sua validação, o confronto entre o ato administrativo editado e a lei.

Sob essa ótica, esclarece Moraes (2004, p. 30):

A moderna compreensão filosófica do Direito, marcada pela normatividade e constitucionalização dos princípios gerais do Direito e pela hegemonia normativa e axiológica dos princípios, com a consequente substituição, no Direito Administrativo, do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade, demanda, por um lado, uma redefinição da discricionariedade, e por outro lado, conduz a uma redelimitação dos confins do controle jurisdicional da Administração Pública.

O Princípio da Impessoalidade é contrário às práticas administrativas da época patrimonialista, já que faz referência ao fato de que a atuação administrativa não pode ser voltada especificamente para determinadas pessoas, mas para a defesa do interesse comum, objetivando proporcionar tratamento isonômico àqueles que se encontram em idêntica situação, evitando discriminações que favoreçam ou prejudiquem alguém. Tal princípio impõe ao administrador que pratique um ato voltado somente para o seu fim legal, evitando o desvio de finalidade, o excesso de poder, a omissão administrativa ou o favorecimento pessoal.

Sob essa ótica, o Princípio da Publicidade dispôs sobre a necessidade da ampla divulgação dos atos oficiais da Administração Pública para o estabelecimento do início dos seus efeitos e para sua submissão ao controle externo, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei. Sobre o assunto, frise-se que a partir dos anos 1950, esse princípio começou a ser reforçado com forte carga de moralidade administrativa e, desse modo, a regra do sigilo foi substituída pela ideia da necessidade da publicidade dos atos do governo.

Incluído no texto constitucional por meio da Emenda Constitucional no 19, de 4 de junho de 1998, o Princípio da Eficiência tem o sentido sobre a satisfação dos usuários dos serviços públicos em obterem atendimento de qualidade, ao necessitarem do Estado. Pode também ser relacionado quanto à economia e competência por parte dos servidores na realização dos serviços internos, ou seja, quanto ao modo de atuação do agente público na economia dos gastos públicos.

Convém lembrar que, atualmente, muito se tem questionado quanto ao controle jurisdicional do Princípio da Eficiência, em relação à possibilidade de intervenção do Poder Judici-

ário em atos administrativos dotados de legalidade, já que há de se ter respeito às prioridades e ao poder discricionário atribuído aos administradores públicos. Tem se consagrado, ultimamente, na doutrina relativa ao assunto, que o Poder Judiciário não pode compelir a tomada de decisão só por entender ser de maior grau de eficiência, é preciso que tenha sido observada a proporcionalidade entre os meios utilizados pelo administrador e os fins que se pretendem alcançar.

Quanto aos Princípios implícitos da Razoabilidade e da Proporcionalidade, é necessário esclarecer que razoável significa a relação entre a realidade do caso concreto apresentado e a solução escolhida pelo administrador para solucioná-lo, enquanto que proporcional remete ao sentido de que o meio empregado no exercício da função administrativa seja compatível com o fim desejado e que as vantagens da utilização desse meio superem as desvantagens.

No que diz respeito à proporcionalidade e razoabilidade, perfeita é a colocação de Dias (2008, p. 64):

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade impõem a análise de **todos os aspectos** do ato administrativo, pois nenhum desses aspectos pode subsistir validamente se ultrapassar as fronteiras da proporcionalidade e da razoabilidade: tais princípios constitucionais aplicam-se a toda a atividade administrativa.

Até mesmo a conveniência e a oportunidade do ato administrativo (= mérito) submetem-se aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Contemporaneamente, assim como já não se pode falar em mera “reserva legal”, que foi substituída pela “reserva legal proporcional e razoável”, também já não se pode falar em mera “conveniência e oportunidade”, mas em “**conveniência e oportunidade proporcionais e razoáveis**”, porquanto o juízo irrazoável ou desproporcional de conveniência ou de oportunidade é inconstitucional.

Por seu turno, o art. 70 da CF/88 determina que haja controle externo dos atos da Administração Pública, exercido pelo Congresso Nacional, auxiliado pelo Tribunal de Contas, nos aspectos de legalidade, legitimidade e economicidade, e ainda, sistema de controle interno dentro de cada Poder.

4 CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Alguns governantes, quando acumulam certo poder em suas mãos, tendem a usá-lo em proveito próprio, e, movidos pela imprevisível natureza humana, desobedecem ao que foi estabelecido por eles mesmos, atitude que conduz à violação da legislação.

O Judiciário Brasileiro tem amplo poder de fiscalização e correção da atividade administrativa. Portanto, é notório que a sua inafastável atuação é exercício democrático de direito do Estado, vital para a existência da segurança jurídica dos atos emanados da Administração Pública, para a proteção dos direitos fundamentais de todo cidadão, e que, na ocorrência de ameaça ou dano a esses direitos, o Poder Judiciário reprimirá a atividade administrativa. Ademais, quando houver violação de direitos subjetivos do administrado resultando em situações contenciosas, caberá a ele promover a apreciação jurisdicional.

Em algumas situações, a atividade administrativa estará presa aos dispositivos legais, definindo ao administrador público o único comportamento possível, não restando opções para agir de uma ou outra forma ou avaliar conveniência e oportunidade na sua conduta. O seu desempenho será efetuado por intermédio de atos vinculados inteiramente definidos em lei, nos seus elementos e requisitos necessários à formalização do ato. Se esse ato resultou de bases não jurídicas, longe, pois, da vontade constitucional, deverá ser considerado nulo, já que primordialmente se faz o cumprimento fiel da Constituição Federal vigente, observando os direitos fundamentais nela constantes e os valores dos princípios consagrados para que haja uma forma legítima e efetiva da produção dos efeitos dos atos da Administração Pública.

Alexandrino e Paulo (2007, p. 161), completam o sentido desse entendimento:

Devemos lembrar que todos os atos administrativos são vinculados quanto aos requisitos competência, finalidade e forma. Os atos ditos vinculados também o são quanto aos requisitos motivo e objeto, ou seja, não cabe à Administração tecer considerações de oportunidade e conveniência quanto à sua prática nem escolher seu conteúdo. O poder vinculado apenas possibilita à Administração executar o ato vinculado nas estritas hipóteses legais e observando o controle rigidamente estabelecido na lei. O ato que se desvie minimamente dos requisitos minuciosamente previstos na lei será nulo e caberá à Administração ou ao Poder Judiciário declarar sua nulidade.

Em determinados casos, a lei confere ao administrador certa margem de liberdade de agir, condicionando sua apreciação subjetiva a limites legais estabelecidos. Esse é o poder de discricionariedade, conferido ao administrador para optar entre várias soluções possíveis, avaliando os atos que irá praticar de acordo com a maior conveniência e a melhor oportunidade, visando sempre a atender ao interesse coletivo. Nesses casos, se houver arbitrariedade, deve ser contida pelo Judiciário sempre que ultrapassar o limite que a lei impõe.

A partir da ideia de que o ato administrativo possui elementos vinculados e discricionários, o mérito do ato administrativo pode ser entendido como a obrigação do Estado em exercer uma boa administração por meio da conveniência e da oportunidade; a adequação da norma expedida com as regras positivadas de boa gestão. No sistema brasileiro, a cognição judicial sobre o ato administrativo incide sobre todos os aspectos do ato administrativo, sem exceção. Portanto, mesmo o mérito está sujeito ao controle, à apreciação, à sindicância, ao exame judicial. Assim, não há ato administrativo que, por sua natureza, seja insuscetível de controle pelo Poder Judiciário.

Quando se diz que o mérito do ato administrativo é insindicável pelo Judiciário, significa dizer que não pode ser substituído tendo como guia o juízo de valor do juiz envolvido, o que caracterizaria uma atividade decisória advinda do controle judicial. Dessa forma, o mérito do ato administrativo é também passível de anulação, correção ou substituição pelo Judiciário, mas somente quando ameaçar os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade, embora, repita-se, esse poder seja limitado, já que só será exercido se houver ofensa a tais princípios constitucionais. Não há, pois, no ato administrativo discricionário, um núcleo inexaminável pelo Judiciário. O que há é um núcleo imodificável: aquele núcleo que tenha observado os limites da proporcionalidade e da razoabilidade.

Outro esclarecimento que merece atenção é que, quando se qualifica um ato como discricionário ou vinculado, não se quer dizer que não haja aspectos vinculados nos atos discricionários nem que inexistam aspectos discricionários nos atos denominados vinculados, pois não há a expedição de um ato que seja totalmente vinculado ou outro que seja totalmente discricionário.

5 CONCURSO PÚBLICO

Todo o exposto acima mexeu com a estrutura da Administração Pública do país, que passou a exigir definições e atribuições para a ocupação dos cargos públicos.

Na antiguidade, visando afastar os parentes dos administradores dos cargos públicos, foi utilizado o método de sorteio para que uma pessoa exercesse uma função pública. Mas esse procedimento logo foi abandonado, já que não podia garantir a qualidade do exercício das atribuições do cargo pela pessoa que fora sorteada.

Na Idade Média, a Administração Pública trouxe pessoas providas de riquezas para ocupar cargos públicos, quando adotou o método de compra e venda dos cargos. Porém, esse método se mostrou tão falho quanto o do sorteio, já que riqueza não significava competência no desempenho das atividades públicas. Posteriormente, a herança do exercício da função pública, passada de geração para geração, também não garantiu a entrada de pessoas comprometidas no quadro funcional da Administração Pública.

Semelhante ao método de compra e venda, houve também a tentativa de se utilizar o arrendamento de cargos públicos como forma de escolha de funcionários públicos. Esse processo consistia no aluguel do exercício da função pública pelo Estado para um particular por prazo determinado.

O nepotismo teve sua força maior quando a nomeação indistinta de pessoas pelo governo foi possível, já que não havia critérios para escolha de quem iria ocupar os cargos públicos disponíveis.

As eleições diretas e indiretas para os cargos também já foram um método utilizado para a seleção de funcionários públicos, porém, assim como todos os métodos acima descritos, não asseguravam a escolha de pessoas competentes para fazer parte dos quadros da Administração Pública.

Finalmente, passou a ser adotado o método do concurso público para que um cidadão fosse considerado servidor público ocupante de cargo efetivo ou empregado público. Mesmo que o concurso público não esteja isento de vícios e falhas, é o instrumento mais eficiente e justo de recrutamento de pessoas, pois seleciona pessoas que realmente tenham condições adequadas ao exercício de uma função pública.

O objetivo da escolha de servidores por meio de concurso público é o de avaliar democraticamente as capacidades individuais reveladas nas resoluções das provas para atender às necessidades de execução de serviços específicos do órgão, além de garantir também o atendimento dos Princípios da Impessoalidade, Imparcialidade, Moralidade e Eficiência.

Atualmente, segundo o art. 37, II, da Constituição Federal, a aprovação em concurso público e a posterior nomeação do servidor para o cargo é a única forma possível para que exista vínculo inicial entre um indivíduo e um cargo público.

Consta em Meirelles (2006, p. 434) que:

O concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade dos cargos ou empregos, consoante determina o art. 37, II da CF. Pelo concurso afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando cargos e empregos públicos.

São mantidas no Brasil ainda as técnicas de seleção da nomeação e da eleição nos seguintes casos: nomeação para os membros dos tribunais do Poder Judiciário, além de outros cargos de relevo, e nas eleições para escolha de agentes políticos e públicos, como exemplo desse último os juizes de paz, membros do Conselho da República e dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público.

6 CÓDIGO DE ÉTICA, PROGRAMA DE CAPACITAÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO E PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Em 13 de abril de 1990, foi publicada a Lei nº 8.027, que dispõe sobre normas de conduta dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas e

estabelece as penas aplicáveis às faltas administrativas, de cargo em comissão, de acordo com o ilícito disciplinar cometido.

Visando ao resgate da confiança no serviço desempenhado pelos servidores públicos, que carregam até hoje a imagem da corrupção, do favoritismo, do apadrinhamento e da incompetência do passado, foi editado o Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994, que aprovou o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, alterado posteriormente pelo Decreto nº 6.029, de 1/2/2007, que instituiu o Sistema de Gestão de Ética do Poder Executivo Federal, estabelecendo ainda os deveres e vedações que deverão ser observados por todo servidor.

Em resumo, o Código de Ética pode ser considerado como um conjunto de normas morais que ordena o comportamento dos servidores públicos no exercício das suas atribuições, ao dispor que todos os órgãos e entidades que exerçam atribuições delegadas pelo poder público deverão possuir a sua própria Comissão de Ética com a finalidade de orientar e acompanhar a ética profissional existente no ambiente de trabalho.

No ano de 2006, foi expedido o Decreto nº 5.707, que trata da gestão por competências e do programa de capacitação do servidor público, cria escolas de governo, programas de treinamentos regularmente instituídos e concede a licença remunerada para capacitação.

Tudo isso demonstra o quanto a Administração Pública está cada vez mais vigilante ao cumprimento do Princípio da Moralidade. Ao recomendar a instauração de um Processo Administrativo Disciplinar – PAD, sempre que houver qualquer transgressão administrativa cometida pelos servidores públicos no exercício das suas funções, a Administração Pública garante estar alerta também ao bom desempenho das atividades administrativas, sempre direcionadas ao bem-comum.

Convém lembrar, nesse momento, que qualquer premiação ao servidor como elogios por escrito, entrega de medalhas ou menções honrosas devido ao cumprimento exemplar da função pública exercida por servidores comprometidos com os deveres do Estado, fica a critério do poder discricionário do administrador público, enquanto que a sanção disciplinar exige a sua atuação imediata, não sendo permitida a omissão da administração diante de um ilícito administrativo.

CONCLUSÃO

A Administração Pública evoluiu muito desde o tempo colonial até os dias atuais. O Estado absolutista exercia profunda intromissão na vida social dos cidadãos, além de não possuir qualquer necessidade de prestação de contas ou responsabilização perante os cidadãos. A partir da segunda metade do século XX é que o Estado se voltou às funções sociais e assistenciais, buscando efetivamente o bem-comum.

Por meio da administração gerencial, hoje o serviço público brasileiro é administrado com foco na qualidade dos serviços públicos prestados e na qualificação dos servidores públicos brasileiros.

Além disso, hoje conta-se com o Código de Ética, o Programa de Capacitação dos Servidores Públicos e o Processo Administrativo Disciplinar como forma de orientar a conduta dos representantes do Estado na prestação de serviços públicos e reprimir qualquer desvio cometido.

É preciso haver conscientização e comprometimento quanto à finalidade do Estado e o exercício da função pública, não só por parte dos servidores públicos, mas também por toda a sociedade, para que a máquina estatal mude essa imagem negativa dos serviços públicos prestados e do corpo funcional que possui e passe, finalmente, a ser respeitada e dotada de credibilidade.

Mas essa não é uma tarefa fácil. É um desafio que exige atenção permanente do Estado quanto às necessidades humanas e sociais, driblando a tensão social que existe na relação sociedade e serviço público.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 13. ed. Niterói: Impetus, 2007.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- _____, Decreto nº 1.171, de 22/6/1994. Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal e dá outras providências. Disponível em <www.presidencia.gov.br> Acesso em: 13.nov.2011.
- _____, Decreto nº 3.507, de 13 de junho de 2000. Dispõe sobre o estabelecimento de padrões de qualidade do atendimento prestado aos cidadãos pelos órgãos e pelas entidades da Administração Pública Federal direta, indireta e fundacional, e dá outras providências. Disponível em <www.presidencia.gov.br> Acesso em: 13.nov.2011.
- _____, Decreto nº 5.707, de 23 de fevereiro de 2006. Institui a Política e as Diretrizes para o Desenvolvimento de Pessoal da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e regulamenta dispositivos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em <www.presidencia.gov.br> Acesso em: 13.nov.2011.
- _____, Decreto nº 6.029, de 1.2.2007. Institui o Sistema de Gestão de Ética do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em <www.presidencia.gov.br> Acesso em: 13.nov.2011.
- _____, Decreto nº 6.932, de 11 de agosto de 2009. Dispõe sobre a simplificação do atendimento público prestado ao cidadão, ratifica a dispensa do reconhecimento de firma de documentos produzidos no Brasil, institui a “Carta de Serviço ao Cidadão” e dá outras providências. Disponível em <www.presidencia.gov.br> Acesso em: 1º.dez.2011.
- _____, Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece as diretrizes da reforma administrativa e dá outras providências. Disponível em <www.presidencia.gov.br> Acesso em: 1º.dez.2011.
- _____, Lei nº 8.027, de 12 de abril de 1990. Dispõe sobre normas de conduta dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas, e dá outras providências. Disponível em <www.presidencia.gov.br> Acesso em: 1º.dez.2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FERNANDES, André Dias. **Da aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no controle jurisdicional dos atos administrativos**. Rio de Janeiro, 2009. Pós-Graduação Lato Sensu, nível especialização em Poder Judiciário – Fundação Getúlio Vargas Rio.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira; BRESSER, Luís Carlos; SPINK, Peter. **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_3431/artigo_sobre_patrimonialismo. Acesso em 13.fev.2012.

http://editoraferreira.com.br/publique/media/luciano_toq27.pdf. Acesso em 13.fev.2012.

ASPECTS OF PUBLIC ADMINISTRATION IN BRAZIL

Abstract: The article describes the formation of public administration in Brazil, its evolution and as it stands today in the country. This approach will demonstrate the changes over time and the importance of awareness of the whole society to abandon the primary idea that public service is noted by poor services, corruption of the state machine and unpreparedness of public servants. It demonstrates the measures adopted by the State to rescue the credibility of its actions since the adoption of constitutional principles for the jurisdictional control of the Public Administration, of a code of ethics, training programs for civil servants and the establishment of Administrative Disciplinary Process.

Keywords: Public Administration. Public Servants. Contest. Jurisdictional control. Code of Ethics.

LA PERMANENCIA DEL DERECHO ROMANO EN LOS CÓDIGOS EUROPEOS E IBEROAMERICANOS¹

Luis Rodríguez Ennes

Catedrático de Direito Romano (Universidade de Vigo, Espanha)
sdefdo@uvigo.es

Sumário: Introducción. I.- Antecedentes históricos del movimiento codificador. 1.1. Labor de los humanistas durante el Renacimiento. 1.2 Siglo de las Luces. Derecho natural. II.- Las codificaciones: el retraso de la codificación en España y Alemania. III.- Las codificaciones iberoamericanas: influjo del Proyecto español de 1851. Conclusión.

Resumen: El Derecho Romano está presente en los distintos sistemas jurídicos aunque con diferente intensidad. En consecuencia, el derecho inglés tampoco dejó de percibir la influencia del romano e, incluso, está más cerca del *modus operandi* de éste que el de los países que se rigen por códigos. Por su parte, los codificadores iberoamericanos utilizaron como guía de su nueva legislación al Derecho Romano.

Palabras clave: Sistemas Jurídicos. *Common Law*. Codificación.

INTRODUCCIÓN

Una primera clasificación de los sistemas jurídicos de características occidentales obliga a distinguir entre los que se encuentran expuestos fundamentalmente en forma de códigos y los que se acomodan al sistema del *Common Law* (sistema anglonorteamericano). El Derecho romano está en algún modo presente en los diversos sistemas jurídicos, aunque necesariamente con distinta intensidad, según la mayor o menor preponderancia del derecho nacional y la diversidad de concepciones ideológicas que han inspirado y determinado la evolución particular de cada sistema jurídico. Tampoco el derecho inglés dejó de percibir la influencia del romano y, en todo caso, está más cerca del *modus operandi* de éste que el de los países que se rigen por medio de códigos. Así pues, no es tanta la separación entre estas dos esferas del derecho para que haya un abismo entre ellas. Aunque el canal, llamado inglés por los británicos, separa a la Isla del resto de Europa, sirve también de gran vía de comunicación. La nave del Derecho romano lo surca incesantemente y desde hace siglos impide que se cree un abismo entre estas dos grandes culturas jurídicas. Nunca conviene olvidar que las diferencias entre ambos sistemas inciden con más fuerza sobre los aspectos formales. El espíritu del derecho inglés y el de los ordenamientos herederos de Roma mantienen, en el fondo, muchas más relaciones que los aspectos exteriores de ambos mundos del derecho².

1 El presente trabajo, enriquecido con el aparato crítico, constituye el texto completo de la ponencia presentada en la X Semana FA7 de Direito em Homenagem ao Prof. Dr. Agerson Tabosa Pinto sobre “A presença do Direito romano no direito contemporâneo” Fortaleza (Brasil), del 29 al 31 de agosto de 2011.

2 RODRÍGUEZ ENNES, L., “La recepción del Derecho romano en Inglaterra”, en Actas del Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Romano (Granada, 1995) p. 203.

La génesis del fenómeno de las modernas codificaciones arranca propiamente de las llevadas a cabo a principios del siglo XIX por los estados autoritarios europeos, siguiendo el ejemplo de la Francia revolucionaria; especialmente por lo que al Derecho romano se refiere, fue el Código civil francés el que provocó por primera vez un colapso radical en el estudio del Derecho romano, que desde entonces no podía ya presentarse como útil para la práctica, es decir, en la forma del *mos italicus*. Este mismo fenómeno iba a producirse necesariamente en todos aquellos países que durante el siglo XIX fueron recogiendo su derecho en forma de códigos, imitando el de Napoleón que, a su vez, recogía la tradición romanística anterior, en la forma que le habían dado los juristas-prácticos de fines del siglo XVIII³. El Código Napoleón influyó poderosamente en el italiano de 1865 y en el proyecto español de 1851, el cual, como veremos, tuvo, a su vez, amplia repercusión en numerosos códigos civiles de los recientes estados iberoamericanos⁴.

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL MOVIMIENTO CODIFICADOR

1.1.- Labor de los humanistas durante el Renacimiento.

El Renacimiento, al fortalecer la labor individual y poner la base del concepto moderno de ciencia –lo cual significaba no guiarse ya por la mera autoridad que impone unas conductas o unas verdades– hizo posible una aproximación nueva a los textos, acentuando el sentir histórico y la actitud crítica. En este momento histórico, juristas formados en el latín y el griego comienzan a criticar los textos del digesto, iniciándose así la crítica histórica. Se logra una nueva actitud, sobre todo a través de la escuela humanista francesa –por lo que se denomina *mos galicus*, en contraposición al *mos italicus*– y empieza a hacerse crítica textual viendo alteraciones en la hasta entonces intangible obra de Justiniano.

Esta nueva actitud ante el texto justiniano tiene destacados cultivadores, sobre todo en Francia, dado que la oposición de la Iglesia católica al humanismo jurídico había empujado a sus representantes hacia el protestantismo y fue en el país vecino donde encontraron un clima de tolerancia. A partir del siglo XVII, la jurisprudencia humanista fue conocida bajo el nombre de Escuela *de culti* o de Jurisprudencia elegante⁵. Entre los humanistas más importantes de la escuela francesa se encuentran Cuyacio y Donello. Las persecuciones contra los hugonotes provocaron la huida de los *culti* a Holanda, destacando Vinnio, Voet y, sobre todo, Grocio unánimemente reconocido como uno de los progenitores del moderno derecho natural. Por lo que respecta a Alemania, el humanismo jurídico penetra al socaire de la recepción del Derecho romano en el siglo XVI dando lugar al *usus modernus pandectarum*, germen de la Escuela Histórica del XVIII y la Pandectística del XIX⁶. En acertado decir de Cannata, el *usus modernus* supo armonizar las tendencias filológicas, históricas y sistemáticas de la jurisprudencia elegante con las preocupaciones prácticas de los juristas alemanes preocupados de obtener un equilibrio entre el derecho común y los derechos locales⁷.

1.2- Siglo de las Luces. Derecho natural

El siglo XVIII es un período de equilibrio que se extiende entre dos grandes convulsiones que han sacudido y agitado la Europa de la modernidad. La primera sacudida proviene de las denominadas “Guerras de religión” que asolaron a Europa a lo largo de casi dos centurias

3 FERNÁNDEZ BARREIRO, A., La tradición romanística en la cultura jurídica europea (Madrid, 1992) p. 84.

4 RODRÍGUEZ ENNES, L., “Florencio García Goyena y el proceso codificador iberoamericano”, en AHDE 76 (2006) p. 705-727.

5 FERNÁNDEZ BARREIRO, A., “La dimensión político cultural del humanismo jurídico”, en SCDR (2000) p. 69 ss.

6 FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Derecho Público Romano⁷ (Madrid, 2004) p. 248 ss.

7 CANNATA, C. A., Historia de la Ciencia Jurídica Europea, trad. Esp. Gutiérrez Masson (Madrid, 1996) p. 162.

y cuyo término cabe situar a fines del XVII. La segunda está representada por las “guerras revolucionarias” que desde su eclosión a partir de las revoluciones americana (1776) y francesa (1789) van a ir removiendo Europa hasta poner punto final –mediado el siglo XX– al colonialismo. En medio de estos dos períodos agitados por la guerra se extiende el siglo XVIII como una etapa de equilibrio, ciertamente no con ausencia total de enfrentamientos bélicos, en el que cristaliza una utopía soñada por muchos de los más conocidos e ilustres pensadores de la época⁸. En 1784 contestaba Kant a la pregunta ¿Qué es la Ilustración? Con una reflexión sobre el uso libre de la razón que había emancipado al hombre de las antiguas creencias⁹. Esta razón, la misma que en el Renacimiento desarrollara un espíritu humanista enfrentado al teológico medieval, sería la base de una nueva cultura forjada en esencia en la baja modernidad, a partir de una revolución metodológica que transformó el conocimiento humano haciéndolo crítico y experimental¹⁰.

Este nuevo método empírico hecho de orden y precisión, desarrollado por el pensamiento matemático y geométrico del siglo XVII, fue puesto por último al servicio de las ciencias del hombre y de la naturaleza¹¹. Así, a fines del siglo XVII, la física newtoniana, partiendo de hechos probados, fija las leyes de la naturaleza superando el racionalismo abstracto cartesiano¹², por esa misma época Locke redacta en sendos tratados un nuevo código de política moderna y de entendimiento humano con sus virtudes de tolerancia, beneficencia y humanidad¹³; y en las Universidades de Heidelberg, Halle, Gotinga, autores como Puffendorf, Wolff o Heineccius, aplicando la sola razón al conocimiento del Derecho natural, acabaron por desligar la ley humana de la divina¹⁴.

La razón, convertida en arma de la nueva cultura, se hace crítica y universal, enfrentándose a una concepción del mundo profundamente marcada por más de mil años de cristianismo. Como si de una onda laica del espíritu libertario de la Reforma se tratase, esta razón, como apuntaba Leibniz, proviene de un norte germánico capaz de adoctrinar a un mundo latino que apenas transmite otra luz que la tenue de la tradición¹⁵. De ella nace una nueva civilización que por oposición a una presunta oscuridad anterior, similar a la noche gótica o medieval de los renacentistas se conoce en todas partes con el nombre de Ilustración o las Luces, en oposición a los “Siglos Oscuros”. “En saliendo de Europa todo se nos figura barbarie” dirá Feijóo consciente de que la luz sólo se ha posado sobre el continente europeo¹⁶.

8 FLOREZ, M., *La filosofía en la Europa de la Ilustración* (Madrid, 1998) p. 9.

9 KANT, E., *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung* (Berlín 1784); cfr. *Was ist Aufklärung. Thesen und Definitionem* (Stuttgart, 1978).

10 HALL, C., *The Scientific Revolution 1500-1800* (Boston, 1956); KOYRE, A., *From the closed world to the infinite universe* (trad. esp. Madrid, 1979).

11 HAZARD, P., *El pensamiento europeo en el siglo XVIII* (trad. esp. Julián Marías, Madrid, 1958); HILL, *The century of the revolution 1603-1714* (Londres, 1961); PENNINGTON, Ch. *Europa en el siglo XVII* (Madrid, 1973).

12 NEWTON, I., *Philosophie naturalis principia mathematica* (Londres, 1687, trad. esp. F. Rada, Madrid, 1987): “Toda la dificultad de la filosofía parece consistir en que a partir de los fenómenos del movimiento, investiguen las fuerzas de la naturaleza y después, desde estas fuerzas, demostraremos el resto de los fenómenos” (Prefacio).

13 LOCKE, J., *Essay of human understanding* (Londres, 1690). Su divulgación europea vino propiciada por su traducción francesa *Essai philosophique concernant l’entendement humain* (trad. de P. Coste, Amsterdam, 1729). Como señala RODRÍGUEZ ARANDA en su prólogo a la trad. esp. (Madrid, 1987) p. 6: “La influencia de Locke en España fue muy profunda. En todo el tiempo transcurrido desde Feijoo hasta Martí de Eixalá no hay un solo filósofo que no acuse su huella”.

14 THOMASIIUS, Ch., *Fundamenta iuris naturae et gentium* (Halle-Leipzig, 1705); WOLFF, J. Ch., *Elementa mathematicae universae* Halle-Magdeburgo, 1703-1715); *Philosophie rationalis, sive logica* (Frankfurt-Leipzig, 1728); *Gesammelte Werke Zweite Abteilung: Lateinische Schriften* (Hildesheim-Nueva York, 1969); HEINECCIUS, J. G., *Elementa Philosophiae rationalis et moralis* (Frankfurt del Oder, 1728); *Elementa iuris nature et gentium* (Halle, 1738)-Madrid, 1776); BOBBIO, N., *Il diritto naturale nel secolo XVIII* (Turín, 1947).

15 CORONAS GONZÁLEZ, S., “El pensamiento jurídico de la Ilustración en España”, en *Historia del pensamiento jurídico*, Tomás de Montagut (ed.) (Barcelona, 1999) p. 155.

16 SÁNCHEZ AGESTA, L., “España y Europa en el pensamiento español del siglo XVIII”, en *Cuadernos de la Cátedra Feijoo 2* (Oviedo, 1995) p. 3.

El siglo XVIII se caracteriza por elevar a la razón a la categoría de suprema deidad lo que, obviamente, va a enfrentarlo con la religión, la filosofía y el derecho imperantes. Al derecho se le aplica el mismo método que a la investigación científica, se rompe también aquí con el viejo sistema deductivo, se descompone la realidad hasta sus últimos elementos y por el camino del análisis se reconstruye el viejo edificio social. Cuando Leibniz declara que la ciencia del derecho pertenece a las disciplinas que no dependen de experiencias sino de definiciones, no de hechos, sino de demostraciones rigurosamente lógicas, asimilaba el derecho a la aritmética pura porque lo que ésta nos enseña sobre la naturaleza de los números y sus relaciones implica una realidad eterna y necesaria¹⁷. Así lo hicieron Grocio y Puffendorf, y así cobra sentido la expresión del primero según la cual el derecho natural podría constituirse y tener validez *etsi Deus non daretur*¹⁸. A partir de entonces, la legislación positiva deja de ser considerada participación en la ley eterna divina y se convierte en una reflexión sobre la naturaleza humana. Esta tendencia secularizada de concebir al derecho triunfa en la Europa ilustrada donde la relación entre los individuos y entre el derecho es contemplada a la luz de la “naturaleza del hombre”.

Estas mentes claras, iluminadas “por las luces de la razón”, no se limitaron a criticar lo caduco, sino que pretendieron reformar el sistema jurídico por el que se regía la sociedad. Como ha apuntado Tomás y Valiente, lo que intentaban conseguir era una sociedad estamental racionalizada y progresiva y un derecho adecuado a la misma, para lo cual pensaban que éste debía ser racional, uniforme y emanado de la autoridad soberana, del rey absoluto. Todos los proyectos de reforma ahora elaborados tienen un fundamento común: la exigencia de sustituir la vieja “jurisprudencia” basada en el derecho romano por un sistema nuevo construido sobre bases iusnaturalistas y racionales¹⁹. La doctrina basada en el *ius commune*, que había constituido desde el siglo XIII el fundamento común del quehacer de los juristas y la tradición culta de la que éstos se nutrían, fue combatida desde distintos ángulos de tiro en el “Siglo de las Luces”²⁰.

En la ciencia del derecho, el siglo de la Ilustración consagra el triunfo de la doctrina del derecho natural. Que el derecho romano fue combatido con rigor creciente a medida que el racionalismo crítico del XVIII se difundió entre nosotros, está fuera de toda duda. Esta corriente antiromanista enlazaba con la idea del derecho popular –propia del iusnaturalismo– al exigir a las leyes una claridad y sencillez tales, que pudieran ser comprendidas por todos, sin necesidad de la intervención de los juristas. Durante la primera mitad del siglo XVIII, los iusnaturalistas emiten sobre el derecho romano juicios y opiniones que, por su acrimonia, recuerdan la crítica del humanismo sobre el *mos italicus*. Este ambiente hostil provoca que el interés hacia el derecho romano descienda y que los espíritus se orienten hacia el derecho natural y hacia las reformas humanitarias del derecho penal²¹.

Como fenómeno europeo, el derecho natural parece ser el enemigo del derecho romano. Esto, sin embargo, no es verdad o es verdad sólo en parte muy pequeña. El derecho natural – como derecho de profesores que era – no podía eliminar el derecho de juristas, y sólo a través de la legislación pudo influir en la práctica. Muchos iusnaturalistas abomi-

17 RODRÍGUEZ ENNES, L., Acotaciones histórico-jurídicas al Siglo de las Luces (Madrid, 2010) p. 27-28.

18 LASSIDER, E., La filosofía de la Ilustración 3 (México, 1997) p. 264.

19 TOMÁS Y VALIENTE, F., Manual de Historia del Derecho Español 2 (Madrid, 1980) p. 383.

20 WIEACKER, F., Historia del derecho privado de la Edad Moderna, trad. esp. Fernández Jardón (Madrid, 1957) p. 197 ss.; THOMANN, A. P., “Influence du philosophe allemand Christian Wolff (1679-1754) sur l’Encyclopedie et le pensée politique et iuridique du XVII e siècle français », en APLD 13 (1968) p. 234 ss. ; con la literatura citada en la nota 1 de la pág. 235 ; COING, H., « Die juristische Fakultäten der Aufklärungszeit. Geschichte einer Studienreform », en JAWG (1970) P. 34 SS. ; id., « L’insegnamento della giurisprudenza nell’epoca dell’Illuminismo », en L’Educazione giuridica. Il profili storici (Perugia, 1970) p. 140 ss.

21 Sobre el tema, vid. nuestro: “El antiromanismo ilustrado”, en SDHI 74 (2008) p. 663-688, con abundante literatura al respecto.

naron del derecho romano, pero con acierto afirma Koschaker que “tales abominaciones son más bien expansiones temperamentales de profesores, a los que no debe concederse mucha importancia”²². Los iusnaturalistas, sobre todo sus más eximios representantes como Grocio o Puffendorf, fueron no sólo profundos conocedores del derecho romano, sino también amigos suyos.

2 LAS CODIFICACIONES: EL RETRASO DE LA CODIFICACIÓN EN ESPAÑA Y ALEMANIA

La codificación es, sin duda, uno de los fenómenos históricos más complejos de la evolución jurídica. Codificar es llegar a un grado de madurez en la ordenación del Derecho, que presupone siglos de variedad legislativa, desorden en la aplicación de las normas, fuertes corrientes filosóficas subyacentes, servicio a una ideología política muy definida y pugna doctrinal, en algunos momentos de gran crudeza²³. Código no designa cualquier libro que recoja y elabore reglas jurídicas. Indica, más cumplidamente, un libro que aspira además a la plenitud. En el fondo podría decirse que la aspiración a la plenitud es funcional al deseo del Código de imponerse, de dominar. El Código siempre históricamente ha sido llamado a realizar la función unificadora, que se nos aparece como el corolario de las aspiración a la plenitud. La codificación, pues, ha cumplido la función de unificar, suprimiendo fraccionamientos, subdivisiones, pluralidad de situaciones²⁴. Unificar indica, después, también una operación que se desarrolla en un ámbito geográfico o territorial, dirigida a suprimir las fuentes jurídicas locales y sustituirlas por una regla única y uniforme de acuerdo con los postulados del iusnaturalismo.

La aspiración a un derecho unitario, materializado en un código, responde a una convergencia de intereses políticos y económicos²⁵. Los ejemplos italiano y alemán nos ilustran claramente que, conforme a las aspiraciones de los economistas, la unificación del derecho privado se presentaba como la última medida que había que llevar a efecto para que el territorio nacional –ya unificado a nivel económico por la abolición de las aduanas internas y con la proclamación de principios constitucionales que sancionaban la movilidad de las personas y de las mercancías- ahora pudiese finalmente comenzar a funcionar como mercado. Ello queda corroborado por el hecho de que la codificación mercantil –que persigue la uniformidad de los negocios y de las transacciones comerciales- se anticipe en más de medio siglo a la civil²⁶.

España llegó a las vísperas de la codificación muy mal preparada, sin haber pasado por las etapas que vivieron otros países de la Europa continental y que fueron para ellos bases remotas o inmediatas de sus respectivos procesos codificadores. España es un país que no vivió la reforma protestante; que degolló inquisitorialmente un naciente y ortodoxo erasmismo; que atravesó con más amargura que triunfos un siglo de claroscuros, el barroco siglo XVII, lleno de

22 KOSCHAKER, P., *Europa y el derecho romano*, trad. esp. Santa Cruz Teigeiro (Madrid, 1955) p. 358.

23 ALONSO PÉREZ, M., “Ideal codificador, mentalidad bucólica y orden burgués en el Código civil de 1889”, en *Centenario del Código civil* (Madrid, 1990) p. 17.

24 Vid., CLAVERO, B., *El Código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea* (Madrid, 1982).

25 PIO CARONI, *Lecciones catalanas sobre la codificación* (Madrid, 1996) p. 26.

26 RODRÍGUEZ ENNES, L., “Proceso histórico de formación del Derecho civil de Galicia”, en *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela* 5 (1996) p. 251 ss. En decir de GÓMEZ DE ARBOLEYA, *Estudios de teoría de la sociedad y del Estado* (Madrid, 1962) p. 451 ss.: el Código tiene desde la Ilustración una doble dimensión. Por su contenido, en cuanto que el derecho codificado es fruto de una unión natural que es patrimonio común de todos los hombres, el Código tiene vocación universal utópica y acrónica. Pero el ámbito de su vigencia viene deslindado por el espacio hasta donde alcanza el poder político que ha propuesto; el Código es así consustancial con un Estado nacional hasta el punto de erigirse en instrumento poderoso para contribuir a la construcción o al fortalecimiento de la unidad nacional en cuanto permite superar el particularismo jurídico y lo sustituye por un sistema normativo unitario y coherente.

glorias literarias y artísticas, pero asimismo repleto de derrotas militares y miseria cotidiana; un país que entró en la centuria de la Ilustración europea con muy escasas energías intelectuales carente de raíces propias y sin ser apenas capaz de romper su ignorante aislamiento. Por eso, mientras otros países comenzaron a publicar sus nuevos Códigos ya en tiempos de las monarquías del despotismo ilustrado, España yacía pasiva en profundo letargo y su Derecho, construido en gran parte con materiales viejos e inservibles, permanecía confusamente recopilado²⁷ y ajeno a los nuevos aires doctrinales derivados del iusnaturalismo racionalista, desconocido por nuestros juristas y legisladores²⁸.

Tomás y Valiente ha señalado que la codificación civil española fue la “larga historia de una frustración”. Sin duda fue una larga marcha, un proceso que parecía no llegar a su fin. Una sociedad burguesa con Constitución, pero sin Código civil era una sociedad incompleta, coja, mal construida. El mismo autor ha declarado que el Código civil no se hizo antes “porque cuando se quiso no se supo y cuando se supo no se quiso”²⁹. A diferencia de lo sucedido en Francia, donde el *Code civil* precedió a los demás, el Código civil no sólo no abrió en España el proceso codificador, sino que constituyó su último capítulo. Es así ciertamente curioso que aquí llegara a codificarse antes el Derecho adjetivo o procesal civil, que el sustantivo al que aquél debiera adaptarse. Retraso todavía más grave aún si tenemos en cuenta que nuestros ilustrados sintieron vivamente el ideal codificador desde el siglo XVIII³⁰. Tal anomalía suele ser explicada por varias causas. El no haber alcanzado y consolidado los principios sobre los que se apoya la revolución liberal (el derecho de propiedad y las libertades fundamentales de la persona) ocupa un lugar prevalente³¹, la cuestión, indudablemente muy sugestiva sobrepasa el tema objeto de nuestro análisis, empero siempre quedará la duda de por qué triunfó el *Code Napoléon*, apenas iniciada la paz burguesa, o los Códigos italiano de 1865 o portugués de 1867 en países con tantos residuos feudales como el nuestro.

Los intentos de planificación legislativa por medio de códigos habían encontrado serias resistencias en Alemania debido al carácter federativo de la Confederación Germánica, hasta la fundación del Imperio por Bismarck, y aún en este estado federativo a duras penas pudo ser impuesta por el liberalismo nacional. La codificación del derecho civil alemán no se logra, en efecto, hasta 1900, fecha de entrada en vigor del B. G.B., fruto de la labor de sistematización jurídica de los últimos períodos de la Ciencia Pandectística, y representativo del estado unitario

27 Las Recopilaciones están muy lejos de lograr un Cuerpo Legal con carácter de verdadero Código. Se agrupan leyes sin orden, ni sistema, sin especialización de materias; falta un sentido íntimo de validez jurídica estable. Son colecciones de leyes o instituciones carentes de contornos inconfundibles (Cfr. ALONSO PÉREZ, M., “Ideal codificador”, cit., p. 18).

28 CLAVERO, B., La idea de Código en la Ilustración jurídica, Historia, Instituciones, Documentos (1978) p. 49-88.

29 TOMÁS Y VALIENTE, F., Manual de Historia, cit., p. 536.

30 En este sentido, FEDERICO DE CASTRO escribe: “El ideal codificador se hará sentir especialmente en la España del siglo XVIII; está en los proyectos de Ensenada, en el antirromanismo de Macanaz, en la petición de leyes derivadas de principios racionales de Jovellanos y en todo el deseo reformista del Setecientos” [Derecho civil de España I (Madrid, 1955) p. 194].

31 MALUQUER DE MOTES, C., ha escrito un importante trabajo dedicado a probar que la Codificación es el resultado final de un largo proceso, que o podía cerrarse hasta haber obtenido la total transformación de la propiedad y haber alcanzado el conjunto de los derechos individuales. Es menester la transformación de la propiedad de la tierra, que pierda sus elementos feudales y se haga libre, absoluta e individual, una vez desvinculada y desamortizada; que se despatrimonialicen las propiedades especiales (v. gr. aguas) y se consolida la propiedad adquirida (en particular el dominio de los inmuebles mediante la institución del Registro de la Propiedad); que se reconozcan las libertades individuales reconocidas por la Revolución liberal de 1868, una vez desarrollada la Constitución de 1869, y si la Codificación y Constitución no pueden llevar un rumbo distinto, la Codificación se alcanzará con las transformaciones de la propiedad en la esfera de la sociedad, y de los derechos de la persona en la esfera individual [“La codificación civil en España, síntesis de un proceso”, en RDP (1981) p. 1083-1101].

creado por Bismarck con el apoyo de la clase burguesa que, bajo la influencia francesa, había ido creando con anterioridad un propio Derecho de carácter unitario y había orientado hacia el espíritu francés las reformas de la administración de justicia³².

Aunque la comisión redactora —entre cuyos miembros destacaba el ilustre romanista Windscheid— inició sus trabajos en 1874, el código no entró en vigor hasta el 1 de enero de 1900. El ilusorio deseo, típico del positivismo legalista, de pretender la regulación completa de la realidad social, obligó a los redactores del BGB a utilizar formulaciones abstractas y teóricas; su carácter excesivamente dogmático y técnico le dotaba de poca claridad y de difícil comprensión; su desconexión con la realidad social, que a fines de siglo estaba en plena crisis, hizo que quedara anticuado en la misma fecha de su entrada en vigor. En Alemania se recibió el B.G.B., por ello, con notable desinterés; en cambio, tuvo un gran influjo en muchos países, pues, como trabajo de juristas, el Código civil era una obra maestra, y entonces la más moderna de la Ciencia jurídica europea. Así, en Europa y en todo el mundo, el B.G.B. llegó a alcanzar un prestigio similar al francés, pues, después de todo, estaba tras él el prestigio adquirido hasta entonces por la Ciencia Pandectística. De este modo, el Código civil alemán, juntamente con el Código civil suizo (1912), influyeron en las codificaciones de numerosos países que configuraron su legislación civil durante el presente siglo, y también en las de otros que habían seguido las líneas anteriormente trazadas por el Code Napoléon, llegando a tener repercusiones en la propia Francia y en la misma Inglaterra. Una vez más, por tanto, el Derecho romano expande su influjo por el mundo entero, y lo hace, como en la época de la Recepción, mediante la actitud científica del *mos italicus*³³.

El influjo del Derecho romano llegó también a los sistemas jurídicos de los países que durante el pasado siglo configuraron su organización política sobre bases socialistas y ahí permanece pese a los profundos cambios socio-políticos que tuvieron lugar tras la caída del Muro de Berlín. Se comprueba aquí, de nuevo, la escasa permeabilidad del Derecho privado a las transformaciones políticas, lección que se deriva también del estudio de las instituciones romanas bajo los distintos regímenes políticos que en Roma se sucedieron.

3 LAS CODIFICACIONES IBEROAMERICANAS: INFLUJO DEL PROYECTO ESPAÑOL DEL 1851³⁴

Todo el mundo parece convenir en que la codificación marca un hito dentro de la historia jurídica de Europa continental y de América hispana. Pero todavía resulta difícil precisar en qué consiste exactamente su significación. Hasta ahora se la ha buscado más que nada en los propios códigos, esto es, en los textos mismos. Al hacerlo, se ha partido más o menos inconscientemente, del supuesto de que ellos mostrarían una ruptura del derecho anterior. Pero los resultados han sido más bien decepcionantes. El contenido de estos cuerpos legales no resultó tan novedoso como se creía.

Hoy sabemos —que pese a las críticas al derecho anterior— los autores de los grandes códigos europeos permanecieron en lo sustancial fieles al derecho romano. Conspicuos conocedores del mismo, se guardan de romper con él. Otro tanto sucede con los grandes códigos de derecho castellano o portugués: el penal brasileño de 1830 y el español de 1848, el civil de Chile, de Argentina o de Brasil y, en general, con los de procedimiento. Sus autores no se proponen hacer una obra original. Tampoco copian un modelo extranjero. Su labor consiste primordialmente en recoger y reformular el derecho castellano o portugués vigente hasta entonces. Con todo, el

32 FERNÁNDEZ BARREIRO, A., La tradición romanista, cit., p. 114 ss.

33 CANNATA, C. A., Historia de la ciencia jurídica europea, cit., p. 206 ss.

34 En este apartado, reproducimos básicamente ideas expuestas en nuestro “Florencio García Goyena y la codificación iberoamericana”, cit., p. 705 ss.

tratarse de códigos civiles redactados casi en su totalidad por un solo autor –Bello, Teixeira de Freitas, García Goyena o Vélez Sarsfield- denota que la época disponía de grandes juristas para acometer tales empresas legislativas.

En lo que ha señalado Alamiro de Ávila a propósito del código chileno: “el código no salió de la mente del codificador, sino que existía con anterioridad y era válido en toda América española”³⁵. Ahí está la clave para entender el hecho, a primera vista inesperado, de que en el área jurídica castellano-portuguesa estos códigos de derecho nacional sean adoptados por países distintos de aquel en que se produjeron. Es decir, sucede con el derecho algo similar a lo que con la lengua. Con variantes el derecho y la lengua de Castilla prevalecen en toda la América española. En el terreno jurídico las variantes son mínimas y la similitud con el derecho portugués es muy marcada. Así se explica que una codificación penal hecha en Brasil en 1830 sirva de base a la española de 1848 y ésta, a su vez, se difunda en el resto de Iberoamérica³⁶.

Como se ve, la codificación estuvo lejos de destruir esta comunidad jurídica. El derecho que se codifica en los distintos países es, en último término, el mismo. La crítica ilustrada contra él no parece haberle hecho demasiada mella. Antes bien, la investigación indica que no debe sobrevalorársela. Tiene mucho de tópico, hasta el punto de que se repiten, a veces literalmente, expresiones con que Justiniano, en su tiempo –más de un milenio antes de la codificación- fundamentara la labor de los redactores de su *Corpus Iuris*³⁷. Por otro lado, estas mismas expresiones podrían aplicarse muy bien hoy al propio derecho codificado, a la vuelta de dos siglos de vigencia.

¿Cómo llegaron las ideas iluministas europeas a Iberoamérica? Se ha hablado -con cierta dosis de exageración sin duda- de los barcos de la Ilustración que transportaban al mismo tiempo que los productos, los libros, las noticias y las ideas de la Europa culta³⁸. Con todo, en América, como en España, y más aún que en España, lo que se entendía como Ilustración sólo tenía una relación lejana con el movimiento enciclopedista francés. Se trataba, no de “aplastar lo infame”, sino de elevar el nivel cultural de la población permaneciendo fieles, en lo esencial, al catolicismo tradicional, al que sólo se procuró adaptar a las exigencias del mundo moderno: menos metafísica y más física. La obra del padre Feijóo, divulgador de talento, parece haber sido mucho más meditada y leída que la de Rousseau³⁹.

El movimiento de la Ilustración llegó a América a través de España, merced a aquellos funcionarios tan criticados a los que, a partir de 1765, se les encargó modernizar las colonias⁴⁰. La mayor parte de ellos eran hombres bien preparados para su misión y estaban animados por un espíritu nuevo. Llegaron a hacer fructificar el territorio, a sacarlo de su letargo y a conducirlo por la vía del progreso. Los obispos nombrados por España tenían los mismos propósitos. Bajo el

35 ÁVILA MARTEL, A., “La enseñanza del derecho romano en Chile (desde sus orígenes hasta el siglo XIX)”, en Romanitas (1971) p. 99, nt. 31.

36 BRAVO LIRA, B., “Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana”, en REHJ 9 (1984) p. 54 ss.

37 GUZMÁN BRITO, A., Andrés Bello codificador (Santiago de Chile, 1982) p. 135, nt. 2.1

38 En torno al tema, vid.: RAMÓN DE BASTERRA, Los navíos de la Ilustración, cit. en MAEZTU, Defensa de la Hispanidad 4 (Madrid, 1941) p. 39-40.

39 Como ha apuntado MARAVALL J. A.,: “Feijoo no es sólo un tema español, sino tema común a todo el área de la cultura en lengua española. En América Feijoo ocupa la misma posición y desempeña el mismo papel que en la Península. Es leído e influye como ningún otro en el pensamiento del siglo XVIII y el carácter polémico de su obra es paralelo en ambos lados del Océano, dando lugar a campañas semejantes y trayendo consecuencias similares a la penetración del pensamiento moderno” [Cfr. “Feijoo, el europeo, desde América”, en Revista de Occidente año II (2ª época) nº 21, diciembre de 1964, p. 349=Estudios de la Historia del Pensamiento Español (siglo XVIII) (Madrid, 1991) p. 573 -citamos por esta últ.-]. Más bibliografía sobre el tema en ARDAO, La filosofía polémica de Feijoo (Buenos Aires, 1962).

40 GONZALO ANES, La Corona la América del Siglo de las Luces (Madrid, 1994) p. 15 ss.

impulso de unos y otros, se fundaron sociedades patrióticas de acuerdo con el modelo de las que ya funcionaban en la metrópoli con el fin de desarrollar la instrucción pública, la agricultura y el comercio; se abrieron bibliotecas públicas a partir de las confiscadas a la Compañía de Jesús; se crearon imprentas allí donde aún no había y se alentó la publicación de periódicos y revistas para difundir las Luces. Por doquier, se hizo un esfuerzo por reducir el peso de las disciplinas tradicionales -teología, metafísica, Derecho romano⁴¹- y por introducir materias nuevas -matemáticas, física, ciencias naturales, jurisprudencia, Derecho natural-.

No cabe duda, pues, que las ideas codificadoras penetraron en Iberoamérica al socaire de los vientos ilustradores. Empero, conviene precisar que el objetivo propio de la Codificación no es el cambio sustancial del Derecho. La Codificación, por tanto, no es sinónimo de innovación jurídica; lo es en cuanto a los modos de conservación, manifestación y fijación del Derecho y en cuanto a su estructura; pero no en cuanto a su contenido, pues los Códigos son también el reflejo del derecho tradicional por el que se ha regido un determinado pueblo a lo largo de su historia, y ello sin perjuicio de dar acogida a nuevas instituciones, o a otras preexistentes, ahora convenientemente reformadas. Derecho que se ofrece sistematizado, conciso y “racionalizado” a través de un nuevo lenguaje, sin duda para descubrir y corregir las deficiencias de que adolecía el Derecho del Antiguo Régimen⁴².

Alcanzado este punto en nuestro *iter* expositivo, debemos preguntarnos acerca de la existencia o no de una solución de continuidad en la vigencia del derecho hispano, tras la independencia de las antiguas colonias. Ante todo, es necesario constatar un fenómeno -que es consecuencia de la psicología de toda colonia que se libera: en el primer momento al socaire del ardor de la lucha por la emancipación, se generan enconos que impulsan a cortar todo vínculo con el país colonizador⁴³. Esta actitud se refleja netamente en los países que se apresuraron a codificar su Derecho civil, como Bolivia, que procuraron volver las espaldas a la tradición jurídica de la metrópoli, y así vemos que el Código civil de Bolivia, sancionado en 1831, es una

41 “¿Qué nos importa el derecho de los antiguos romanos?, exclamaba el Obispo de Quito, Pérez Calama; es más útil conocer la legislación de España y de las Indias”. Un sacerdote mexicano llevó esa preocupación utilitaria hasta la caricatura: “para el común de los mortales -escribió- la manera de cocer una hogaza de pan o de preparar una lechuga es mucho más importante que todas las ediciones que se podrían hacer de Virgilio, de Horacio y de otros poetas delicados”. Referencias tomadas de JOSEPH PÉREZ, *Historia de España* (Barcelona, 1999) p. 364.

42 A este respecto, cumple señalar que, mientras otros países comenzaron a publicar sus nuevos códigos, ya en tiempos de las monarquías del despotismo ilustrado, España yacía pasiva en profundo y mortífero letargo y su Derecho, construido en gran parte con materiales viejos e inservibles, permanecía confusamente recopilado. Las Recopilaciones están muy lejos de lograr un Cuerpo legal con carácter de verdadero Código. Se agrupan leyes sin orden, ni sistema, sin especialización de materias; falta un sentido íntimo de validez jurídica estable. Son colecciones de leyes o instituciones carentes de proporcionalidad, en las que no existe una impronta nacional de contornos inconfundibles (Cfr. ALONSO PÉREZ, M., “Ideal codificador”, cit., p. 18). La Novísima Recopilación, pese a promulgarse en los comienzos del gran siglo codificador, no estuvo a la altura de su tiempo, reiterando el tradicional sistema recopilador cuando ya se había publicado en Francia, con arreglo a modernos principios, el Código civil napoleónico. No extraña, por tanto, que MARTÍNEZ MARINA la calificase de “vasta mole levantada de escombros y ruinas antiguas; edificio monstruoso, compuesto de partes heterogéneas y órdenes inconciliables; hacinamiento de leyes antiguas y modernas” [Cfr. Juicio crítico de la Novísima recopilación (Madrid, 1820)].

43 Como acaeció en los Estados Unidos. Allí, los sentimientos hostiles se reservaron a Inglaterra. Con la independencia política recientemente lograda se imponía y generalizaba la idea de un derecho americano autóctono. Escritores y magistrados atacarían el Common Law que, después de haber constituido el baluarte de las libertades públicas contra el absolutismo real... aparecerá ahora como una institución monárquica y aristocrática. El ideal republicano y el sentimiento del derecho nacional favorecía, de otro lado, la idea de codificación. Tres estados prohibieron por ley la cita de decisiones inglesas posteriores al Independence Day -4 de julio de 1776-. El territorio de Nueva Orleans, adoptó códigos similares a los franceses. Bentham ofreció en 1811 sus servicios al presidente Madison para redactar un código para los EE.UU. [Cfr. FRIEDMAN, *Introducción al Derecho Norteamericano*, trad. esp. Joan Vergé (Barcelona, 1988) p. 49 ss.].

simple traducción del Código civil francés⁴⁴. Con posterioridad a la Independencia, a pesar de las Constituciones y de los Códigos, la vigencia de muchas leyes españolas se perpetúa a través de los años por simple inercia. Basta, por ejemplo, con abrir el Código civil argentino y releer las notas que Vélez Sarsfield colocó a los artículos, para encontrar a cada paso referencias a las leyes de Partida, que el codificador argentino conocía perfectamente y manejaba con soltura, no sólo porque las estudió en la Universidad de Córdoba, sino también porque en el ejercicio diario de la profesión debía aplicarlas. Menciona también la Novísima Recopilación, pese a que -según las opiniones más autorizadas- no llegó a tener vigencia en el Virreinato del Río de la Plata, y cita igualmente normas de carácter especial como las Reales cédulas para América e incluso la más moderna legislación española contemporánea como la Ley Hipotecaria de 1861⁴⁵.

Por su parte, el culto que Andrés Bello profesó al Derecho romano, del que dejó tantos testimonios impresos, no dejó de proyectarse en el *Código civil*, su obra jurídica impresa. Para Bello, en ese Derecho estaba el origen de la legislación civil moderna; en consecuencia, su estudio servía para entenderla en profundidad. Si se trataba de formar una nueva legislación, el Derecho romano habría de servir necesariamente de guía. Así, fue el plan de las *Institutiones* de Justiniano el que presidió muy cercanamente la organización sistemática de su Código. En las notas al articulado de su “Proyecto de 1853” cita diversos fragmentos del Digesto. Por otro lado, justo es decir que el romanismo llegó al *Código* indirectamente por la vía de las *Siete Partidas*⁴⁶. Lo mismo sucedía con la influencia de la doctrina; la apertura a otras influencias europeas ultra pirenaicas, no sólo había comenzado en los años coloniales -como hemos tenido ocasión de apuntar- sino que, en parte, venía encauzada por la propia doctrina española de los siglos XVIII y XIX⁴⁷.

A mayor abundamiento, cuando las naciones americanas se independizan de la Corona de España, conservan durante mucho tiempo en vigencia el Derecho español, o por lo menos lo hacen hasta que se logra la consolidación política de los gobiernos nacionales y, ya despreocupados de la lucha por la emancipación, pueden dedicar sus esfuerzos a la tarea de la renovación legislativa y dictarse sus propios códigos⁴⁸.

Los países hispanoamericanos, excepto Bolivia, participaron en la codificación conjuntamente con España y Portugal. No se limitaron, pues, a recibir códigos europeos o de corte europeo como, por ejemplo, Japón, Siam o Turquía, sino que realizaron también su propia codificación. Esta codificación hispanoamericana forma una unidad con la codificación española y portuguesa y conjuntamente con ella está ligada doblemente a la europea. Por una parte, recae sobre un derecho europeo vigente en América y, por tanto, es similar a la codificación europea y, por otra parte, recoge y aprovecha la experiencia de la primera fase de esa codificación. No estamos, pues, ante un caso de dependencia cultural, sino de comunidad cultural entre Europa e Iberoamérica⁴⁹. Ello nos debe conducir indefectiblemente a rechazar, por superficial, la *communis opinio* de la trascendencia de la influencia del *Code Napoléon*, como punto de partida para el

44 TERRAZAS TORRES, C., Estudio preliminar al Código civil de Bolivia (Madrid, 1959) p. 9 ss.

45 MOISSET DE ESPANÉS, L., “Derecho civil español y americano (sus influencias recíprocas)”, en RDP 46 (1972) p. 600.

46 Cfr. GUZMÁN BRITO, A., Vida y Obra de Andrés Bello especialmente considerado como jurista (Pamplona, 2008) p. 90 ss.].

47 DE LOS MOZOS, J. L., “Algunos aspectos de la influencia hispanoamericana en el Código civil de Andrés Bello”, en RGLJ 77 (1978) p. 450, donde añade en nt. 50: “De la obra de Juan SALA, Ilustración del Derecho Real de España, que tuvo una gran difusión a comienzos del siglo XIX, sobre todo como libro escolar, se siguen haciendo numerosas ediciones, pero las posteriores se encuentran en América, o desde allí se promueven, yendo adicionadas con apéndices de las legislaciones de Chile, Méjico y Venezuela”.

48 MOISSET DE ESPANÉS, L., “Derecho civil español y americano”, cit., p. 599.

49 BRAVO LIRA, B., “Relaciones entre la Codificación europea y la Hispanoamericana”, en REHJ 9 (Valparaíso-Chile, 1984) p. 51.

estudio de los sistemas jurídicos latino-americanos⁵⁰. En punto a la trascendencia o significación de la influencia francesa, cabe constar un evidente paralelismo entre la codificación en América Latina y el *Codice civile* de 1865, puesto que tanto las jóvenes repúblicas americanas, como la Italia del *Risorgimento* ven en el *Code civil* la consagración de los ideales de su independencia. Pero este dato, por lo que respecta a América Latina, no se puede supervalorar de tal manera que se desconozca, allí donde subsista, la “continuidad” de la tradición jurídica anterior, de origen ibérico, sea castellana o portuguesa⁵¹.

4 LAS CODIFICACIONES IBEROAMERICANAS

Entre las vías de conocimiento de las codificaciones europeas en España, Portugal e Iberoamérica, merece especial mención la obra de Saint-Joseph, *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code de Napoléon*, publicada en 1840⁵², cuya traducción española apareció en 1843 y fue reeditada en 1847⁵³. En ella se contienen en columnas paralelas los tres grandes códigos: ALR, ABGB y *Code civil*, junto con otros ocho: Dos Sicilias, Luisiana, Cerdeña, Cantón de Vaud en Suiza y Holanda. Saint-Joseph es, además, autor de una obra similar, que también fue utilizada por los codificadores portugueses e iberoamericanos⁵⁴.

Durante la mitad del siglo XIX, al socaire de los influjos independentistas, los modelos más seguidos fueron los *Cinq codes* franceses, hasta tal punto que los primeros códigos civiles en los países de derecho castellano y portugués fueron -con más o menos adaptaciones- meras traducciones del *Code Napoléon*⁵⁵. Como acertadamente observa Baró Pazos: “los primeros intentos codificadores de todos estos países tuvieron como modelos los códigos franceses, los únicos que en los momentos iniciales de la independencia se habían consolidado como cuerpos legales completos y homogéneos”⁵⁶. En Latinoamérica el influjo de la Revolución Francesa caló hondo, y aprovechando los avatares de la Guerra de la Independencia española, se sirviera de las realizaciones galas en el campo del derecho para dar cauce a sus ansias emancipadoras. Desde esta perspectiva, las codificaciones del derecho privado y las constituciones -en lo que respecta al derecho público de los distintos países latinoamericanos- se utilizan como instrumentos formales de

50 Sobre esta cuestión, vid.: VALLARD, M., *Le droit latino-américain* (París, 1954); RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Visión de conjunto del derecho de América Latina”, en RGLJ (Madrid, 1960), CASTÁN VÁZQUEZ, J., M., “El sistema jurídico iberoamericano”, en REP 157 (1968) p. 209 ss.; “El sistema de derecho privado iberoamericano”, en Estudios Castán 6 (Pamplona, 1969) p. 157 ss.

51 DE LOS MOZOS, J. L., “Perspectivas y método para la comparación jurídica en relación con el derecho privado iberoamericano”, en RDP 60 (1976) p. 777.

52 SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code de Napoléon* (París, 1840) 4 vols.

53 VERLANGA-MUÑIZ, M., *Concordancia entre el código civil francés y los códigos civiles extranjeros* (Madrid, 1842), 2ª ed. (Madrid, 1847).

54 SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les codes de commerce étrangers et les codes de commerce français* (París, 1851).

55 Esto sucedió en Santo Domingo, donde en 1825, bajo la dominación haitiana se promulgaron los *Cinq codes*, que traducidos y con algunas modificaciones siguen vigentes [Cfr. MEJÍA RICART, G., *Historia General del Derecho o Historia del Derecho Dominicano* (Santiago, República Dominicana, 1943)]. Poco después -entre 1827 y 1829 se adoptó en Oaxaca, un estado mexicano, un código civil que no es sino una versión castellana del *Code civil*. Pero tuvo una vigencia efímera [Vid., al respecto, *Código para el gobierno del Estado Libre de Oajaca* (Oajaca, 1829)]. Hay una reedición de los tres libros en ORTIZ-URQUIDI, S., *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana* (México, 1974). En cambio el de Bolivia, como es sabido también traducción del francés, rigió por más de un siglo [Cfr. TERRAZAS TORRES, C., *Estudio preliminar al Código civil de Bolivia* (Madrid, 1959) p. 9 ss]. El de Costa Rica, similar al anterior, incluido dentro del *Código General* de 1841, rigió casi medio siglo, hasta 1888 [Cfr. *Código General de la República de Costa Rica*, 1841 (Nueva York, 1858). Consta de tres partes: materia civil, materia penal y materia de procedimientos judiciales]. Vid., al respecto, BEECHE JUJÁN-FOURNIER JIMÉNEZ, *Estudio preliminar a Código Civil de Costa Rica* (Madrid, 1962)].

56 BARÓ PAZOS, J., *La codificación*, cit., p. 152.

ruptura con la metrópoli⁵⁷, pero sin que ello suponga una completa quiebra en la tradición jurídica de estos países, que mantienen una cierta continuidad con el derecho histórico. Lo ordinario, pues, en Iberoamérica fue la elaboración de códigos propios, es decir, basados en el derecho castellano o portugués hasta entonces en vigor, hasta tal punto que, como se ha afirmado por Bravo Lira, “la codificación hispanoamericana es más fiel al derecho castellano o portugués que la española o portuguesa”⁵⁸. Pretender explicar este hecho nos llevaría muy lejos. Por eso aquí cabe recordar que, después de todo Brasil y Chile son, precisamente, los dos Estados sucesores de la monarquía portuguesa o española que primero lograron consolidarse bajo una forma nacional, en tanto que Portugal y España debieran soportar guerras civiles miguelistas o carlistas y un largo período de inestabilidad⁵⁹. Por otra parte, el fenómeno es más amplio. Como es sabido, en las poblaciones fundadas en lejanos territorios prende fácilmente una tendencia arcaizante. Así se observa que con la lengua ocurre algo similar a lo que acaece con el derecho. El castellano y el portugués hablados en Iberoamérica mantienen vivos giros y locuciones desaparecidas mucho tiempo atrás, incluso siglos ha, en Castilla o Portugal.

El Proyecto de García Goyena, que por las circunstancias antedichas, había resultado inviable, se convirtió, en cambio, en una de las principales fuentes utilizadas por los codificadores americanos. Es lugar común considerar al Código civil chileno como el gran código latinoamericano⁶⁰. Fue redactado en 1855⁶¹ y promulgado el 14 de diciembre de ese mismo año, entró en vigor el 1 de enero de 1857⁶². Se debe a Andrés Bello, humanista, lingüista y gran jurista que constituye, al propio tiempo, una de las más egregias figuras de la lengua y el derecho castellano en el siglo XIX⁶³. Este Código civil de Chile, obra cumbre de la codificación iberoamericana, tuvo una asombrosa difusión. Con mínimas modificaciones fue adoptado por Colombia y El Salvador a partir de 1860, Ecuador en 1861, Nicaragua en 1871, Honduras desde 1880 y Panamá desde 1917⁶⁴. Además, influyó en la codificación de otros países iberoamericanos como Uruguay⁶⁵,

57 DE LOS MOZOS, J. L., “Algunos aspectos de la influencia”, cit., p. 452-454.

58 BRAVO LIRA, B., “Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana”, en REHJ 9 (1984) p. 63.

59 El primero en hacerlo notar, hace casi cincuenta años, fue el ilustre iushistoriador luso BRAGA DA CRUZ, G., “A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro” en Revista da Faculdade de Direito 50 (Sao Paulo, 1955).

60 BRAVO LIRA, B., con harto expresivas palabras afirma: “En cuanto cuerpo ordenado, sistemático y completo de derechos patrio o nacional, purgado de las contradicciones, vacíos y defectos de las antiguas leyes, el código de Bello fue, en su época, la más cabal realización del ideal codificador común a los países de derecho castellano y portugués. Por su rigor, sistematización y por su difusión puede compararse al Code civil francés o al ABGB austriaco” (Cfr. “Relaciones entre la codificación”, cit., p. 59 y 63).

61 Al parecer los trabajos de redacción fueron ya iniciados en 1831. Sobre esto, vid. LIRA URQUIETA, P., El Código civil chileno y su época (Santiago de Chile, 1957); GUZMÁN BRITO, A., “Ensayo de una bibliografía para la historia de la codificación civil chilena”, en Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 7 (1978) p. 601-646; BRAVO LIRA, B., “La Codificación en Chile (1811-1907) dentro del marco de la Codificación europea e hispanoamericana”, en REHJ 12 (1987-88) p. 51-109.

62 Utilizó la edición Código civil de la República de Chile. Precedido de un juicio crítico por Gumersindo de Azcárate (Madrid, 1981).

63 Sobre ANDRÉS BELLO, venezolano de nacimiento, pero chileno de adopción, existe una inmensa bibliografía, incrementada hace unos años con motivo de la celebración del bicentenario de su nacimiento; de ahí que nos limitemos a constatar las obras más significativas: AMUSÁTEGUI, A., Vida de Don Andrés Bello (Caracas, 1950); CALDERA, R., Andrés Bello (Caracas, 1950); ÁVILA MARTEL, A., Andrés Bello, breve ensayo sobre su vida y obra (Santiago, 1981); GUZMÁN BRITO, Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y Codificación del derecho civil en Chile (Santiago, 1982); MURILLO RIBERA, F., Andrés Bello, historia de una vida y de una obra (Caracas, 1986).

64 BRAVO LIRA, B., “Difusión del Código civil de Bello en los países de Derecho castellano y portugués”, en Andrés Bello y el Derecho latinoamericano (Caracas, 1987) p. 343-373=REHJ 9 (1984) p. 51-64.

65 NARVAJA, T., Notas y concordancias del Código Civil de la República Oriental, escritas por el autor del mismo código (Montevideo, 1910); NIN y SILVA, C., Código Civil de la República Oriental del Uruguay (Montevideo, 1958).

Argentina⁶⁶ y Paraguay⁶⁷; siendo también utilizado por Teixeira de Freitas como una de las fuentes de su *Esboço* o Proyecto de Código civil brasileño⁶⁸. ¿Cuaés fueron las fuentes que utilizó Andrés Bello? Ante todo, debemos poner de manifiesto su condición de buen romanista, lo que le permitió dotar a su Código de una continuidad tradicional en lo que respecta al derecho vigente la Ultramar a través del derecho de la metrópoli⁶⁹. De los Mozos ha observado igualmente que el Código de Bello constituye “un notable factor de continuidad de la tradición romanista en la América Latina”⁷⁰. Su tiempo de exilio en Londres iniciado en 1810, y que duró hasta 1829, le permitió conocer el derecho europeo y seguir de cerca las consecuencias en el orden jurídico de la Revolución Francesa, plasmadas fundamentalmente en el *Code* de 1804..

Finalmente, el conocimiento puntual que este ilustre jurista tenía de la labor codificadora que se realizaba en España al tiempo de la confección de su Código civil (1831-1855), que se refleja en el influjo que tuvieron el Proyecto de 1851 y la obra de García Goyena en el código chileno⁷¹. Es sabido que Bello recibió el proyecto isabelino a tiempo de tenerlo en cuenta en sus trabajos⁷². Con todo, hartó probada tal influencia, no deja de sorprendernos la parca consideración que le merece al propio Bello. La explicación a esta insuficiente ponderación podría obedecer a que las circunstancias políticas de la época no le inducen a ello y sí a destacar los influjos procedentes del derecho francés o inglés. Empero, la civilística chilena contemporánea reconoce sin ambages la importante aportación del proyecto isabelino. A título ejemplificativo, basta con traer a colación las palabras de Lira Urquieta cuando afirma: “los autores de nuestro Código civil -se refiere al chileno- tuvieron un texto completo y modernizado con el cual comparar su trabajo, y texto doblemente útil pues reunió a la síntesis de la vieja legislación española los adelantos de la Codificación francesa y europea”⁷³. Por todo ello se puede convenir con Gumersindo de Azcárate, que “El código chileno, al no traducir literalmente el código napoleónico, sino que teniendo a la vista ese y otros tomando como punto de partida el derecho común español, hasta entonces allí

66 RISOLIA, M.A., Andrés Bello y el código civil de Chile. Su influencia en la intelectualidad y la legislación argentinas (Buenos Aires, 1974).

67 Ley de 19 de agosto de 1875.

68 TEIXEIRA DE FREITAS, A., Código civil, Esboço, 4 vol. (Río de Janeiro 1860-65).

69 Sobre la influencia romanística en la obra de Bello, vid. PACHECO GÓMEZ, M., La Universidad de Chile (Santiago, 1953) p. 38-47. Según VERA, E., las fuentes que utilizó Andrés Bello fueron los Códigos de Napoleón, Austria, Luisiana y la “sabia legislación romana y española” [Cfr. Código Civil de la República de Chile, I (Santiago, 1982) p. VII y VIII].

70 DE LOS MOZOS, J. L., “Perspectivas y métodos para la comparación jurídica en relación con el Derecho privado iberoamericano”, en RDP (1976) p. 778.

71 La afinidad entre el Proyecto de 1851 y el Código de Andrés Bello se manifiesta a través de las Concordancias de García Goyena, conocidas en el otro lado del Atlántico a poco de su publicación en España. Su difusión, según CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., se vió favorecida por el éxito que alcanzó el Febrero reformado, en su edición preparada precisamente por el jurista navarro y Joaquín Aguirre en 1841 [Cfr. “La influencia de García Goyena en las Codificaciones Americanas”, en Homenaje a Juan Roca (Murcia, 1983) p. 156].

72 El hecho lo explica muy bien el civilista chileno LIRA URQUIETA, P., con estas palabras: “En los años que precedieron a la redacción definitiva de nuestro Código Civil, llegó una espléndida obra española que prestó inapreciables servicios: fue el Proyecto de Código Civil español de García Goyena. A este libro no se le dio en España la resonancia debida. Aparecido en 1852, como fruto de los trabajos codificadores de la Comisión de Juristas que presidía don Florencio García Goyena, llegó a Chile pocos meses después y alcanzó a ser utilizado en el llamado Proyecto de 1853 y en el Proyecto de 1855. Presentaba este libro una ventaja inapreciable que no podían dar las obras españolas restantes, como las de Escribano o Eugenio de Tapia: se tomaban en cuenta no únicamente las leyes castellanas y los fueros, sino también las recientes leyes europeas. Se trataba de un esfuerzo de adaptación encomiable. Es posible que el Proyecto fuera considerado en la Península como algo muy avanzado, y por esa causa se le dejó en la penumbra, más lo cierto es que influyó mucho, y ventajosamente, en el Código Civil chileno” [Cfr. “Estudio preliminar” de la ed. del Código civil de Chile del Instituto de Cultura Hispánica (Madrid, 1961) p. 11-12].

73 LIRA URQUIETA, P., Andrés Bello (México, 1948) p. 98.

vigente, lleva impreso un sello de originalidad que le envidiaron algunos de los hechos recientemente en la culta y vieja Europa”⁷⁴.

La codificación argentina es también obra personal de otro insigne jurista, de elevada talla intelectual, Dalmacio Vélez Sarsfield, autor del Código civil aprobado el 25 de septiembre de 1869, aunque su puesta en vigor se pospuso hasta el día 1 de enero de 1871⁷⁵. El código argentino es deudor de un conjunto heterogéneo de influencias. Destacan los Códigos de Bello y el napoleónico como las obras principales que utilizó Vélez en su redacción⁷⁶. Rige en Paraguay⁷⁷. Con todo, la influencia de la tradición española es menos acusada que en el código chileno, pero no es del todo punto inexistente. Basta, por ejemplo, abrir el Código civil argentino, y releer las *Notas* que Vélez Sarsfield colocó a los artículos, para encontrar a cada paso referencias a las Leyes de Partida, a la Novísima Recopilación, a las Reales Cédulas para América⁷⁸. Por lo que hace al Proyecto de García Goyena, sabemos que lo tenía en su biblioteca, como se advierte en el catálogo de esta publicado por la Universidad argentina de Córdoba, y lo citó numerosas veces en sus *Notas* al Código⁷⁹. De hecho emplea una técnica similar a la del autor del proyecto isabelino acompañando su obra con notas explicativas de los motivos y concordancias de los preceptos que proponía, y que son muy útiles para conocer las fuentes y sentido de los mismos. En alguna ocasión, se aprecian también en las concordancias las mismas erratas⁸⁰. Con todo, la influencia del Proyecto del Señor Goyena, como lo cita Vélez Sarsfield, queda paladinamente clara⁸¹.

En México, la literatura jurídica española alcanzó una importante difusión, a través fundamentalmente del *Febrero* y de las *Instituciones* de Sala. Esta doctrina española se recoge en el primer “código” que se realiza en este país en un intento de facilitar el conocimiento del derecho vigente y que se denominó “Pandectas Hispano Mexicanas”⁸². Empero, el primer proyecto verdaderamente digno de ser calificado como precursor de un código fue el elaborado en 1860 por el jurista Justo Sierra⁸³, en el que se denota una influencia palma-

74 GUMERSINDO DE AZCÁRATE, Código civil de la República de Chile. Precedido de un juicio crítico (Madrid, 1881) p. VII.

75 Sobre la codificación del derecho argentino es imprescindible la monografía debida a TAU ANZOÁTEGUI, V., La codificación en Argentina (1810-1870). Mentalidad e ideas jurídicas (Buenos Aires) 1977.

76 Como apunta MUSTAPICH, J. M., “La influencia del Derecho civil francés fue extraordinaria... De los dos mil doscientos ochenta y dos artículos de que consta el Código de Napoleón, la mitad ha sido reproducido en el Código argentino y ciento cuarenta y nueve han sido copiados... Añadamos que a veces se corrigen conceptualmente los modelos” [Cfr. Estudio preliminar del Código civil de la República Argentina (Madrid, 1960) p. 18].

77 MOISSET DE ESPANÉS, L., Notas sobre la metodología del Anteproyecto de Código civil para el Paraguay y la del Código civil argentino (Córdoba-Argentina, 1968).

78 Ibidem, “Derecho español y americano”, cit., p. 600.

79 CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., “Los libros jurídicos españoles consultados por Vélez y Sarsfield”, en Estudios de homenaje al Dr. Guillermo A. Borda (Buenos Aires, 1984) p. 73-83.

80 A este respecto, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., señala que en el artículo 1446 del Proyecto español de 1851 y en el artículo 1390 del Código argentino, se cita en ambos el Código holandés con la misma equivocación en el número del artículo [Cfr. “El Anteproyecto del Código civil español”, en Centenario de la Ley del Notariado I (Madrid, 1965) p. 36, nt. 110].

81 Vid. Oficio de remisión del Proyecto del libro primero del Código civil argentino, nota elevada por Dalmacio Vélez Sarsfield al ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, doctor don Eduardo Costa, el 21 de junio de 1865, donde expresa, al hacer referencia a las fuentes consultadas: “... Me he servido principalmente del Proyecto de Código civil para España del señor Goyena”.

82 El autor de la obra fue JUAN NEPOMUCENO RODRÍGUEZ SAN MIGUEL y el título -un tanto pomposo-: Pandectas Hispano-Mexicanas, o sea Código general comprensivo de las leyes útiles y vivas de las Siete Partidas, Recopilación, Novísima, la de Indias, autos y providencias conocidas por de Montemayor y Boloña, y cédulas posteriores hasta el 1820, con exclusión de las totalmente inútiles, de las repetidas y de las expresamente derogadas, dos volúmenes; el 1º en México, 1839; el 2º también en México, 1840.

83 Proyecto de un Código Civil mexicano formado por orden del Supremo Gobierno (México, 1861). Este Código estuvo vigente en el Estado de Veracruz. Para su estudio, cfr. CAZA DAFOUR, F., “La Codificación civil en México 1821-1884”, en Revista de Investigaciones Jurídicas 9 (México, 1985).

ria de nuestro Proyecto isabelino. En efecto, como demostró Batiza⁸⁴ de los 2.124 artículos que integraban el Proyecto Sierra, cerca de 2.000 provenían en forma literal o con literal del Proyecto español de 1851, y 58 se tomaron de las *Concordancias* de Goyena. Más tarde, el Código civil del Imperio Mexicano tuvo entre las fuentes utilizadas por los redactores el Proyecto de Goyena y las *Concordancias*⁸⁵. Restaurada la forma de estado republicana, se aprueba un nuevo Código civil en 1870 que -en decir de Castán Tobeñas- “acusa destacadamente la influencia del Código portugués y del Proyecto español de 1851 a los cuales frecuentemente transcribe”⁸⁶. El Código civil de 1870 fue sustituido por el aprobado en 31 de marzo de 1884 pero, como apunta Peña Bernaldo de Quirós⁸⁷ fue aquél y no éste el que nuestros codificadores tuvieron presente.

El Código civil uruguayo aprobado el 23 de enero de 1868, utilizó -según la Exposición de Motivos de la Comisión que lo dictaminó- además del Proyecto de Código civil de Acevedo de 1852 y otras fuentes, “el del Señor Goyena”⁸⁸. En Brasil sucedió con la codificación civil algo parecido a lo que ocurrió en Alemania. De momento no se quiso alterar el derecho vigente y por eso se aplazó su codificación. Brasil, vinculado política y culturalmente a Portugal es más deudor de su derecho que del español, pero no por eso ha de renunciarse a admitir algunos influjos del Proyecto de García Goyena⁸⁹. Como preparatoria de la labor codificadora, el máximo impulsor de la codificación brasileña Teixeira de Freitas⁹⁰, compuso una *Consolidação das leis civis*⁹¹ en 1857 que fue seguida de un *Esboço de Código Civil*, que quedó inconcluso⁹², pero influyó junto con los códigos portugueses, francés y alemán, el articulado del Código vigente de 1916⁹³.

84 BATIZA, R., Los orígenes de la Codificación civil y su influencia en el Derecho mexicano (México, 1982) p. 168 ss.

85 Ibid. p. 178. Vid., también, GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, M. R., “Notas para el estudio del proceso de Codificación en México (1821-1824)”, en Libro de Centenario del Código civil (México, 1978) p. 95 ss.

86 CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho civil español, común y foral I 1 (Madrid, 1962) p. 160.

87 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., El Anteproyecto del Código civil español, cit., p. 35, nt. 107.

88 Cfr. NIN Y SILVA, C., Código Civil de la República Oriental de Uruguay (Montevideo, 1925) p. VIII:

89 Tales influencias penetraron en Brasil fundamentalmente a través del Código civil portugués, a cuya génesis vamos a referirnos brevemente. Por Decreto de 8 de agosto de 1850 fue encargado A.L. DE SEABRA de elaborar el Código civil y terminó sus tareas en 1859. Presentado al Gobierno el Proyecto de Seabra, se nombró una Comisión para su revisión. Por Ley de 1 de junio de 1867 se dispuso que el Código entraría en vigor seis meses después de su publicación, es decir el 22 de mayo de 1868 en todo el territorio del Reino e islas adyacentes; más tarde se extendió su vigencia a Ultramar [Datos tomados de DIAS FERREIRA, J., Código Civil Portuguez anotado por ..., 2ª ed. (Coimbra, 1894) p. V y VII]. En este Código de sistemática original se nota frecuentemente la influencia del Proyecto español de 1851 (Cfr., para esto último, CUNHA GONÇALVES, L., Tratado de Direito Civil I (Coimbra, 1929) p. 128 donde afirma que Seabra consultó frecuentemente “o excelente livro de García Goyena as Concordancias”).

90 Acerca de este eximio jurista brasileño, vid.: MEIRA SILVIO, Teixeira de Freitas, o jurisconsulto do Imperio (Rio de Janeiro, 1979).

91 Consolidação das leis civis (Rio de Janeiro, 1857). Se trata de una simple refundición de las leyes vigentes en un nuevo cuerpo legal, siguiendo la técnica de las recopilaciones hispanas y de las Ordenações filipinas, promulgadas en 1603 bajo el reinado de Felipe II de Portugal (III de España).

92 Código Civil, Esboço, 4 vol. (Rio de Janeiro, 1860-65).

93 El Código civil de Brasil, es el resultado de un proceso de superposición de la influencia alemana sobre la francesa o latina. Según expresa el prestigioso iushistoriador P. MEREA: “El Código civil brasileño funde muchas corrientes de pensamiento: la tradición nacional, que se remonta al Derecho portugués, en el que el Derecho romano ha recibido la influencia del Derecho germánico y del Derecho canónico, el prestigio del Código francés y de la doctrina francesa, la influencia del Código civil y de la doctrina de Alemania y las soluciones felices que se presentan en los demás Códigos civiles, en particular el portugués, el italiano, el español, el argentino y aún en el del cantón de Zurich” [Cfr. Código civil brasileiro anotado (Lisboa, 1917) p. 5 ss.].

CONCLUSIÓN

La superación de los particularismos regionales, con la consiguiente integración en una comunidad política superior, presupone también la formulación de un derecho “común”; el fenómeno se produce ya en Roma, a través del *ius gentium*, y se repite en otros períodos posteriores: se habla así de *droit commun français*, de *common law*, y de ese mismo carácter participa el Derecho elaborado por los juristas italianos a partir del renacimiento cultural y jurídico de la Escuela de Bolonia. El Derecho, fruto de la actividad de los glosadores y comentaristas, se presenta, por una parte, como subsidiario frente a las disposiciones particulares de cada uno de los Estados, pero, por otro lado, constituye la base común de todas las jurisdicciones que lo acogen, por lo que –desde este ángulo– los que aparecen como subsidiarios son los derechos locales que, por lo demás, regulan sólo una parte mínima de las relaciones jurídico-privadas, precisamente porque presuponen el derecho común⁹⁴.

La recuperación de la identidad europea después de la Segunda Guerra Mundial va a institucionalizarse en la organización que nace del Tratado de Roma de 1957. Desde entonces, se está produciendo una aproximación normativa entre los derechos nacionales y la formación de un cuerpo de principios jurídicos y doctrinales que tienden a configurar un nuevo *ius commune*, tanto en el ámbito del derecho público como del privado, así como en la teoría general del derecho. Desde un punto de vista funcional, ha podido verse este fenómeno en relación con el antecedente bajo-medieval del *ius commune*⁹⁵.

A PERMANÊNCIA DO DIREITO ROMANO NOS CÓDIGOS EUROPEUS E IBERO-AMERICANOS

Resumo: O Direito romano está presente em vários sistemas jurídicos, em níveis diferentes. O Direito inglês, por exemplo, continua sendo influenciado pelo Direito Romano, com *modus operandi* até mais assemelhado ao de alguns países de *civil law*. Já os juristas latino-americanos têm empregado com frequência aspectos do Direito romano como guia para suas normas.

Palavras-chave: Direito romano. América Latina. Europa.

94 LOMBARDI, L., Saggio sul Diritto giurisprudenziale (Milán, 1967) p. 79 ss.

95 FERNÁNDEZ BARREIRO, A., La tradición romanista, cit., p. 130.

DIREITO AUTORAL E ECAD: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO PAPEL DO ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO NA COBRANÇA JUDICIAL PELA EXECUÇÃO PÚBLICA DE OBRAS MUSICAIS E CONGÊNERES

Caio Valério Gondim Reginaldo Falcão

Especialista em Direito Empresarial (PUC/SP) e em Direito Autoral (Universidade de Warwick – Reino Unido). Advogado.

Sidney Soares Filho

Mestre em Direito Constitucional (Unifor). Professor da graduação e pós-graduação da Unifor.

Sumário: Introdução. 1. A Proteção Constitucional e Legal do Direito Autoral. 2. O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. 3. Análise Jurisprudencial da Cobrança do Direito Autoral. Conclusão. Bibliografia. Referências.

Resumo: O Poder Constituinte Originário elevou a nível constitucional, sendo, inclusive, direito fundamental, a proteção do direito artístico no que concerne a utilização, publicação e reprodução de suas obras. Dessa forma, a atual Lei dos Direitos Autorais, Lei Federal nº. 9.610/98, cuidou em dar especial proteção aos direitos dos criadores de obras artísticas, garantindo, inclusive, a contraprestação financeira ao autor pelo uso de sua obra. Assim, o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) foi mantido por esta lei, no sentido de garantir o recebimento, por parte do autor, o que lhe for de direito pela utilização de sua obra. O presente trabalho, portanto, através de pesquisas bibliográficas, legais e jurisprudenciais, se propõe a analisar a atuação do ECAD na cobrança pela utilização de obras musicais, dando enfoque, principalmente, no que diz respeito ao posicionamento dos Superior Tribunal de Justiça e de Tribunais de 2ª (segunda) instância sobre essa cobrança.

Palavras-chave: Direito autoral. Autor. ECAD. Cobrança judicial.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 confere exclusividade ao autor sobre suas obras, no art. 5º, inciso XXVII, inserido dentro Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, assegurando ao criador o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

Foi nessa tônica que a Lei n. 9.610/98, seguindo a orientação já existente na Lei nº 5.988, conferiu exclusividade ao autor da criação intelectual para decidir sobre sua exploração econômica, condicionando a utilização por terceiros à prévia e necessária autorização do criador.

Dessa forma, o autor da obra artística tem direito a receber contraprestação pecuniária pela utilização de sua obra por parte do usuário. Essa prerrogativa encontra guarida na Constituição Federal, a qual traçou as diretrizes básicas e indispensáveis à proteção de criações intelectuais garantindo, em seu artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII, letra “b”, que, em regra, somente o criador pode fixar o preço pela utilização de sua obra.

Assim, para cuidar da Arrecadação dos Direitos Autorais, existe o ECAD (Escritório de Arrecadação e Distribuição), o qual é competente, de acordo com as disposições legais, para tomar providências no âmbito judicial e extrajudicial, no intuito de ver satisfeitos os direitos dos autores de músicas em relação à cobrança do direito autoral.

O órgão soberano dessa instituição é a Assembléia Geral do ECAD, composta pelas associações que representam os titulares de obras musicais, lítero-musicais e fonogramas, sendo ela quem faz valer o direito dos titulares, estabelecendo os critérios e fixando, na maioria das vezes, o preço pela utilização pública de obras musicais de seus filiados, valores esses que são exigidos pelo ECAD.

É importante mencionar, inclusive, que a Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, em seu artigo 5º, inciso XVIII, com referência à situação jurídica das associações civis, disciplinou que a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento. Desse modo, tem-se a legitimidade constitucional da existência do ECAD, instituição que tem atuado amplamente na defesa dos direitos autorais, em especial, no âmbito judicial.

Portanto, o presente artigo cuida em fazer uma análise jurisprudencial da atuação do ECAD na cobrança dos direitos autorais. Para tanto, foi desenvolvida pesquisa bibliográfica, sendo consultados livros e artigos científicos. E documental, tendo em vista a utilização de pesquisas online, com informações jurisprudenciais, dentre outros que tratam sobre o tema, sempre procurando fazer uso de material que ainda não sofreu tratamento analítico.

O trabalho está desenvolvido em três tópicos: o primeiro, aborda a proteção constitucional e legal do direito autoral; já o segundo, trata do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD); e, por último, o terceiro tem como foco a análise jurisprudencial da cobrança do direito autoral relacionado à música.

1 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL AO DIREITO AUTORAL

A Constituição Federal de 1988 confere exclusividade ao autor sobre suas obras, estando tal proteção inserida no art. 5º, inciso XXVII, sob a rubrica Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, na seguinte forma: “Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”

Percebe-se a ampla proteção que o legislador constituinte deu aos direitos autorais, inserindo-os no rol de direitos e garantias fundamentais, de forma a assegurar aos criadores de músicas de demais artistas a remuneração pela utilização de sua obra. Aliás, sobre o tema, o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) editou a Súmula nº 386, a qual preceitua da seguinte forma: “Pela execução de obra musical por artistas remunerados é devido direito autoral, não exigível quando a orquestra for de amadores.”

Ademais, na própria Constituição de 1988, é assegurado não só o direito autoral, em sentido estrito, conforme foi visto, mas também “o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos intérpretes e às representações sindicais e associativas”, no mesmo Art. 5º, mas dessa vez no inciso XXVIII.

Demonstrando, então, a importância na proteção de obras intelectuais, o Constituinte Originário elevou a nível Constitucional a EXCLUSIVIDADE, em regra, do autor de obras intelectuais exercer seus direitos, o que significa ser ele, a única pessoa que pode exercer as prerrogativas advindas das obras protegidas.

É nesse sentido que, atualmente, há a Lei Federal nº. 9.610/98, denominada Lei de Proteção aos Direitos Autorais, a qual, em seu preâmbulo, preceitua da seguinte forma: “altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.”

Desse modo, tal legislação traz ampla proteção ao direito autoral, legitimando, inclusive, o ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição), para a arrecadação de tais direitos e que será desenvolvido mais adiante.

A Lei nº 9.610/98 impõe, entre outros aspectos, a obrigação legal direcionada a todos as pessoas de não utilizarem as obras musicais em suas programações sem a devida autorização dos titulares de direitos autorais. Isso se dá pelo fato de ninguém poder ser obrigado a ceder ou liberar seus direitos, sendo a obra artística, mesmo a música. Esta, inclusive, é uma propriedade e compreendida como bem móvel, por ficção jurídica tanto da Lei de Direitos Autorais, como do Código Civil, nos seguintes termos

Lei de Direitos Autorais (nº. 9.610/98)

Art. 3º Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis.

Código Civil:

Art. 48 - Consideram-se móveis para os efeitos legais:

[...]

III - os direitos de autor.

Portanto, os direitos autorais são considerados bens móveis, merecendo especial proteção do legislador. No que diz respeito à música, o art. 7º, da Lei de Proteção aos Direitos Autorais, é preceituado da seguinte forma:

Art. 7º. São obras intelectuais protegidas as criações do espírito expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se inventa no futuro, tais como:

[...]

V - as composições musicais, tenham ou não letra;

Vê-se, portanto, que a própria lei preserva os direitos inerentes à criação da música, dizendo, inclusive, que se trata de criações de espírito, verdadeira obra intelectual, tenha ou não letra.

É nesse sentido que os Arts. 28 e 29 do citado Diploma Legal, na mesma linha da sistemática anterior, qual seja as Leis nº 5.998/73 e 4.944/66, ao tratar dos direitos patrimoniais dos autores de obras intelectuais, condiciona sua utilização à prévia e expressa autorização de seus autores e titulares. Isso porque somente a eles são deferidas todas as prerrogativas do domínio, podendo autorizar a utilização pública de suas criações mediante o recebimento de retribuição autoral. O Art. 28, dessa forma, preceitua “cabe ao autor direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”; já o Art. 29 dispõe da seguinte forma: “Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: (...)”.

Vê-se, então, que a Lei de Proteção aos Direitos Autorais, em consonância com a ordem constitucional, protege a pessoa criadora da obra artística a utilização exclusiva de sua criação, podendo, inclusive, cobrar pelo uso por parte de terceiros.

Aliás, da mesma forma, o Art. 68 proíbe a utilização de composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas em representações, e execuções públicas sem a prévia e expressa autorização do autor ou titular dos direitos autorais. O dispositivo legal que está dentro do Capítulo, cujo título é “Da Comunicação ao Público” dispõe que sem a prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas, dispositivo este que será abordado mais adiante.

Os usuários de músicas, então, não podem promover a execução pública de obras musicais sem a autorização dos autores e demais, tendo OBRIGAÇÃO de apresentar antes de qualquer evento musical, a comprovação dos recolhimentos dos direitos autorais, conforme se infere da leitura do parágrafo 4º do art. 68, o qual dispõe da seguinte forma: “Previamente à realização da execução pública, o empresário deverá apresentar ao escritório central, previsto no art. 99, a comprovação dos recolhimentos relativos aos direitos autorais.”

Dessa forma, qualquer usuário de obras musicais, de acordo com a expressa vigência do art. 68, da Lei de Regência, está obrigado a exibir a necessária autorização prévia dos titulares, expedida pelo ECAD, para a utilização pública das composições alheias.

Assim, cabe aos titulares das obras musicais, através de sua Assembléia, composta das associações de titulares, o direito de fiscalização e aproveitamento econômico de suas obras e, sendo os direitos autorais violados, compete ao ECAD diligências no âmbito judicial e extrajudicial para ver sanada tal violação.

2 O ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO (ECAD)

A Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, em seu artigo 5º, inciso XVIII, com referência à situação jurídica das associações civis, disciplinou que a criação de associações e na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento. Assim, com o objetivo de atuar na defesa dos direitos autorais, em especial, no âmbito judicial, foi instituído o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), tema do presente tópico.

O ECAD é uma sociedade civil, pessoa jurídica de direito privado, portanto, instituída pela Lei Federal nº 5.988/73 e mantida pela atual Lei de Direitos Autorais brasileira – 9.610/98. Foi criado, nos termos do Art. 99 deste preceito legal, “para a arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e lítero-musicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais.”

Atualmente, o ECAD é administrado por dez associações de músicas, com sede na cidade do Rio de Janeiro, tendo 25 unidades arrecadadoras, 700 funcionários, 60 advogados prestadores de serviços e 131 agências autônomas instaladas em todos os Estados da Federação. De acordo com dados contidos em seu sítio eletrônico¹, a instituição possui ampla cobertura em todo o Brasil.

Para realizar o controle de informações, o ECAD utiliza sistema de dados informatizado e centralizado, no qual há o cadastro de 245 mil titulares diferentes. Estão catalogadas, de acordo com sua página na internet, “1,75 milhão de obras, além de 760 mil fonogramas, que contabilizam todas as versões registradas de cada música”².

1 <http://www.ecad.org.br/ViewController/publico/conteudo.aspx?codigo=16>, acessado em 20 de novembro de 2010, às 15h

2 idem

Essa numeração serve para que o ECAD, em sua competência legal, possa cobrar direitos autorais daqueles que utilizam as obras musicais publicamente, os chamados “usuários de música”, que somam 399 mil no cadastro do mencionado Escritório.

Existem quatro tipos de usuários de músicas, quais sejam: o permanente, que utiliza as obras musicais de maneira constante, habitual e prolongada em sua atividade profissional. Considera-se habitual a execução musical sempre que “o usuário, num mesmo local de que seja proprietário, arrendatário ou empresário, tiver efetuado no mínimo 8 (oito) espetáculos ou audições musicais por mês durante 10 (dez) meses em cada ano civil”³, bem como os empresários locais ou regionais que promovem espetáculos musicais em várias cidades, nas mesmas condições acima referidas; o eventual, sendo aquele que utiliza sem habitualidade tais trabalhos artísticos; o de Rádio/TV, o qual utiliza de obras musicais através de radiodifusão (emissoras de rádio e TV); e, por fim, as mídias musicais, representando aquele usuário que utiliza obras musicais através da internet, telefonia móvel e mídias digitais.

Os valores pagos pelos usuários de músicas são calculados com base nos critérios do Regulamento de Arrecadação desenvolvido pelos próprios titulares das músicas, através de suas associações musicais. Para tanto, é classificado, primeiramente, o nível de importância da música para a atividade ou estabelecimento, como indispensável, necessária ou secundária, e ainda é considerada a periodicidade da utilização (permanente ou eventual), inclusive, se a apresentação é feita por música mecânica ou ao vivo, com ou sem dança.

Assim, o valor a ser pago é calculado de acordo com as informações fornecidas pelo usuário e a forma de cobrança é determinada em função do parâmetro físico ou de percentual incidente sobre a receita bruta de quem está utilizando a música.

O ECAD, portanto, promove a defesa, arrecadação e distribuição dos direitos autorais de todos os titulares nacionais filiados às associações que o integram, assim como dos representantes estrangeiros, podendo, para tanto, praticar os atos necessários à defesa extrajudicial e judicial desses direitos, agindo em nome próprio como substituto processual, nos termos da Lei nº 5.988/73 e como também preceitua o parágrafo 2 do art. 99 da Lei nº 9.610, razão pela qual o presente artigo se presta a discorrer sobre a atuação do ECAD na cobrança pela utilização do direito autoral.

3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA COBRANÇA DO DIREITO AUTORAL

O ECAD, conforme foi visto, é organizado pelas associações de titulares de Direitos Autorais, nos termos do art. 99 da Lei nº 9.610/98, para exercer a prerrogativa exclusiva de arrecadar e distribuir, em todo o território nacional, a receita auferida a título de direitos autorais, em decorrência da utilização pública, por parte dos diversos tipos de usuários de obras musicais, lítero-musicais e de fonogramas.

O instituto repassa às associações de titulares o que é arrecadado daqueles que utilizam obras musicais em suas atividades. Assim, se alguém não paga os direitos autorais, os titulares das obras que foram utilizadas nada recebem.

Entretanto, o usuário inadimplente infringe a lei, ficando sujeito à lavratura de um “Termo de Verificação”, que poderá acarretar a interdição ou a suspensão da execução pública musical, bem como procedimentos judiciais nos âmbitos cíveis e criminais. Sobre o tema, o Art. 105 da Lei dos Direitos Autorais dispõe o seguinte:

3 <http://www.ecad.org.br/ViewController/publico/conteudo.aspx?codigo=437> acessado dia 20 de novembro de 2010, às 15h30

Art. 105. A transmissão e a retransmissão, por qualquer meio ou processo, e a comunicação ao público de obras artísticas, literárias e científicas, de interpretações e de fonogramas, realizadas mediante violação aos direitos de seus titulares, deverão ser imediatamente suspensas ou interrompidas pela autoridade judicial competente, sem prejuízo da multa diária pelo descumprimento e das demais indenizações cabíveis, independentemente das sanções penais aplicáveis; caso se comprove que o infrator é reincidente na violação aos direitos dos titulares de direitos de autor e conexos, o valor da multa poderá ser aumentado até o dobro.(grifado)

Dessa forma, o ECAD, no exercício das prerrogativas que lhe foram deferidas por lei, quando constata que uma pessoa jurídica, no desempenho de sua atividade e interesses vem se utilizando, habitualmente, em diversos espaços e logradouros públicos, de obras musicais, lítero-musicais e fonogramas, promovendo apresentações (shows), deixando de pagar os valores devidos, a título de direitos autorais de execuções públicas de obras musicais, lítero-musicais e fonogramas, sem obter previamente a necessária autorização dos titulares dos direitos, tem competência para acionar o infrator da Lei, até mesmo judicialmente.

Visando regularizar essa situação e trazer o usuário de música à normalidade, o ECAD promove diversas tentativas suasórias, para ver satisfeito o pagamento dos direitos autorais, no intuito de não ser visto o descaso com a propriedade e direitos dos compositores musicais, cujas obras podem ser, indevidamente, apropriadas por terceiros, a cada evento que promove e/ou participa, auferindo suas finalidades e proveitos.

Caso o usuário de música se furte ao pagamento de retribuição autoral, contraria, de forma inequívoca, o disposto no artigo 68, parágrafos 2º e 3º, da Lei nº. 9.619/98, *in verbis*:

Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.

[...]

Parágrafo 2º. Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em local de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.

Parágrafo 3º. Considera-se locais de frequência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas.

Portanto, caso o usuário não pague o direito autoral, mesmo com as tentativas extrajudiciais, outra alternativa não resta ao ECAD, senão ingressar com ação judicial, para verem sanados os insuportáveis prejuízos aos titulares das criações musicais utilizadas nos espetáculos.

Sobre o tema, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em perfeita harmonia com a legislação autoral e com a Constituição Federal, já firmou jurisprudência sobre as questões envolvendo a cobrança da retribuição autoral, decorrente da promoção de eventos musicais, como se transcreve abaixo:

PROCESSO CIVIL. DECISÃO MONOCRÁTICA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DIREITO AUTORAL. ECAD. HOTEL. REPRODUÇÃO DE MÚSICA EM QUARTOS DE HOTEL.

1. (...)

2. (...)

3. A disponibilização de sinal de rádio e televisão dentro dos quartos de um hotel não isenta o estabelecimento do pagamento de direitos autorais, exceto se são utilizados serviços de TV e rádio por assinatura de empresa fornecedora que, ao emitir o sinal dos programas, já tenha efetuado os respectivos pagamentos.

Isso porque tais programas são editados pela prestadora de serviços para uso exclusivo de determinados clientes, que os reproduzem em seus ambientes profissionais. Somente nesse momento é que é devido o pagamento de direitos autorais. Assim, se o fato gerador é único, feito um pagamento, tem-se por quitada a utilização da obra por autoria.

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se dá parcial provimento.

(EDcl no REsp 1044345/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 11/02/2010)

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. OBRA MUSICAL. CARNAVAL DE RUA. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. CONFIGURADA.

1. Não se conhece de alegada violação de dispositivo constitucional sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.
2. “A utilização de obras musicais em espetáculos carnavalescos gratuitos promovidos pela municipalidade enseja a cobrança de direitos autorais à luz da nova Lei nº 9.610/98, que não mais está condicionada à aferição de lucro direto ou indireto pelo ente promotor. II. Recurso especial conhecido e provido”. (Resp 524.873/ES, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/10/2003, DJ 17/11/2003 p. 199).
3. Denota-se da condenação a imposição de multa de vinte vezes – art. 109 da Lei nº 9.610/98 - somente deferida quando há manifesta comprovação de pirataria.
4. Recurso Especial conhecido em parte e, nesta extensão, provido parcialmente.

(REsp 700.240/RS, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 14/12/2009)

Pelas jurisprudências citadas, percebe-se que quando os entes políticos, no caso as Prefeituras Municipais, organizam espetáculos públicos, como shows e apresentações, eles devem pagar os direitos autorais dos artistas cujas músicas serão citadas.

Entretanto, diferentemente do que dispôs a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJ/CE) decidiu de forma a não ser cabível a cobrança de direitos autorais em eventos gratuitos, da seguinte forma:

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL Nº 2002.0008.3776-5/0
COMARCA: SOBRAL

REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA DA COMARCA DE SOBRAL

APELANTE: ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E

DISTRIBUIÇÃO - ECAD

APELADA: PREFEITURA DE SOBRAL

RELATOR: DES. ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES

EMENTA: AÇÃO DE COBRANÇA. DIREITO AUTORAL. ECAD. MUNICÍPIO. EVENTO CARNAVALESCO GRATUITO REALIZADO EM LOGRADOUROS E PRAÇAS PÚBLICAS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.610/98. COBRANÇA INDEVIDA. LEI Nº 5.988/73. SENTENÇA MANTIDA.

1. A sentença que não reconhece o direito pleiteado pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, o qual possui natureza jurídica de entidade privada sem fins lucrativos, bem como a que indefere o pedido de reconvenção, não está sujeita ao reexame ex officio da matéria no Órgão *ad quem*.
2. O Município de Sobral, ao promover o carnaval de rua no ano de 1997, sob a vigência da Lei nº 5.988/73, sem a cobrança de ingressos e sem o intuito de lucro, não estava obrigado a pagar direitos autorais relativos à utilização de obras musicais no evento popular.
3. *In casu*, é descabida a alegação de vantagem econômica indireta que beneficiou a municipalidade, uma vez que o evento carnavalesco possui a feição cultural e social de festa popular, com o objetivo de entretenimento dos foliões que frequentam o Município.
4. Reexame não conhecido. Apelo conhecido e desprovido. Sentença confirmada. (Julgamento em 19/10/2009)

Nota-se, porém, que é majoritária a posição do Superior Tribunal de Justiça em serem devidos os direitos autorais quando há utilização das canções pelos que se encaixam no conceito de usuário de músicas.

A despeito do acórdão do TJ/CE em sentido apostro, nos tribunais de 2ª (segunda) instância, predomina também o entendimento do STJ. A título de exemplo, cite-se a ementa do Acórdão proferido pela SEGUNDA CÂMARA CÍVEL DO TJ DA BAHIA (TJ/BA), em 09.03.2010, que preceitua da seguinte forma:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PRECEITO LEGAL COM PEDIDO LIMINAR CUMULADO COM PERDAS E DANOS. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU QUE INDEFERIU LIMINAR DE SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE OBRAS MUSICAIS SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO ECAD – INOBSERVÂNCIA DO PRECEITO LEGAL. PROTEÇÃO DO DIREITO AUTORAL – INTELIGÊNCIA DO ART. 105, DA LEI 9.610/98 E ART. 273, DO CPC. DECISÃO REFORMADA. AGRAVO PROVIDO.

I - AB INITIO, CUMPRE REFERIR QUE O ECAD TEM LEGITIMIDADE, COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL, NOS TERMOS DO ART. 99, §2º, DA LEI 9.610/98, PARA DEFENDER DIREITOS AUTORAIS EM NOME DOS TITULARES.

II - CUMPRE ACLARAR QUE A EXECUÇÃO DAS OBRAS MUSICAIS ESTÁ CONDICIONADA À AUTORIZAÇÃO PRÉVIA DO ECAD, SENDO NECESSÁRIO QUE A RECORRIDA CUMPA COM SUAS OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS RELATIVAS AOS DIREITOS AUTORAIS DOS RESPECTIVOS TITULARES, A FIM DE NÃO CARACTERIZAR O INDEVIDO ENRIQUECIMENTO PARA QUEM DELAS SE APROVEITA.

III - PORTANTO, NÃO SERIA LÍCITO À AGRAVADA A UTILIZAÇÃO DE OBRAS MUSICAIS ALHEIAS SEM AUTORIZAÇÃO DE SEUS AUTORES E TITULARES E, DESSA FORMA, DIANTE DA PLAUSIBILIDADE DO DIREITO E DA ESPECIFICIDADE DO ART. 105, DA LEI 9.610/98, A MEDIDA PLEITEADA DEVE SER DEFERIDA, NO INTUITO DE CESSAR A LESÃO A ESSES DIREITOS AUTORAIS. IV – AGRAVO PROVIDO.

Classe: AGRAVO DE INSTRUMENTO

Número do Processo: 55790-5/2009

Órgão Julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Relator: MARIA DA GRACA OSORIO PIMENTEL LEAL

Data do Julgamento: 09/03/2010

E ainda mais recente, com o mesmo entendimento supra aduzido foi o proferido, novamente, pelo TJ/Ba, , em processo do ECAD, julgado em 2008, nos seguintes dizeres:

DIREITO AUTORAL. VIOLAÇÃO. ART. 105, DA LEI Nº 9610/98. PROVIMENTO DO AGRAVO.

I- A TRANSMISSÃO, OU EXECUÇÃO DE OBRAS MUSICAIS, HÁ DE RESPEITAR OS DIREITOS AUTORAIS, SOB PENA DE SER SUSPensa.

II – EMPRESA AGRAVADA, EM DÉBITO COM O ECAD, NO QUE PERTINE AO RECOLHIMENTO DOS DIREITOS AUTORAIS.

III – PROVIMENTO DO RECURSO, PARA DETERMINAR-SE A SUSPENSÃO, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE QUINHENTOS REAIS (R\$ 500,00) DA EXECUÇÃO E RADIODIFUSÃO DE OBRAS MUSICAIS, LÍTERO-MUSICAIS E FONOGRAMAS, ENQUANTO NÃO PROVIDENCIADA A NECESSÁRIA LIBERAÇÃO, JUNTO AO ECAD.

Classe: AGRAVO DE INSTRUMENTO

Número do Processo: 26152-9/2008

Órgão Julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Relator: LOURIVAL ALMEIDA TRINDADE

Data do Julgamento: 25/11/2008

Cabe ressaltar, inclusive, que o ECAD não está obrigado, pelos autores e titulares das obras musicais, lítero-musicais e fonogramas (consoante parte “I”, item 13, dos princípios gerais de cobrança, impostos no seu regulamento de arrecadação) a liberar eventos de usuários em débito, muito ao revés, onera-se em administrar e proteger o repertório das utilizações ilícitas.

Conforme já preceituado, o autor é titular de direitos morais e patrimoniais sobre sua obra, tendo o direito de autorizar, como também o de proibir o uso desautorizado de suas criações, pois a obrigação de abstenção se impõe *erga omnes*.

No mesmo sentido, o Egrégio Tribunal de Superior Tribunal de Justiça vem, recentemente, pronunciando, senão verifique-se o Acórdão a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESPETÁCULOS CARNAVALESCOS PROMOVIDOS PELO MUNICÍPIO. DIREITO AUTORAL. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA, INDEPENDENTEMENTE DA GRATUIDADE DO EVENTO. FATO POSTERIOR À EDIÇÃO DA LEI N.º 9.610/98. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E AQUELES APONTADOS COMO PARADIGMA.

1. Possibilidade de cobrança de direito autoral em razão de espetáculos carnavalescos públicos realizados, ainda que gratuitamente, realizados sob a égide da Lei n.º 9.610/98.
2. Distinção dos eventos gratuitos realizados anteriormente na vigência da Lei nº 5988/73.
3. Inaplicabilidade dos julgados apontados como paradigma, por não guardarem similitude fática com a hipótese em comento.

AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(AgRg no REsp 730.007/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 22/11/2010)

CIVIL. DIREITOS AUTORAIS. SHOW AO VIVO PROMOVIDO PELO SESC. COBRANÇA DEVIDA. PRECEDENTES.

I. É devida a cobrança de direitos autorais de evento musical promovido pelo Serviço Social do Comércio - SESC, independente da cobrança ou não de ingressos.

II. Precedentes do STJ.

III. Recurso especial do autor conhecido e provido.

(REsp 908.476/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 15/10/2010)

Assim, demonstrado que a jurisprudência, valendo-se dos textos legais, visa coibir abusos como os praticados pelo acionado, impõe-se o exame da matéria pelo órgão jurisdicional, de forma a prevalecer a ordem jurídica vigente e, definitivamente, através do mesmo Poder Judiciante, proibir o uso ilegal e indevido das obras de criação do espírito, como a imposição da devida retribuição pecuniária em favor dos titulares das obras artístico-musicais e fonogramas.

Não se pode esquecer, entretanto, o fato de os servidores do ECAD não serem funcionários públicos, razão pela qual não gozam da presunção de veracidade dos atos administrativos. Assim, é necessário que o Escritório prove os atos constitutivos, extintivos ou modificativos de seus direitos, conforme julgado a seguir:

EMENTA: ECAD - AÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO - ARRECADAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS - ECAD - ÔNUS DA PROVA DA EXECUÇÃO DE OBRAS MUSICAIS - Os agentes do ECAD não são servidores públicos e seus atos não gozam de presunção de veracidade, já que por sua qualidade não possuem fé pública. - Compete ao réu, ao contrapor os fatos alegados pelo autor, a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito sustentado na inicial, conforme o art. 333, II, do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0342.03.037401-7/001 - COMARCA DE ITUIUTABA - APELANTE(S): ECAD ESCRITÓRIO CENTRAL ARRECADAÇÃO DISTR - APELADO(A)(S): FUND EDUCACIONAL ITUIUTABA - RELATOR: EXMO. SR. DES. NILO LACERDA

Ademais, é preciso lembrar que o ECAD não pode cobrar o valor dos direitos autorais de forma arbitrária, devendo observar a ordem preferencial de cálculos disposta no Regulamento de Arrecadação Consolidado daquela sociedade civil, regulamentada pela Lei nº 9.610/98. Além disso, suas cobranças não são tributos, razão pela qual, como foi expresso anteriormente, cabe a ele provar o fato constitutivo (modificativo ou extintivo) de seu direito, conforme julgado a seguir:

DIREITOS AUTORAIS SOBRE OBRAS MUSICAIS - COBRANÇA - ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO - ECAD - CRITÉRIO FÍSICO DE MENSURAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DA OBRA (ÁREA DO SHOW) - INADMISSIBILIDADE. A forma adotada pelo Brasil para a fixação de preços de direitos autorais é absolutamente arbitrária e monopolista, pretendendo o ECAD gozar de uma soberania que nem o Estado possui, pautada que está a Administração pelo Princípio da Legalidade. Se há proteção aos direitos autorais, também os do consumidor são tutelados, devendo haver razoabilidade e proporcionalidade entre as várias esferas da tutela prestada pelo Direito. A fixação dos preços de direitos autorais com aplicação de parâmetro físico e potência da transmissora, constitui critério absolutamente inadequado, já que leva em consideração a área sonorizada. O ECAD, na verdade, apresenta-se em Juízo munido de uma espécie de clone de “certidão de dívida ativa”, que seria absolutamente indiscutível pelos consumidores, e a cuja tarefa se reservaria a prova em contrário, à feição dos privilégios que a lei prevê para os créditos tributários. Procura criar, na realidade, uma tipo novo de título de crédito, que se poderia chamar de “certidão de dívida ativa de direitos autorais”, não autorizada legalmente. (TJ/MG Processo nº 1.0000.00.347379-0/000)

Relator: KILDARE CARVALHO

Data do Julgamento: 30/04/2009

Data da Publicação: 26/06/2009

EMENTA: AÇÃO DE COBRANÇA - DIREITOS AUTORAIS - ECAD - LEI Nº 9.610/98 - FORMA DE CÁLCULOS - REGULAMENTO DE ARRECADAÇÃO CONSOLIDADO - CRITÉRIO - ORDEM PREFERENCIAL - OBSERVÂNCIA - SENTENÇA MANTIDA. A fixação dos valores devidos ao ECAD, a título de arrecadação de direitos autorais, deve observar a ordem preferencial de cálculos disposta no Regulamento de Arrecadação Consolidado daquela sociedade civil, regulamentada pela Lei nº 9.610/98. Sentença mantida em reexame necessário, prejudicado o apelo voluntário.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0508.06.002383-7/001 -
COMARCA DE PIRANGA - REMETENTE: JD COMARCA PIRANGA - APELANTE(S):
ECAD ESCRITÓRIO CENTRAL ARRECADAÇÃO DISTR - APELADO(A)(S):
MUNICÍPIO PRESIDENTE BERNARDES - RELATOR: EXMO. SR. DES. KILDARE
CARVALHO (TJ/MG Processo nº 1.0508.06.002383-7/001)

Portanto, o ECAD goza de legitimação ativa para cobrança dos direitos autorais, mas não goza da presunção de veracidade de suas alegações, devendo, também, para as suas cobranças, observar valores previamente estabelecidos e regulamentados pela Lei nº 9.610/98.

CONCLUSÃO

Pelos aspectos apresentados no presente trabalho, percebeu-se que os criadores de músicas, ainda que sem letra, possuem ampla proteção constitucional e legal de suas obras, podendo exigir, inclusive, contraprestação pecuniária por qualquer espécie de uso ou publicação de sua criação.

A Constituição Federal de 1988, por exemplo, confere exclusividade ao autor sobre suas obras, no art. 5º, inciso XXVII, dizendo que cabe aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar. Aliás, está sob a rubrica Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, o que, por si só, já caracteriza o núcleo irredutível da Constituição.

Sobre direito autoral, inclusive, o próprio Supremo Tribunal Federal editou uma súmula, garantindo, pela execução de obra musical por artistas remunerados, ser devido direito autoral, não exigível quando a orquestra for de amadores.”

Foi visto, também, que a Lei nº. 9.610/98, denominada Lei de Direitos Autorais, entre outros aspectos, impõe a obrigação legal direcionada a todos as pessoas de não utilizar as obras musicais em suas programações sem a devida autorização dos titulares de direitos autorais.

Assim, demonstrando a importância na proteção de obras intelectuais, o Constituinte Originário elevou a nível Constitucional a exclusividade do autor de obras intelectuais exercer seus direitos, no sentido de ser ele a única pessoa que pode exercer as prerrogativas advindas das obras protegidas.

Com objetivo, então, de cuidar da arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e lítero-musicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais, foi criado o ECAD. Este instituto é uma sociedade civil, pessoa jurídica de direito privado, instituído pela Lei Federal nº 5.988/73 e mantida pela atual Lei de Direitos Autorais brasileira – nº 9.610/98.

O ECAD atua judicial e extrajudicialmente na proteção dos direitos autorais. Como o presente trabalho se presta a fazer uma análise jurisprudencial, no âmbito do Poder Judiciário, portanto, dessa atuação, no terceiro tópico, foi discorrido vastamente sobre as decisões de juízes no que diz respeito aos direitos autorais pleiteados pelo ECAD.

Dessa forma, observou-se que tanto a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), como dos Tribunais de Justiça – órgãos de 2ª (segunda) instância do Poder Judiciário Estadual -, são majoritárias em deferir, tanto em sede liminar, como em via exaustiva, a proteção dos direitos autorais, determinando, inclusive, o espetáculo público que esteja acontecendo sem a devida regularização no que diz respeito a esses direitos.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. Lei 9.610/98, de 19 de fevereiro de 1998 - Lei de Direitos Autorais.
- _____. Lei nº. 5.988, de 14 de Dezembro de 1973 – Antiga Lei de Direitos Autorais.
- _____. Ministério da Cultura. **Direito Autoral** – Brasília: Ministério da Cultura, 2006 (Coleção Cadernos de Políticas Culturais; v.1)
- BITTAR, Carlos Alberto A. **O direito de autor nos meios modernos de comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- BOBBIO, Vicente. **O Direito de Autor na criação musical**. São Paulo: Lex, 1951.
- CABRAL, Plínio. **Direito Autoral: dúvidas & controvérsias**. São Paulo: Hbra, 2000.
- CHAVES, Antonio. **Obras literárias e musicais: Contrato de edição**. São Paulo: Julex, 1988.
- CONSELHO NACIONAL DE DIREITO AUTORAL. **Legislação e normas**. 3. ed. Brasília: CNDA, 1985.
- FILHO, Francisco Humberto Cunha. **Cultura e Democracia na Constituição Federal de 1988** – A representação de interesses e sua aplicação ao Programa Nacional de Apoio à Cultura. RJ: Letra Leg, 2004.
- FRAGOSO, João Henrique da Rocha - **Direito Autoral: Da Antiguidade à Internet**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil. 2009.
- NAZO, Georgette N. **A Tutela jurídica do direito de autor**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- OLIVER, Paulo. **Direito autoral e sua tutela penal.: lei nº 9.609/98, lei nº 9.610/98, decreto-lei nº 2.556/98**. São Paulo: Ícone, 1998. p. 269.
- SILVEIRA, Newton. **A Propriedade intelectual e as novas leis autorais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

AUTHOR LAW — THE ROLE OF ECAD ACCORDING TO BRAZILIAN COURTS

Abstract: The Brazilian Constitution ruled as fundamental right the protection of intellectual/artistic work. This article analyzes the current federal law n. 9.610/98, called Author Law, and the rulings of Brazil's superior courts regarding the role of ECAD, the central office in charge of supervising the public execution of musical pieces.

Keywords: Author Law. ECAD. Law n. 9.610/98

ALOÍSIO SURGIK. VIAJANDO PELA HISTÓRIA. DO DIREITO ROMANO AO DIREITO CONTEMPORÂNEO.

Curitiba (PR): I. SCHERER, 2010, 346 p.

Ramón Rodríguez Montero

Professor titular de Direito Romano (Universidade da Coruña, Espanha)
www.ramonprodriguezmontero.es

A finales del pasado mes de marzo, durante mi asistencia al Congreso que la Asociación Internacional de Derecho romano (AIDROM) viene celebrando anualmente –el presente lo fue en la Universidad de Almería–, el profesor brasileño Aloísio Surgik, asiduo participante desde hace muchos años en los Congresos de la mencionada Asociación, me entregó su último libro, recientemente publicado, titulado “Viajando pela História. Do Direito romano ao Direito contemporâneo”, acompañado de una amable e inmerecida dedicatoria.

Aún cuando ya en aquél momento tuve la ocasión de agradecerle su deferencia, manifestándole la ilusión que desde siempre me produce recibir libros, y más especialmente cuando los mismos se encuentran dedicados, transcurridos unos meses, tras realizar la correspondiente lectura de la obra, me permito en estas breves notas dar cuenta de la misma, en testimonio de amistad y reiterado agradecimiento hacia su autor.

El libro del prof. Surgik contiene, ordenadas cronológicamente, once comunicaciones presentadas y discutidas en diversos Congresos internacionales de Derecho romano, celebrados a lo largo de diversos años, así como una contribución aportada al libro “Humanismo e Cultura Jurídica no Brasil”, coordinado por Antônio Carlos Wolkmer (Fundação Boiteaux, Florianópolis, 2003). Intercaladas entre el texto aparecen también diversas fotografías que recogen momentos de las intervenciones del autor en algunos de los citados Congresos. Completa el volumen un elenco de referencias bibliográficas relacionadas con los temas tratados en el mismo.

Los trabajos que integran la publicación “forman parte de la Historia del Derecho, y particularmente del Derecho romano, sobre todo considerándose el sentido romano de la cosa pública, frente a la reciente política de las privatizaciones, tema éste que permea las consideraciones críticas y constituye la tónica general de la presente obra en su conjunto”. De esta forma, aún cuando en su obra se contengan temas diversos, el hilo conductor de los mismos, con el que se pretende “conferirles cierta unidad, o por lo menos la intención de focalizar puntos fundamentales”, es el “tema de las privatizaciones”.

Los dos primeros trabajos, titulados respectivamente “Da violação da liberdade na cobrança de pedágio” y “A luta pela propriedade da terra na história de Roma e no Brasil” –de los que el autor confiesa haber dudado en un primer momento sobre su inclusión en la obra, por encontrarse ya disponibles en internet– tratan de problemas de evidente interés actual, siendo todavía objeto de debate, sin que, por lo demás, todavía se hayan resuelto.

Por lo que se refiere al primero, en relación al cobro de peajes en las autovías y vías públicas –que está siendo cuestionado en el momento actual en algunos países de la Unión

Europea, como por ejemplo es el caso de España o Portugal-, el prof. Surgik considera que, tanto las citadas autovías como las vías públicas, “no pueden ser objeto de concesión para explotación de peaje, aún con promesas de mejora de su calidad, porque su construcción, manutención y conservación en buenas condiciones es de entera responsabilidad del poder público, que ya recauda tributos para esta finalidad, debiéndole garantizar a cada ciudadano el derecho a desplazarse con plena seguridad”, subvirtiéndose en caso contrario el que califica como “orden de valores”, y “constituyendo una ofensa al ciudadano en su condición humana como ser libre”. En este sentido, según el autor, “las autovías y vías públicas, por su propia naturaleza, en cuanto pertenecientes al pueblo, entran en la categoría de las res extracommercium (cosas públicas, desde la más remota tradición romana), no pudiendo, por tanto, ser explotadas comercialmente, ni siquiera a través del cobro de peaje, bajo disfraz de “precio público”. A su entender, “solamente el poder público tiene competencia para cobrar tributos, instituidos regularmente por ley y mediante actividad administrativa plenamente vinculada”; “el cobro indebido sobre aquello que ya nos pertenece en nuestra condición de ciudadanos forma parte de la lógica perversa en que el interés público se pospone en provecho del interés privado y del gran capital, en un verdadero comercio de la cosa pública, bajo pretexto de aparcería público-privada, pero que, en realidad, es “privacidad” público-privada”.

En “A luta pela propriedade da terra na história de Roma e no Brasil”, el autor se ocupa de los graves problemas relacionados con la disputa por la posesión y la propiedad de la tierra en Brasil, especialmente desde un punto de vista histórico-crítico.

A partir del paralelo que establece entre la que califica como “desgracia” que tuvo el proyecto de reforma agraria de los hermanos Gracos, cuyo final, como es sabido, fue trágico, y las numerosas muertes que viene provocando la lucha por la reforma agraria en el Brasil actual, el prof. Surgik señala que “resulta forzoso reconocer que hoy estamos sufriendo un lamentable retroceso”, y que “el ejemplo del pasado debe estimularnos en el presente”.

Destaca dos aspectos sobre los que realiza diversas consideraciones críticas: por una parte, el tratamiento jurídico desigual que se viene dispensando por parte de las autoridades públicas a los ocupantes de “tierras ociosas”, que, frente a los grandes propietarios latifundistas, no disponen de mecanismos procesales adecuados que los amparen en la búsqueda de sus derechos fundamentales, que concreta en el derecho a la reforma agraria, al trabajo, a una vivienda digna y, sobre todo, a la obtención de alimentos para sí y para sus hijos; por otra, el uso de un vocabulario que califica como “manifiestamente tendencioso” —empleo sistemático de la palabra “invasión” y su respectivo verbo “invadir”, en vez de otros, como por ejemplo, “ocupar”—, utilizado por los grandes medios de comunicación, denigrando la imagen de los “sin tierra” ante la opinión pública, y predisponiendo a la misma para considerarlos como delincuentes.

“As presunções como meios de prova (de Roma á atualidade)” es el título de la tercera de las contribuciones que el prof. Surgik incluye en su obra. En la misma se ocupa de estudiar desde el punto de vista histórico la que califica como axiomática estrecha vinculación que algunos juristas establecen entre las nociones de “presunción” y “prueba”, no sólo exclusivamente para las llamadas presunciones “judiciales” o “simples” (praesumptiones hominis), sino también para las presunciones legales “absolutas” (iuris et de iure) y las relativas (iuris tantum).

El prof. Surgik analiza la relación que se establece entre las presunciones y las pruebas en las fuentes romanas, en el Fuero Juzgo, en el libro Flores de las Leyes, en el libro de las Siete Partidas, en el antiguo Derecho lusitano (Libro de Leyes y Posturas, Ordenaciones Alfonsinas, Manuelinas y Filipinas), en el Derecho canónico —en el que resalta su especial importancia, indicando al respecto que “las presunciones en cuanto vinculadas a las pruebas, en

verdad, crecieron, se ramificaron y se multiplicaron en su terreno más fértil, que fue el Derecho canónico”- y en el Derecho procesal civil brasileño, para finalizar refiriéndose a la diferenciación entre presunción y ficción.

El cuarto trabajo, que lleva por título “Da necessidade da boa-fé objetiva na ética proffissional do advogado”, pretende, en palabras del autor, “focalizar inicialmente la fides en un análisis más amplio sobre el punto de vista jurídico romano, restringiendo a continuación el tema al sector específicamente relacionado con la ética profesional del abogado, considerando que, aun a pesar de los siglos transcurridos, la buena fe (referente de la conducta del pueblo romano en sus relaciones jurídicas, sociales, comerciales y familiares, entre otras) todavía se constituye en una verdadera fuente de lecciones para los operadores del Derecho”.

Destaca el prof. Surgik en esta contribución que, en el Código civil brasileño que se encontraba en vigor en el momento de escribir su comunicación, presentada en el año 2001 –y que, como advierte en el Prólogo de su libro, con el transcurso de los años sería sustituido en el 2003 por otro, actualmente vigente, que consagró el principio de la buena fe objetiva-, la gran mayoría de los artículos que se referían a la buena fe tenían una connotación nítidamente subjetiva, lo que, a su entender, por la facilidad de simulación, dificultaba poder escrutar la conciencia humana e inviabilizaba hasta cierto punto la propia concretización de la justicia.

Precisamente, el gran avance de la legislación brasileña en relación al acogimiento de la buena fe objetiva se verificó, según el autor, al regular los derechos del consumidor mediante la Ley nº 8.078/90, en la que se contempló –sin perjuicio de que hasta entonces se viniese reconociendo doctrinal y jurisprudencialmente- en forma de cláusula general dicho principio de la buena fe objetiva. Por lo que se refiere al ámbito del proceso civil brasileño, en opinión del prof. Surgik, si se examina el Código de Proceso Civil brasileño, se puede verificar que el principio de la buena fe objetiva realmente se mantiene, inclusive respecto a los abogados, y que el mismo regula minuciosamente en su artículo 15 la conducta del abogado; pero que, sin embargo, la Ley 8.096/94, que regula específicamente la ética del abogado, se muestra en sentido diverso del mencionado Código, puesto que en ella se inclina el principio de la buena fe del campo objetivo hacia el subjetivo. Finalmente, el autor hace hincapié en su artículo en la responsabilidad del abogado ante la sociedad, recalcando la necesidad de la buena fe objetiva en su ética profesional.

En “A quæstão da responsabilidade civil do Estado perante o Direito romano”, el prof. Surgik realiza diversas reflexiones críticas sobre la consideración del Estado como persona jurídica.

Partiendo de las fuentes romanas, especialmente en lo relativo al binomio derecho público y derecho privado –cuya distinción, según su criterio, debe de pasar por una profunda revisión crítica en atención a las interpolaciones del texto D. 1.1.1.2, atribuido a Ulpiano, así como a la absoluta imposibilidad en Derecho romano de asociar al derecho público la idea de Estado-, entiende que no existió en Roma el Estado como persona jurídica, considerando, por tanto, absolutamente anacrónica e inadecuada la expresión “Estado romano”. A su entender, resulta inadmisibles suponer que entre los romanos hubiese existido una persona jurídica separada de la persona física, porque, lejos de imaginarse que aquellos fuesen incapaces de realizar una abstracción, lo que en verdad no admitían era exonerar a la persona física, diluyendo su responsabilidad en una entidad abstracta como es la persona jurídica.

Según el prof. Surgik, la persona jurídica, en cuanto que separada de la persona física, lejos de poder explicarse científicamente, es más fácilmente explicable como fenómeno histórico. Encuentra su origen estrechamente ligado a las entidades religiosas del Bajo Imperio romano. Las *personae fictae*, como punto de constitución definitiva de la persona jurídica y, consecuentemente, del Estado, tuvieron su origen en el Derecho canónico, y no en el Derecho romano. Para el autor,

lamentablemente, al estudiar a la persona jurídica, la llamada Ciencia jurídica moderna, más preocupada en explicar su naturaleza jurídica, no siempre ha demostrado el mismo empeño en investigarla como instrumento de fraude. En su opinión, el Estado debe someterse a un riguroso análisis crítico en cuanto a su papel en relación a la responsabilidad civil, teniendo en cuenta la que califica como “inaceptable sumisión a poderosos grupos económicos, que viene acarreado graves consecuencias en la subversión del Derecho y, por tanto, en la violación de la Justicia”.

La sexta de las contribuciones que se recoge en el libro, que fue objeto de la comunicación presentada en el mes de agosto del año 2001 durante el XIII Congreso Latinoamericano de Derecho romano, celebrado en la Universidad de La Habana, lleva por título “O Direito romano perante a tragédia da Globalização”, sirve al prof. Surgik para analizar la que califica como “grave crisis” que “envuelve no sólo al mundo jurídico, sino también a los más variados sectores de la vida política, económica, social”, “la gran crisis de valores que se amplía en acelerado proceso de exclusión social, haciendo que millones de personas se vean en la contingencia de sobrevivir en la más dramática miseria, por debajo de los límites de la propia dignidad humana”.

En su opinión, gran parte del mundo sufre las que califica como “consecuencias desastrosas del ideario neo-liberal”, indicando que sus objetivos van desde “la destrucción del Estado nacional, en la medida en que dificulte la integración a la lógica de la globalización financiera y especulativa, hasta la masacre de los movimientos de resistencia política de aquellos que se oponen a los designios del mercado, que se pretende imponer como divinidad suprema”. Según el prof. Surgik, “las falsas esperanzas que el sistema de mercado viene imponiendo al mundo contemporáneo exigen ciertamente un arduo combate por una cultura jurídica basada en sólidos principios de solidaridad y fraternidad contra la cultura capitalista del egoísmo individualista y de la muerte”. A su entender, “resulta necesario asimilar las lecciones históricas del Derecho romano, que se expandió universalmente no tanto por su carácter imperialista cuanto, sobre todo, por su valor cultural, imbuido de profundo sentido ético, basado en los más sólidos fundamentos de la bona fides”, concluyendo que “frente a la gran prensa y a la televisión, que se encuentran en manos de la minoría dominante, resulta posible resistir, no sólo mediante el combate por la democratización de los medios de comunicación, sino también mediante la construcción de una red cultural alternativa, a partir de los sindicatos, de las comunidades de base, de los movimientos campesinos e indígenas, de las Asociaciones de barrio, etc., con la posibilidad de crear un Derecho popular, a semejanza del Derecho romano en su mejor expresión clásica”.

“Da fiducia cum creditore ao contrato de alienação fiduciária em garantia” es el séptimo trabajo que aporta en su libro el romanista brasileño.

En el mismo, el prof. Surgik contrapone la antigua institución romana de la fiducia cum creditore a la más cercana en el tiempo enajenación fiduciaria en garantía introducida en Brasil por influencia del mercado de valores a través del Decreto Ley nº. 911/69, resaltando, además del profundo deterioro sufrido por la primera en su sentido originario a lo largo de los siglos, la inspiración de la segunda en la figura anglosajona del trust receipt. A su entender, uno de los aspectos más críticos del mencionado Decreto Ley es la introducción en el proceso civil brasileño, de rito sumarísimo y defensa limitada, autorizando al acreedor, en proceso autónomo e independiente, acción de busca y aprehensión y acción de depósito contra el deudor, con las consiguientes responsabilidades penales, que considera inaceptables teniendo en cuenta los principios del Derecho penal. Según el prof. Surgik, la enajenación fiduciaria en garantía, que fue incorporada en el nuevo Código civil brasileño del año 2003, al dedicarse en el mismo un capítulo especial a la propiedad fiduciaria, también ha suscitado muchas polémicas en los Tribunales brasileños. En su opinión, por los motivos expuestos, se debería “extirpar tal figura de la legislación brasileña”.

En el octavo de los trabajos, titulado “Humanismo e cultura jurídica na obra de Teixeira de Freitas”, el autor, tras examinar brevemente el Humanismo dentro de la historia de las ideas, se ocupa de analizar algunos aspectos que califica como “particularmente interesantes”, relativos al humanismo y a la cultura jurídica dentro de la obra del gran jurista brasileño del siglo XIX, Augusto Teixeira de Freitas.

Según el prof. Surgik, el humanismo de Teixeira de Freitas se caracteriza principalmente por la defensa intransigente de la libertad humana. Al encontrarse su formación jurídica sólidamente asentada en el Derecho romano, ello le permitió cultivar un “humanismo científico”. A pesar de las tendencias positivistas adversas de su época, en su opinión, resulta “particularmente admirable” el hecho de que Teixeira de Freitas haya tenido una vivencia humana, y que nos la haya transmitido.

“A manus e o consensus no casamento romano” se corresponde con la comunicación presentada en el VI Congreso Internacional y IX Iberoamericano de Derecho romano, celebrado en el mes de febrero de 2003 en la Universidad de Huelva.

El prof. Surgik señala en este trabajo algunos puntos que, en su opinión, “podrían indicar nuevas líneas de investigación y análisis crítico” en relación al matrimonio.

A su entender, considera que se podría cuestionar hasta qué punto las legislaciones relativas al matrimonio (y al Derecho de familia en general) de los países que se mantuvieron predominantemente católicos, y en los que todavía permanecen generalmente lazos muy estrechos entre la Iglesia y el Estado, no serían hoy más que un repositorio de preceptos religiosos antes que jurídicos. En segundo lugar, también piensa que se debería cuestionar la existencia de los llamados “derechos indisponibles”, en cuya categoría se alinea, entre otros, el Derecho de familia, considerando que la citada expresión, en sí misma, ya es contradictoria, puesto que, en su opinión, “un derecho del que no se puede disponer, deja de ser derecho”. Finalmente, observa que “considerándose que son innumerables los deberes impuestos sobre la máscara de los derechos, cabe investigar por qué el Derecho de familia ha sido creado no tanto para atribuir derechos, cuanto para imponer deberes”, concluyendo que “el Derecho no puede ser concebido como fuerza de dominación, sino como instrumento de liberación”.

En el décimo escrito, titulado “O povo romano e o julgamento de Catilina (Reflexões críticas sobre os textos de Cícero e de Salústio)” el autor, tomando como base las “Catilinae” –“In Catilinam oraciones quator”- de Cicerón, y la obra de Salustio –“De coniuratione Catilinae”-, pretende “rescatar, en la medida de lo posible, a través de una relectura crítica de los mismos, la verdadera imagen de Catilina y de Cicerón, así como los motivos que habrían impulsado a ambos para adoptar las actitudes que adoptaron”.

Tratando sucintamente de algunos aspectos biográficos de Cicerón, Salustio y Catilina, el prof. Surgik señala respecto al primero que la vida de Cicerón fue muy turbulenta, a pesar de lo cual, y a diferencia de lo que sucedió a los otros autores de la Antigüedad dejó una vasta producción literaria, quizá por el hecho de que los copistas medievales, en su mayoría eclesiásticos, fueron especialmente complacientes en la preservación de sus obras, al coincidir en gran medida con las bases doctrinales del cristianismo. Por lo que se refiere al historiador Salustio, fervoroso admirador y seguidor de César, al escribir su conocida obra “De coniuratione Catilinae”, según el prof. Surgik, lo hizo fundamentalmente con el deseo de librar a César de la tacha de complicidad con Catilina, razón por la cual su texto debe ser leído con muchas reservas. Finalmente, el prof. Surgik, considera que la figura de Catilina ha sido excesivamente deformada por la Historiografía y la Literatura. Sin embargo, aunque realmente hubiese cometido todos los crímenes que le fueron imputados en las Catilinae de Cicerón, éste jamás podría condenarlo en

la forma en que lo hizo, puesto que, más allá de la inexistencia de pruebas, solamente al pueblo cabría juzgar casos como el de la naturaleza de Catilina, es decir, en la Asamblea debidamente convocada y, en todo caso, a través de la provocatio ad populum.

En opinión del prof. Surgik la grave crisis que sufrió la experiencia republicana romana se debió principalmente a la reforma militar llevada a cabo por Cayo Mario, al profesionalizar el servicio militar, pasando a ser de esta forma la guerra un apetecible instrumento de lucro en manos de muchos comandantes y de sus soldados, lo que fue decisivo para provocar la caída de la República. Bajo estas circunstancias, según el autor, Catilina debe ser considerado no como un conspirador, sino más bien como un revolucionario. A su modo de ver fue una de las víctimas de la crisis republicana. Los textos de Cicerón y Salustio, analizados críticamente, pueden, a su entender, por una parte, ayudarnos a rescatar la verdadera imagen de Catilina, y, por otra, a ver a Cicerón no como un símbolo de la defensa de los valores republicanos, sino como uno de los agentes de la instauración del Imperio. Según el autor, Catilina, por su grandeza en defender la justicia social, debe recibir ciertamente la justa y merecida petición de perdón –aun cuando ya han pasado más de dos mil años- por parte de todos aquellos que le condenaron.

“A sucessão testamentaria no Direito romano tardio e seu papel na gênese da pessoa jurídica” es el penúltimo trabajo incluido en el libro objeto de la presente reseña. En el mismo, el prof. Surgik vuelve a ocuparse de la persona jurídica, analizando la práctica testamentaria en el Derecho romano tardío y la que califica como “curiosa ligazón” que se puede establecer a partir de diversos desdoblamientos históricos entre tales testamentos y la génesis de la persona jurídica, al desconocer el Derecho romano clásico tal concepto abstracto de persona jurídica.

Según el autor, especialmente en cuanto se intensificó la práctica de los testamentos a favor de las “causas pías”, el testamento, frente a lo que ocurría anteriormente, pasó a asumir un carácter más patrimonial. La necesidad de evitar la disipación de los patrimonios destinados por testamento a esas causas piadosas motivó la creación de nuevas formas de inalienabilidad, a semejanza de lo que había ocurrido anteriormente con las res divini iuris, estableciéndose así los primeros fundamentos de separación entre las personas físicas y las corporaciones religiosas. Posteriormente, en el siglo XIII, con el canonista Sinibaldus Fliscus, surgió la “persona ficta”, idealizada por él para separar a las personas físicas –presumiblemente inocentes- del conjunto de los habitantes de una ciudad –“persona ficta”- alcanzada por la pena de excomunión. A continuación, la “persona ficta” abrió el camino para la concepción de la “persona moral”, que, a su vez, se transformó por obra de la Pandectística alemana en la actual figura de la persona jurídica, también ficticia.

En opinión del prof. Surgik, de la persona jurídica, enaltecida y difundida como la gran invención de nuestro tiempo, deriva la proliferación de muchas formas de entidades ficticias cuyos fines no siempre atienden a los intereses del bien común, inclusive las sociedades anónimas, que, muchas veces, en complicidad con el Estado (también persona jurídica), constituyen en el contexto de las desigualdades sociales del mundo capitalista una de las principales causas de la crisis del Derecho contemporáneo.

El libro finaliza con el trabajo titulado “Res extracommercium: de Roma aos tempos atuais”, en el que el autor fija su atención especialmente sobre el sentido romano de las res extracommercium, extrayendo del mismo algunas consideraciones críticas sobre las graves deformaciones sufridas a lo largo de los tiempos, convirtiendo en la actualidad a dichas cosas en verdadera mercancía a causa de un sistema socio-político-económico basado en un proceso que, al margen de ciertos valores y principios éticos indispensables para la convivencia social, como la buena fe, la equidad y la solidaridad, pretende transformar el mundo instituyendo como divinidad suprema al mercado.

Para el prof. Surgik no se puede aceptar simplemente el argumento de que el servicio público estaría siendo insuficiente y por ello que ciertos sectores del patrimonio público deberían ser vendidos en provecho de la explotación privada, puesto que, por su propia naturaleza y especificidad, hay determinados sectores que jamás pueden ser entregados a la actividad comercial por ser claramente de exclusivo interés colectivo.

En el caso brasileño, según el autor, tratándose de privatizaciones bajo el disfraz de concesiones, como es el supuesto del cobro de peajes en autovías públicas –al que ya se refirió en el primero de los trabajos recogidos en su libro- es evidente que, como mínimo, se debería asegurar al usuario (que ya paga impuestos) el derecho a poder utilizar otra vía alternativa de buena calidad para conducirlo, sin gravamen alguno, al destino deseado, lo que generalmente no ocurre en Brasil. Por ello, en opinión del prof. Surgik, es obvio que el cobro de peaje en estas circunstancias no deja de ser sino una forma camuflada de apropiación indebida del espacio público por el sector privado, además de tratarse de una evidente violación del derecho a la libertad, consubstanciado en el derecho natural de ir y venir. Ni la Unión Federal, ni los Estados miembros, ni los Municipios tienen la propiedad de las autovías, que, según el autor, pertenecen al pueblo. De ahí la absoluta inconsistencia, bajo cualquier título, de las privatizaciones en el sector.

A todo lo expuesto, el prof. Surgik añade que la Medida Provisional n° 155, que se transformó en la Ley n° 8031, de 12 de abril de 1990, promulgada bajo el pretexto de que el Estado debería concentrar su actuación en actividades típicamente públicas, como la educación y la salud entre otras, contiene en sí misma una grave contradicción, al estar siendo objeto del proceso de privatización dichas actividades. Esta “tercerización de servicios esenciales y de las cuentas de la Prefectura” que se está operando en los Municipios brasileños, en palabras del autor, “no es nada más que una demostración clara de la profunda crisis del mundo contemporáneo en la ciega sumisión al mercado, envolviendo incluso mismamente hasta a la educación de primer grado frente al poder público municipal, cuyo papel se vuelve también cada vez más opaco respecto a sus responsabilidades”.

A mi juicio el libro reseñado en estas páginas ofrece al lector en los difíciles tiempos por los que atravesamos algunos motivos para realizar una reflexión seria y sincera sobre los acontecimientos que estamos viviendo, o quizá mejor, que nos están haciendo vivir determinados estamentos políticos y económicos desde su posición de poder y en atención a sus propios intereses particulares, manipulando a su antojo a la colectividad. Resulta por ello meritorio que el prof. Surgik, con el compromiso y rebeldía que se trasluce perfectamente a través de su obra, nos haga tomar conciencia de dichas circunstancias.

Sinceramente, desconozco hasta qué punto y en qué medida el Derecho romano de la época republicana pueda ser presentado, según lo hace de forma enaltecida el prof. Surgik a lo largo de su obra, como un posible ejemplo a seguir en los momentos actuales. Y ello, porque no se puede olvidar que el propio sistema jurídico romano republicano, con independencia de los valores, virtudes y bondades que pueda contener en sí y que se puedan abstraer de forma atemporal para ser utilizados en el presente, indudablemente es tributario de los concretos intereses de un grupo social reducido, así como de unas condiciones históricas, políticas y económicas que se dieron en un contexto muy concreto.

En cualquier caso, concuerdo plenamente con el profesor brasileño en que “sólo reconstruyendo el pasado podremos verdaderamente construir el futuro”, pero también en que “la Historia no ha acabado, sino que apenas empieza. Y si realmente quisiéramos transformarla en perspectivas de verdadera esperanza es a nosotros a los que, de aquí en adelante, nos cabe hacer la Historia”.

VISÃO ATUALIZADA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL E O VERDADEIRO ALCANCE DA LEI MARIA DA PENHA - LEI Nº 11.340/2006

Luciana Flávia de Oliveira Moreira

Concludente do curso de Especialização em Direito Processual (FA7), orientada pelo prof. Ms. Felipe dos Reis Barroso (FA7). Advogada.

lucianamoreiradv@hotmail.com

Sumário: Introdução. 1. Violência Doméstica Contra a Mulher. 2. Lei Maria da Penha. 3. Análise do Panorama Social e Finalidade Atual. 4. Índices Atualizados sobre a Violência Doméstica no Brasil. Conclusão. Referências.

Resumo: O presente artigo tem como finalidade a evolução e o reconhecimento dos direitos das mulheres vítimas de violência doméstica. Pretende-se com o tema abordar importantes questões, que vão desde a origem dos primeiros movimentos feministas em nosso país, suas aguerridas lutas e constantes embates, passando por conceitos e classificações literais de violência, seus tipos, o ambiente propício à sua ocorrência, bem como a análise da lei propriamente dita, aplicabilidade, o real funcionamento das Delegacias, Centros de apoio e Juizados Especiais criados especificamente para atender esse público-alvo, há muito necessitado de amparo legal. Somando-se a isso, o desafio maior é saber se esse diploma, tão bem intencionado, pelo menos em sua origem, vem realmente atendendo aos fins para os quais foi criado, se pode, ou se está sendo utilizado por muitas mulheres apenas como mero instrumento de vingança contra seus namorados, esposos ou ex-esposos, companheiros etc. Trata-se de um tema de relevante valor social, cultural, por sua atualidade, podendo servir de termômetro para o próprio Poder Judiciário.

Palavras-chave: Violência Doméstica. Combate. Lei Maria da Penha. Delegacia de Defesa da Mulher. Juizados Especiais. Eficácia.

INTRODUÇÃO

Ao longo dos tempos, a espécie humana vem passando por diversas etapas evolutivas, mas sempre mantendo a diferença entre seus gêneros: homem e mulher. Tal diferença acaba gerando conflitos, que, por sua vez, mal resolvidos ou não resolvidos geram violência, afetando, inclusive, as possibilidades de crescimento social e, principalmente, econômico, uma vez que mulheres vítimas de violência doméstica ganham menos do que aquelas que não a vivenciam, em tese, pois são vistas como seres inferiores, sendo obrigadas à submissão a todos os tipos de vontades.

Tal opressão gera desgastes de ordens físicas e psicológicas nessas mulheres, causando-lhes sérios prejuízos emocionais, biológicos e afetivos, fazendo emergir a necessidade de mecanismos efetivos que as resgatem deste estágio de desigualdade e as concedam a igualdade de direitos de gêneros, o respeito e sua inclusão num mundo com predominância de pensamento e de comportamentos machistas.

Diversos são os meios utilizados como forma de agressão com vistas a reprimir e/ou violentar essas mulheres, tais como: a violência moral, psicológica, sexual, física e até mesmo patrimonial.

Diante do crescimento assustador de tais condutas, formas veladas de preconceito, racismo e desigualdade praticadas ao longo de gerações, uma vez que não existia nenhum mecanismo que amparasse de forma expressa a mulher vítima de violência, e, após o surgimento de uma conscientização, oriunda do cansaço e repressão a que eram submetidas, eis que, no dia 07 de agosto de 2006, foi sancionada a Lei nº 11.340, intitulada de “Maria da Penha” em alusão a uma mulher cearense, símbolo de resistência e luta, diga-se um milagre de vida, que transformou sua dor em bálsamo e possibilidade de mudança de vida, amparo social e legal e de verdadeira arma de proibição de condutas ilícitas tão graves, atentatórias aos Direitos Fundamentais e Individuais basilares de nosso Diploma Legal.

1 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

1.1 Aspectos da Violência no Brasil

A América Latina é uma das regiões detentoras dos maiores índices de violência doméstica no mundo, em casa ou nas ruas. As taxas de homicídio correspondem a mais que o dobro da média mundial, e quase metade das mulheres sofrem maus tratos psicológicos, enquanto duas em cinco, sofrem violência física. (MORRISON; BLEHL, 2000)

No Brasil, o movimento contra a violência doméstica emergiu, em parte, no período da ditadura militar, precisamente na década de 1970, onde houve, no final desta, uma liberalização gradual que culminou com a eleição indireta para escolha de um presidente civil em 1985, iniciando-se assim, o surgimento de uma democracia que tinha como sistema de governo o Presidencialismo tendo como consequência direta a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil no ano 1988, que trazia em seu escopo os Direitos e Garantias Fundamentais, Individuais e Coletivas, orientadoras do dever ser.

A partir de então, vieram à tona e ao conhecimento da sociedade inúmeros relatórios sobre abuso sexual, torturas ocorridas durante o período regido pelos militares, que provocaram inúmeros debates nacionais sobre o tema violência.

Ressalte-se que, ainda na década de 1970, surgiram várias organizações não governamentais de defesa dos direitos humanos com a participação pequena, mas ativa, de algumas destemidas mulheres. Com o crescimento do movimento pró-democracia, o debate sobre o tema intensificou-se, surgindo, com isso, diversos grupos de mulheres dispostas a darem força e voz e ao movimento, sendo o mais famoso deles o “SOS MULHER”, organização nacional dedicada exclusivamente ao combate à violência contra a mulher. Concorreram também nesta época para uma maior explosão dessas campanhas e movimentos, o acontecimento de dois casos envolvendo pessoas famosas, conhecidas em âmbito nacional, um no Estado do Rio de Janeiro e outro em São Paulo, casos estes que serviram de mola propulsora para os movimentos de mulheres no Brasil, onde nasceu a frase de autor desconhecido que tornou-se o slogan principal dessas campanhas “QUEM AMA NÃO MATA”.

Nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, foram criados os primeiros conselhos da condição feminina, mas especificamente em São Paulo. Esse conselhos tinham por objetivo básico a ampliação ao acesso das mulheres ao processo de participação nas decisões políticas e de promoção dos interesses femininos na administração estadual.

Entre os anos de 1982 e 1985, tanto durante a campanha para a eleição de Tancredo Neves, quanto durante os primeiros meses no exercício da presidência por José Sarney (após a morte daquele), um grupo de mulheres propuseram a criação de um Órgão Federal, voltado para o efetivo desenvolvimento de políticas públicas, apresentando propostas de mudanças na legislação, bem como a prestação de assessoria ao Presidente da República e aos Órgãos da Administração Federal concernentes às questões relativas à melhoria da condição da mulher brasileira.

Como consequência dos esforços desses grupos, em agosto de 1985, através de Lei Federal, foi instituído o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), tendo como finalidade precípua, notadamente, o combate à violência contra as mulheres, colocando como prioritária a questão da violência específica de gênero, lançando, na ocasião, a campanha “DIGA NÃO À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER”.

A partir daí, as mulheres passaram a ter uma maior representatividade junto às esferas política e profissional, com uma maior abertura para seu ingresso no mercado de trabalho, onde pesquisas realizadas, à época, davam conta de que a “população feminina economicamente ativa” subiu de 18,5% em 1970, para 26,9% em 1980, correspondendo a um aumento de 41% do total da população economicamente ativa da década.

O tipo de ocupação feminina também mudou, posto que a taxa da população feminina economicamente ativa em cargos administrativos aumentou de 9,2%, em 1960; para 15,4%, em 1980; e de 19.000, em 1970, para 95.800, em 1980, nas profissões de maior prestígio, tais como: engenharia, medicina, odontologia, economia, ensino universitário e advocacia. Ainda nesse ano (1980), o número de mulheres matriculadas nas universidades brasileiras era quase igual ao número de homens.

O aumento do poder econômico e político das mulheres, aliado ao desenvolvimento de organismos femininos oficiais, ou não, de certa forma serviram de instrumento para pressionar e sensibilizar o governo e a sociedade na luta por mudanças básicas na forma com que tratavam as questões ligadas à violência específica de gênero.

Posteriormente, alguns grupos organizados de defesa dos direitos das mulheres, em parceria com o Conselho Estadual da Condição Feminina do Estado de São Paulo, persuadiram o governado da época (um opositorista) a criar uma delegacia composta por policiais do sexo feminino para lidar exclusivamente com os crimes violentos praticados contra a mulher, exceto os de homicídio, o qual não era tido como um crime específico de gênero. Como prova ou sinal de força, ao final desse mesmo ano, já havia no Estado de São Paulo oito delegacias de defesa da mulher. Surgindo assim, as primeiras DDM's do Brasil, oficialmente. Em 1990, totalizavam 74 unidades que hoje, já somam mais de 397 nos Estados mais o Distrito Federal, segundo estimativa de estudo realizado pela rede de serviços de atenção às mulheres, do ano 2007, em todo o País, como será posteriormente demonstrado em seu funcionamento. (DOXSEY, 2001)

A Constituição Federal, em seu art. 226, parágrafo 8º, reflete muito as exigências do movimento nacional de mulheres estabelecendo que “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos membros que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Tal dispositivo fora adotado em Constituições Estaduais em todo o país.

Indubitavelmente, as conquistas dos movimentos femininos e/ou feministas no Brasil na reivindicação de respostas contundentes e assecuratórias de direitos por parte do Estado contra a violência doméstica, são inquestionáveis e impressionam, pois ao longo dos anos, o movimento nasceu, ganhou voz e força política, criou organismos públicos com vistas a intensificar o combate oficial, atingindo seu ápice com o advento da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) que hoje regula esse tipo de conduta ilícita, covarde e moralmente reprovável, com diretrizes exatas quanto

aos objetivos e fins a que se destina. Representando de forma valorosa um magnífico avanço, ante uma legislação machista, protecionista, que esbarrava em punições vis, de aspecto humilhante e vexatório com míseros pagamentos de cestas básicas, prestações de serviços à comunidade ou condenações por motivo de violenta condenação após injusta provocação da vítima, que, muitas vezes pagava com a própria vida.

Segundo a Conferência Mundial das Nações Unidas sobre a Mulher: a expressão “Violência contra a mulher” foi definida oficialmente na declaração (art 1º) bem como na plataforma de Ação Beijing (parágrafo 113) como sendo “Todo ato de violência baseado na pessoa pertencente ao sexo feminino que tenha ou possa ter como resultado um dano ou sofrimento físico, sexual, psicológico para a mulher, assim como as ameaças de tais atos, a coação ou privação arbitrária de liberdade, tanto se são produzidos na vida pública como na vida privada”.

A convenção internacional para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, ocorrida na cidade de Belém, no Estado do Pará, e, adotada pela OEA (Organização dos Estados Americanos) em 1994, definiu violência contra as mulheres, após Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas como “uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres que conduzem à discriminação contra as mulheres pelos homens e impedem o pleno avanço das mulheres”.

Sendo assim, pode-se dizer que a violência doméstica corresponde a todo o ato de agressão, ação ou omissão contra a mulher, realizada por pessoas que possuem ou não vínculo familiar, podendo ser provisoriamente agregadas dentro de um ambiente, sendo este doméstico, íntimo ou até mesmo familiar.

Alguns índices sobre a violência impressionam pela perversidade. Segundo dados da Organização Mundial de Saúde, OMS, 30% das mulheres foram forçadas em suas primeiras relações sexuais; 52% são alvo de assédio sexual; 69% já foram agredidas ou violadas. Isso tudo, sem contar o número de homicídios praticados por marido e companheiros sempre sobre a pífia alegativa de defesa da honra. (DIAS, 2008)

1.3 Classificação de Violência

São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - Violência Física: compreendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal, qualquer lesão corporal ou dor a outra pessoa. Os agressores podem infligir esta lesão com seus próprios corpos ou com algum outro objeto. Empurrões, puxões de cabelo, beliscões, apertos, torceduras, bofetadas, socos, chutes, pancadas com objetos, batidas contra a parede, queimaduras ou ataques com objetos contundentes ou perfurocortantes, e mais comumente, armas de fogo. (ALMEIDA, 2010, *online*)

II - Violência Sexual ou Coerção: definida como qualquer ato no qual uma pessoa que se encontra em posição de poder, exija que a outra pessoa pratique atividades sexuais contra a sua vontade, por meio de ameaças, chantagem ou emprego de força física, abrangendo ainda a submissão de alguém à exibição de órgãos sexuais, tocar, acariciar outrem contra sua vontade, forçá-la a assistir a material de cunho pornográfico, exigir que alguém lhe toque a genitália, ou forçá-la a manter contato sexual com uma terceira pessoa ou expô-la intencionalmente a doenças sexualmente transmissíveis. (ELUF, 1999)

III - Violência Psicológica: constitui-se basicamente de condutas omissivas ou comissivas que geram danos ao equilíbrio emocional e psicológico da mulher, sendo tão grave ou mais que a violência física. Nela, o agente agressor tem o prazer de inferiorizar a

vítima, utilizando-se do medo, passando a amedrontar, ameaçar, rejeitar, discriminar, insultar, fazendo chantagem e ironias, perseguindo-a, isolando-a, privando-a de sua liberdade, etc. Tal ação resulta num desequilíbrio psicoemocional, levando à degeneração da mulher vitimada, diminuindo cada vez mais sua capacidade de reação e resistência, interferindo em sua própria identidade, acarretando um grave prejuízo mental que virá futuramente causar-lhe problemas físicos. A mulher que sofre esse tipo de violência passa a apresentar autoestima baixa, devido às diversas privações a qual é submetida, ficando desprovida de autodeterminação, identidade própria, apresentando cada vez menos resistência e coragem para buscar ajuda, vivendo de intenso medo e caindo dentro do mundo em que o seu repressor deseja colocá-la. (ALMEIDA, 2010, *online*)

Dessa forma, a vítima deixa de lado sua própria vida, suas opiniões, vontades, projetos traçados, apresentando um quadro de depressão progressiva, vivendo apenas uma ilusão que lhe é apresentada e na qual é obrigada a seguir sob pena de maus tratos e até mesmo de morte; Acabando por aceitar tal condição de violência para proteger até mesmo os filhos, também usados pelo seu opressor como forma de tormento psicológico.

IV – Violência Patrimonial: caracteriza-se por todo e qualquer ato que implique em retenção, subtração, destruição parcial ou total de bens, documentos, valores, direito e recursos econômicos sobre os quais a vítima possua titularidade. Trata-se de uma espécie de violência que normalmente vem acompanhada de outras mais, pois acaba sendo usada para causar danos psicológicos e físicos à mulher tida como vítima. Os bens subtraídos ou danificados não precisam necessariamente ser de ordem econômica, mas também podem apresentar valor pessoal e sentimental (afetivo), assim como aqueles que são necessários para o exercício de atividade civil ou profissional. Sendo assim, qualquer ato (queimar, amassar, rasgar, esconder...) que destrua ou agrida esses valores são caracterizados como espécie de violência patrimonial. Geralmente tal violência é praticada com o objetivo de impedir que a mulher deixe uma relação da qual a mesma pretende se retirar, como forma de coação e vingança. (HERMANN, 2007)

V – Violência Moral: tal espécie pode ser claramente confundida com a violência psicológica, porém a violência moral ocorre sempre que for imputada à mulher vitimada uma Calúnia (falsa imputação de crime), Difamação (falsa atribuição de condutas desonrosas e vergonhosas perante terceiros) ou Injúria (ofensa ou insulto proferido contra a vítima), figuras estas que se encontram tipificadas nos artigos nº 138, 139 e 140 do Código Penal Brasileiro. (ALMEIDA, 2010, *online*)

2 LEI MARIA DA PENHA – LEI Nº 11.340/2006

A lei em comento foi criada e intitulada em homenagem a uma Cearense, de nome Maria da Penha Maia Fernandes, formada no curso de farmácia pela Universidade Federal do Ceará - UFC, que, no dia 29 de maio de 1983, na Cidade de Fortaleza, sofreu uma tentativa brutal de homicídio praticada por seu próprio esposo, Sr. Antônio Heredia Viveiros, de origem Colombiana e naturalizado brasileiro, sendo atingida por um tiro de espingarda enquanto dormia. (CUNHA, 2007) Tal disparo atingiu e lesionou de forma irreversível a coluna de Maria da Penha, deixando-a paraplégica.

Após isso, e em razão da relação tumultuada, com ameaça estendida também às filhas do casal, não satisfeito, Antônio, homem de temperamento violento, marcado por um passado obscuro, acrescido de várias práticas delituosas, uma semana após disparo contra sua

esposa, forjou outra agressão contra a mesma: enquanto se banhava, Maria da Penha recebeu uma descarga elétrica.

Temendo outras agressões contra si e suas filhas, Maria da Penha resistia em denunciá-lo, visando uma possível separação amigável. Comovidos com a situação da vítima e de suas filhas, os empregados do casal denunciaram e depuseram contra o patrão agressor e propiciaram, com isso, o embasamento do inquérito policial e, posteriormente, o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público perante a 1ª. Vara Criminal de Fortaleza.

No dia 31 de outubro de 1986, o réu foi pronunciado e levado a júri, sendo em 4 de maio de 1991, condenado. Após acolhimento do recurso com pedido de realização de novo julgamento, o marido de Maria da Penha foi condenado à pena de 10 anos e 6 meses de prisão, porém, apenas 19 anos depois da prática do crime, o réu finalmente foi preso.

Diante do trágico caminho percorrido por Maria da Penha, foram tomadas medidas emergenciais para a criação e sanção da Lei de combate à violência contra a mulher, com a criação de um grupo de trabalho interministerial, formado pela Secretaria Especial de Políticas para a Mulher (SPM) da Presidência da República, Órgão este responsável pela coordenação dos trabalhos, em parceria com a Casa Civil da Presidência da República, a Advocacia Geral da União, o Ministério da Saúde, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República, o Ministério da Justiça e a Secretaria Nacional de Segurança Pública. Sendo encaminhado o Projeto de lei nº 4.559/2004, elaborado pela SPM ao Congresso Nacional, pelo Presidente da República, no dia 03 de dezembro de 2004. (UNBEAUM, 2005, *online*)

No Congresso, o Projeto de Lei passou por diversas inovações e pedidos para que apresentasse definições do que viria a ser violência doméstica e familiar em todas as suas espécies. Havendo ainda inúmeras alterações no que diz respeito ao atendimento pela autoridade policial e equipes formadas por médicos, assistentes sociais, psicólogos que dão amparo às vítimas, do Ministério Público, bem como a ampliação de medidas cautelares que poderiam ser tomadas em relação ao agressor como forma de maior garantia de proteção às vítimas, apresentando para tanto, efeitos civis e penais.

Nesse mesmo passo, surgiu também a abolição do TCO, previsto na Lei nº 9.099/95, (Juizados Especiais), fazendo com que os fatos chegassem à autoridade policial da forma mais clara possível, como uma tentativa de resgate do inquérito policial previsto no Código de Processo Penal, além da possibilidade de prisão preventiva, excluindo-se a vedação da prisão em flagrante em prol dos crimes de violência doméstica e familiar praticados contra a mulher.

Sem dúvida, uma das mais importantes inovações propostas foi a introdução de realização de audiência de apresentação, onde a vítima seria ouvida pelo juiz antes do agressor, sendo a mesma presidida apenas por servidores e bacharéis em direito ou juizes, por estes estarem, obviamente, mais capacitados para a prática de tal ato.

Em relação ao rito criminal especial, no procedimento de audiências de instrução e julgamento, o momento para a propositura da transação penal foi deslocado da primeira para a audiência seguinte, para que, nesse ínterim, a mulher vitimada pudesse ser encaminhada a uma equipe multidisciplinar.

Quanto às sanções, cestas básicas e multas foram vedadas como penas a serem aplicadas nos casos de violência dessa natureza, passando a ter vigência em todo o território nacional, o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, podendo seus atos processuais realizarem-se, inclusive, em horário noturno, conforme disposição das normas de organização judiciária.

Com o advento da Lei Maria da Penha surgiu a necessidade de criação de Juizados Especiais que cuidassem especificamente dos assuntos pertinentes à violência doméstica e familiar, para que os processos ganhassem maior agilidade, além de uma estrutura mais adequada, com investigações mais direcionadas, detalhadas e depoimentos de testemunhas e das vítimas mais complexos.

Recentemente, com a edição da Lei nº 12.403/2011, entraram em vigor algumas mudanças no CPP no tocante à prisão preventiva onde, de acordo com o novo art. 310 do CPP, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá: (a) verificar a legalidade da detenção cautelar e, caso contrário, relaxar a prisão ilegal; e (b) verificar se é caso de prisão preventiva. (MARCÃO, 2011, *online*)

Com a nova redação, a prisão preventiva, segundo o art. 313 do CPP, só é admissível se: (a) a pena máxima cominada abstratamente for superior a 04 anos; (b) o acusado for reincidente em crime doloso com sentença transitada em julgado; ou (c) o crime envolver violência doméstica e familiar, o que a *Contrario sensu*, fora destas hipóteses, a prisão preventiva é inadmissível. (MALULY; DEMERCIAN, 2011)

3 ANÁLISE DO PANORAMA SOCIAL E FINALIDADE ATUAL

No que tange o dispositivo de lei que determina a criação dos Juizados Especiais, infelizmente, este ainda não é cumprido em sua integralidade na maioria dos Estados brasileiros, uma vez que muitos não possuem Juizados Especiais, sendo os crimes de violência doméstica tratados como crimes de menor potencial ofensivo, julgados perante os Juizados Especiais Cíveis e Criminais juntamente com processos de acidente de trânsito e casos de brigas entre vizinhos.

Nesse aspecto, a Lei Maria da Penha mostra-se lacunosa quando apenas sugere a criação dos juizados especiais e não impõe obrigações para a criação dos mesmos. Porém, se observarmos mais amiúde o artigo 33 da mesma lei, notar-se-á que, de forma implícita, a lei goza certa imperatividade em relação à criação dos juizados especiais quando dispõe sobre a competência transitória das varas criminais para que estas possam atuar nas causas a eles pertinentes, facultando ao Estado e à União a regulamentação de sua instalação e funcionamento, de acordo com as necessidades e condições de cada local ou região.

Com a entrada em vigor de referida lei e com as alterações no Código Penal Brasileiro, ocorreram mudanças significativas, senão profundas, vez que, como dito alhures, possibilitou a decretação da prisão em flagrante ou ainda da prisão preventiva aos agressores, mesmo quando as infrações penais cometidas contra a mulher forem consideradas de menor potencial ofensivo. É certo que, para o que o agressor permaneça preso, são imprescindíveis o depoimento e a propositura de queixa-crime pela vítima; do contrário, o mesmo será posto em liberdade devido à impossibilidade da lavratura do flagrante. (NUCCI, 2010)

A pena para agressões domésticas praticadas contra a mulher foi triplicada no Brasil e os meios para a proteção das vítimas cresceram cada vez mais, apesar de ainda insuficientes para atender a demanda, aumentando de um para três anos o tempo máximo de prisão, enquanto a mínima foi reduzida de 6 (seis) meses para 3 (três) meses.

Ressalte-se o papel a ser desempenhado pela Assistência Social nesses casos, que segundo o art. 11 da lei em tela, devem atuar em casos de iminente prática de violência de forma preventiva ou repressiva, respectivamente.

Tal dispositivo é de suma importância, denotando a extrema clareza com que tipifica o papel a ser desempenhado pela autoridade policial, que ganha maior autonomia e poder, aumentando

de forma significativa sua participação, dever de proteção e cuidado ao tratar do atendimento à mulher vitimada. Tais cuidados são de máxima relevância, pois muitas pesquisas demonstram que o maior medo das mulheres é a vingança do agressor após a formalização da denúncia.

Ressalte-se ainda que a maioria das vítimas, após o oferecimento da denúncia acaba por desistir na persecução processual, em razão do desamparo, pois normalmente não tem para onde ir e acaba voltando para sua residência, sendo alvo de novas agressões, razão pela qual o procedimento criminal é arquivado pelo Ministério Público. Dessa forma, quando são intimadas a comparecerem nas audiências perante o Juizado Especial Criminal, as mesmas acabam por desistir de prosseguir com a denúncia pelo fato das ameaças a que estão submetidas pelo agressor persistirem, uma vez que ainda continuam próximas, convivendo com ele.

Portanto, é de suma importância que a vítima se sinta totalmente protegida para que se consiga prosseguir com o feito, qual seja, denunciar as agressões a que vem sendo submetida e mantê-la segura até o fim do processo.

O papel a ser desempenhado pela autoridade policial e as diversas providências que devem ser tomadas pela mesma a partir do momento em que é registrada a ocorrência do crime, são de extrema relevância, cabendo-lhe o devido encaminhamento da vítima ao Instituto Médico Legal, para que sejam realizados os exames de corpo de delito e demais exames periciais que se fizerem necessários, devendo todos os entes públicos estar apostos para disponibilizarem os serviços especializados para o melhor atendimento desses casos, conforme determinação legal, tornando referidos laudos médicos e demais exames periciais meios de prova a serem admitidos contra os agressores.

A lei subexamine prevê ainda em seu art. 19 a concessão de medidas protetivas de urgência, que poderão ser concedidas pelo Magistrado a requerimento do Ilustre representante do *parquet*, ou ainda pela própria ofendida, devendo tal pedido ser instruído da melhor forma possível, pela própria autoridade policial ou pela promotoria para melhor embasamento do convencimento do juiz, sendo que tais decisões poderão ser concedidas e, conseqüentemente, aplicadas uma a uma de forma cumulada, podendo ainda haver a substituição das medidas pleiteadas por outras de maior eficácia sempre que o direito da ofendida ou demais direitos previstos na lei nº 11.340/2006, forem ameaçados.

O magistrado poderá ainda, a pedido do Ministério Público e após comprovada a necessidade de novas medidas protetivas ou revisão das medidas já concedidas, ampliar ainda mais o caráter flexível de decisões anteriormente por ele proferidas, determinando a aplicação de novas, ou mesmo, a manutenção em parte das medidas que inicialmente concedeu, alterando apenas algumas características que lhe são inerentes. Valendo salientar mais uma vez que a proteção à mulher vitimada não se restringe apenas a ela, estendendo-se a seus familiares, bem como a todo seu patrimônio. (CUNHA; PINTO, 2008)

O artigo 20 da Lei nº 11.340/2006 e seu Parágrafo único, elencam em seu escopo o rol de medidas cabíveis que beneficiam a mulher vítima de violência doméstica.

Outro avanço oriundo da lei, que assegura a proteção à mulher vítima de violência, consiste em sua notificação prévia de todo e qualquer ato relativo ao agressor, bem como a informação de sua entrada, manutenção ou saída da prisão, posto que, antes da lei, a vítima não era informada formalmente de nenhum procedimento que estivesse relacionado ao agressor, participando apenas do processo em dois únicos momentos: em seus depoimentos, perante a autoridade policial e o juiz, deixando assim, de ter sua integridade física preservada, permanecendo em risco.

Atualmente, a vítima passa a ser informada de todos os procedimentos e atos relacionados ao agressor, o que lhe dá respaldo para que ganhe tempo de preparar-se para qualquer

possível investida contra ela em caso de liberação do mesmo de seu cárcere, trabalhando seu aspecto psicológico para o momento da soltura de seu algoz.

Tais medidas preventivas são também necessárias no momento da decretação da prisão do agressor, que se torna então, cada vez mais violento.

No disposto no parágrafo único do artigo 21, tratado na Lei nº 11.340/2006, vale ressaltar a proibição da vítima em notificar ou intimidar o agressor; trata-se de nova regulamentação, pois antes do surgimento da lei, era praxe que as autoridades incumbissem a ofendida à prática de tal ato, colocando-a em risco de novas agressões. Some-se a isso, o art. 22 do mesmo diploma legal que trata da suspensão ou restrição imediata do porte de arma por decretação do magistrado, com base no Estatuto do Desarmamento, Lei nº 10.826/2003, com comunicação aos órgãos competentes, além de seu afastamento imediato do lar, ou local de convivência com a vítima e seus familiares, fixando um limite máximo de distância entre eles, além de determinar a ausência de qualquer contato ou comunicação e a frequência de determinados locais, a fim de preservar a integridade física e psicológica da mulher vitimada, cabendo, ainda, a determinação sobre a restrição ou suspensão de visitas do agressor aos dependentes menores, através de equipe de auxílio de atendimento multidisciplinar ou através de qualquer outro mecanismo similar, bem como a fixação de alimentos provisionais que, muitas vezes em razão da agressividade e violência de seu desafeto, é proibida de exercer atividade laborativa, limitando-se à condição de dependente.

Já o artigo 23 da Lei contempla a atuação de equipes multidisciplinares no atendimento ou proteção à mulher vitimada, determinando que a ofendida, seus dependentes e familiares sejam devidamente acompanhados nesse processo, bem como da reabilitação dessas pessoas ao seu lar a partir do afastamento do agressor. Cumulado a isso, temos o disposto no Artigo 24, regulando os direitos da vítima afastada de seu lar no tocante à conservação de seus direitos patrimoniais, guarda dos filhos e outros para que não sejam afetados, trazendo tal dispositivo maior segurança.

Portanto, são inquestionáveis as inúmeras transformações que a Lei Maria da Penha trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente sob o aspecto social, proporcionando uma mudança da visão da sociedade sobre o tema, tornando-a mais ampliada e sensível, com uma maior conscientização das vítimas sobre seus direitos e, o mais importante, a intolerância e o repúdio a qualquer tipo de prática dessa natureza.

Entretanto, devemos salientar que, apesar da boa intenção do legislador quando da criação da Lei e dos benefícios pretendidos quando de sua criação, infelizmente na prática vemos que a ela encontra inúmeras barreiras para sua real aplicação, padecendo e perecendo pela falta de mecanismos estatais para seu desenvolvimento e o real alcance de seu objetivo. Um exemplo disso é a falta de aparelhamento dos Estados para o atendimento das vítimas, como a falta de DDM's e Juizados Especiais, ausência de pessoas qualificadas, de casas de abrigo para o acolhimento e proteção das vítimas etc., causando, com isso, um aumento da violência pela certeza da impunidade, gerada pelo descaso e banalização da lei. O que é muito grave e assustador!

O árduo trabalho exercido pelas DDM's merece ser destacado, pois mesmo funcionando de forma precária e longe da ideal, tem servindo de sustentáculo e apoio à mulheres vitimadas, uma vez que nem todas dispõem de atendimento psicológico, social e jurídico, conforme disposição legal; mas, segundo mapeamento geral feito no ano de 2008, constatou-se que houve um aumento significativo no número de salas, no interior das delegacias da mulher, destinadas à assistência psicológica, social e jurídica. No ano de 2003, apenas 24,5% das delegacias oferecia serviço de assistência social nesse espaço, passando para 30,4% em 2006. No mesmo ano, 31,9% tinham espaço para atendimento psicológico, passando para 37,2% em 2007. Já o atendimento

jurídico era oferecido por 40,8% das delegacias em 2003 e diminuiu para 36,0% em 2006. Redução esta que não significa necessariamente a diminuição da oferta de atendimento, e sim, uma descentralização desses serviços, visto o aumento, nos últimos anos, do atendimento jurídico em núcleos mantidos por faculdades de direito, além da criação de Defensorias Públicas em vários Estados e, em alguns deles, de núcleos especializados no atendimento de mulheres (SENASP, 2007).

Entre os serviços existentes, os principais parceiros, os que mais contribuem para o desempenho das DDM's são aqueles que integram o Sistema de Justiça Criminal – Instituto Médico Legal e outras instâncias da polícia técnica e o Judiciário – e perante o Poder Judiciário, os Juizados Especiais (aplicam a lei nº 9.099/95), Varas Criminais (atendem as ocorrências de crimes sexuais, por exemplo) e, recentemente, Juizados Especiais para a Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, ainda em fase de implantação em muitos Estados. Esses órgãos fazem fluxo do encaminhamento de queixa e do inquérito policial na justiça. A interlocução entre eles e a delegacia da mulher não pode ser avaliada segundo sua existência ou não. Essa articulação entre Delegacias da Mulher, os IML's, o Judiciário (juizados, varas da infância e juventude, varas de família, Ministério Público e Defensorias), serviços de saúde da rede pública e conselhos tutelares foi considerada como ótima ou boa por mais de 60% das delegacias pesquisadas, (SENASP, 2007).

Na contramão disso, ou seja, nos casos de insatisfação e de péssima articulação, encontramos a insuficiência ou inexistência de casas de abrigo, núcleos, postos de atendimento à mulher, ONG's e conselhos de direitos da mulher também no mesmo percentual, (60%) sessenta por cento. Vale lembrar que essa articulação não é uma via de mão única, uma vez que tal pesquisa constatou outra grande dificuldade que esses outros serviços possuem na parceria de trabalho com as DDM's, qual seja o isolamento institucional, o desconhecimento sobre a missão institucional de cada serviço, o que acarreta em encaminhamentos equivocados; falta de sensibilização de alguns policiais e a persistência da dificuldade da prestação de informações precisas às mulheres, além do esclarecimento de seus reais direitos, fazendo com que peregrinem entre esses serviços, repetindo suas histórias (PASINATO, 2006; CEPIA, 2007).

Conforme dito alhures, apesar dos significativos avanços já registrados, ainda existem inúmeros obstáculos a serem superados, dentre eles a resistência e o preconceito entre os profissionais dos próprios serviços onde os programas são implantados e onde, por vezes, funcionam isoladamente, desprovidos de recursos e materiais disponíveis; o despreparo dos profissionais e a desconfiança em relação a outros serviços, em especial a polícia, são fortes empecilhos para o perfeito funcionamento das DDM's e Juizados, gerando ainda mais nas mulheres que necessitam desses serviços uma insegurança maior no momento da denúncia ou mesmo no prosseguimento dos feitos, pois lhes falta o respaldo para tanto. Todavia, as DDM'S ainda constituem a principal política pública de enfrentamento à violência doméstica praticada contra as mulheres.

4 ÍNDICES ATUALIZADOS SOBRE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL

De acordo com seminário promovido pela Comissão de Segurança Pública para debater a violência doméstica, em 2010, mais da metade das mulheres brasileiras já sofreu algum tipo de violência física, psicológica ou sexual - um ato que se repete no País a cada 15 segundos, e mais da metade das mulheres assassinadas no Brasil foram mortas por seus companheiros ou ex-companheiros. Estima-se que 300 milhões de mulheres são agredidas fisicamente por seus maridos ou parceiros no País, anualmente. Segundo dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), em diferentes países da América Latina, um número significativo de mulheres afirma ter

sido vítima de violência pelo parceiro. Em alguns países, esse percentual chegou a 50%. O menor índice foi de 20%. (GRIPP, 2011, *online*)

Dentre os maiores problemas enfrentados pelas mulheres no tocante à violência doméstica é a convivência permanente com o agressor. Não há distanciamento físico, em geral há dependência econômica e não existe tratamento para o agressor, que muitas vezes também foi vítima de violência quando criança, sendo dependente químico ou desempregado.

Somando-se a isso, temos os alarmantes índices de transtornos emocionais desenvolvidos pelas mulheres vítimas de violência direta e indireta, num percentual de 60% (sessenta por cento), enquanto a porcentagem da população geral tem esse mesmo risco reduzido a 20% (vinte por cento). Tais ações violentas afetam profundamente a vida psíquica da mulher, sendo, prejudicada em seu conforto psíquico, deixando de ser dona e senhora do seu eu, deixando de governar-se e determinar-se a si mesma, por conta do medo que a paralisa, perdendo, consequentemente, o domínio de seu ser e de sua liberdade.

Diante de todo esse panorama, devemos registrar um dado muito positivo que vem ocorrendo no Estado do Ceará, (um dos Estados Nordestinos detentores de grandes índices de violência contra a mulher) que é o aumento de processos criminais registrados pelo Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher durante o ano de 2010, cinco anos após a entrada em vigor da Lei Maria da Penha, que totalizou 6.157, o que representa 21% (vinte e um por cento) se comparado com os 5.059 de 2008, com um crescimento do número de audiências criminais realizadas em 2009, cerca de 110%, passando de 2.624 em 2008, para 5.574 no ano passado. Já a quantidade de sentenças criminais apresentou aumento extraordinário de 435,55%, uma vez que foram realizadas 4.429 em 2009 contra 827 em 2008, sendo que do total de 6.157 processos de 2009, 3.846 são referentes às medidas protetivas deferidas pelos Juizados.

Desde sua criação, em 2007, o Juizado Especial da Mulher no Ceará já recebeu mais de 10.000 processos, dos quais 6.066 encontram-se arquivados e 6.018 continuam em trâmite. Em janeiro de 2010, a quantidade de processos já havia superado a do mesmo período de 2009. Foram computados 571 processos contra 434 de janeiro de 2009 e 281 de 2008. As medidas protetivas somam 326 contra 282 em 2008. As audiências criminais totalizaram 316 em janeiro deste ano, 2011, contra 148 no ano passado, 2010. Significa dizer que o número de casos tem aumentado, tendo em vista a mudança de postura das mulheres que, tornaram-se mais conscientes de seus direitos, servindo de incentivo para novas denúncias, ou seja, com isso, o medo deu lugar à coragem, onde antes havia receio, hoje existe atitude, pois sabem que existe um mecanismo forte, chamado Lei Maria da Penha, apesar das distorções a serem corrigidas, para protegê-las.

Diante do contexto e dos índices, ora apresentados, não há que se falar ou mesmo cogitar que a Lei venha sendo utilizada como instrumento de vingança, vez que a desigualdade entre os gêneros ainda impera em nossa sociedade em todos os aspectos, apesar de toda a evolução e esclarecimento sobre o assunto. O que se supõe para que tal prática ocorra, é as questões atinentes ao pagamento de alimentos aos filhos, quando o agressor, após a imposição de tais medidas, tenta se esquivar de sua obrigação como forma de punição à vítima, sua ex- companheira, sendo esta a única forma de continuar violentando-a. Ressalvada essa hipótese, é inimaginável tal possibilidade, ante o quadro disposto.

CONCLUSÃO

O advento da Lei Maria da Penha, inquestionavelmente, foi um avanço do ordenamento jurídico brasileiro, que clamava há muito por justiça e pelo fim da impunidade aos atos de extrema crueldade e covardia praticados contra as mulheres.

É certo que tal diploma padece com a falta da estrutura estatal necessária para seu efetivo cumprimento, mas, graças aos inúmeros movimentos feministas, ao apoio da sociedade e à luta de uma brava mulher cearense chamada Maria da Penha Fernandes Maia, tornou-se efetivamente uma realidade e um poderoso instrumento de coerção e prevenção à prática ou à continuidade de atos de violência de quaisquer gêneros.

Vivemos em uma sociedade que prega o direito à liberdade, à igualdade e, acima de tudo, à justiça, dentre outros. Diante disso, cabe a cada um de nós, enquanto cidadãos, fazermos valer a cada dia nossos direitos e lutar incansavelmente pela sua manutenção, pois somente assim estaremos efetivamente exercendo nossa cidadania, uma vez que o desrespeito gera a intolerância, a injustiça e, por via de consequência, a impunidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Geilsa Alves. **O papel da Delegacia da Mulher no Município de Aracaju no combate à violência doméstica contra a mulher**. 152 f. Monografia (Pós Graduação em Ciências Sociais). – Universidade Tiradentes, Sergipe, 2010. Disponível em: <http://bdt.d.bczm.ufrn.br/tedesimplificado/tde_arquivos/7/TDE-2010-12-13T105423Z-3160/Publico/GeilsaAA_DISSERT.pdf>. Acesso em: 22.nov.2011.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Art. 5º inciso I. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/nº11340.htm>. Acesso em: 20.nov.2011.

_____. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Art. 11. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/nº11340.htm>. Acesso em: 20.nov.2011.

_____. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Art. 20. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/nº11340.htm>. Acesso em: 20.nov.2011.

_____. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção

Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Art. 21. **Presidência da República**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei nº 11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/nº 11340.htm)>. Acesso em: 20.nov.2011.

_____. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Art. 24. **Presidência da República**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei nº 11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/nº 11340.htm)>. Acesso em: 20.nov.2011.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Violência doméstica**: Lei Maria da Penha (Lei nº 11340/2006), comentada artigo por artigo. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha**: A efetividade da Lei nº 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DOXSEY, Sônia Maria Rabello. Violência familiar: Cidadania precária nas famílias. **Comissão científica do IBDFAM, no III Congresso de Direitos de Família**, Ouro Preto, 2001.

ELUF, Luíza Nagib. **Dos crimes contra os costumes e assédio sexual**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

GRIPP, Patrícia; OLIVEIRA, Rejane. Violência doméstica se repete a cada 15 segundos. **Direito2.com**. Disponível em: <http://direito2.com/acam/2003/nov/11/violencia-domestica-se-repete-a-cada-15-segundos_1>. Acesso em: 22.nov.2011.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha, lei com nome de mulher**: Violência Doméstica e Familiar. Campinas: Servanda, 2007.

MALULY, Jorge Assaf; DEMERCIAN, Pedro Henrique. A prisão preventiva e as suas hipóteses previstas no art. 313 do CPP, conforme a lei nº 12.403, de 2011. **Associação Paulista do Ministério Público**. São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2011_prisao_preventiva2.pdf>. Acesso em: 23.nov.2011.

MARCÃO, Renato. Lei nº 12. 403: o art. 310 do CPP e a inafiançabilidade na visão do STF. **JUS NAGIVANDI**. Teresina: ano 16, n. 2953, 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19676/lei-no-12-403-11-o-art-310-do-cpp-e-a-inafiancabilidade-na-visao-do-stf>>. Acesso em: 22.nov.2011.

MORRISON, Andrew R.; BLEHL, Maria Loreto. **A Família Ameaçada**: Violência doméstica nas Américas. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas e Banco Interamericano, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito Penal**: Parte Geral. Parte Especial. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

UNBEAUM, Sandra. Reunião sobre comunicação e violência contra as mulheres: relatório. **Instituto Patrícia Galvão**. São Paulo, 2005. Disponível em: <http://www.patriciagalvao.org.br/Relatorio_comunicacao_violencia.pdf>. Acesso em: 24.nov.2011.

**UPDATED VISION OF DOMESTIC VIOLENCE IN BRAZIL AND
THE TRUE EXTENT OF THE MARIA DA PENHA LAW – LAW
N. 11.340/2006**

Abstract: This article focuses the development and recognition of the rights of women victims of domestic violence in Brazil. It is intended to address the important issues, ranging from the origin of the first feminist movements in our country to the support centers and special courts created specifically to protect women in need of legal support.

Keywords: Domestic violence. Maria da Penha Law.

JUSTIÇA TRIBUTÁRIA COMO PRESSUPOSTO DA JUSTIÇA SOCIAL

Ana Kátia Barbosa Torres

Concluinte do curso de Especialização em Direito Tributário (FA7), orientada pelo Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo (UFC). Advogada.
akbtorres@yahoo.com.br

Sumário: Introdução. 1. O estado e o poder de tributar. 2. Análise da justiça tributária a partir dos princípios da isonomia e da capacidade contributiva. 3. Justiça social a partir da justiça tributária. Conclusão.

Resumo: O presente artigo debruça-se sobre o atual sistema tributário brasileiro, explicitando a intrínseca relação entre Justiça Tributária e Justiça Social e investigando a relação entre a insatisfação social com o sistema tributário nacional e a incapacidade estatal de atender as demandas sociais. Confronta-se tal sistema com os princípios da capacidade contributiva e da isonomia tributária, expõe-se sua natureza predominantemente regressiva, bem como se propõem à progressividade, à proba e efetiva destinação dos recursos tributários, notadamente os advindos das contribuições, e o aumento da participação política dos cidadãos como desafios para o alcance de uma maior justiça tributária e social.

Palavras-chave: Justiça Tributária. Princípio da isonomia. Princípio da capacidade contributiva. Justiça Social.

INTRODUÇÃO

Há muito a sociedade brasileira questiona a justiça do sistema tributário nacional, a elevada carga tributária, a guerra fiscal e o arrocho ao contribuinte, não sendo inédito afirmar que no Brasil há grande opressão da tributação sobre o cidadão comum e sobre as atividades produtivas.

A voracidade do sistema tributário, contudo, não guarda equivalência quantitativa e qualitativa com as ações sociais do Poder Público, de forma a cumprir os direitos sociais previstos na Constituição de 1988.

Daí surgem diversas questões a serem analisadas, a fim de responder se haveria relação entre a insatisfação da sociedade com o sistema tributário nacional e a incapacidade do Poder Público de atender de forma satisfatória às demandas sociais, bem como se a alegada injustiça na captação de tributos estaria entre as causas de um quadro de injustiça e desigualdades sociais, notadamente naquelas áreas mais sensíveis e críticas para o bem-estar da população, as que envolvem os direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição da República.

Correlacionam-se a essas questões, a própria averiguação da compatibilidade do sistema de captação de tributos com os princípios constitucionais tributários – mormente os

princípios da isonomia e da capacidade contributiva –, a discussão acerca da função (regressiva ou progressiva) dos tributos, o debate acerca da espécie tributária mais apta ao alcance da redução das desigualdades, bem como se a busca pela justiça social não passaria pela aplicação mais transparente dos recursos tributários.

Com efeito, há muito vem se criticando o viés predominantemente regressivo do sistema tributário brasileiro. Paralelamente, a população também almeja uma maior justiça na arrecadação tributária, bem como uma proba e efetiva destinação dos recursos auferidos pelo Fisco, notadamente os advindos das chamadas contribuições, mais diretamente ligadas ao custeio de determinados direitos sociais.

O presente artigo versará, portanto, sobre a realidade do sistema tributário brasileiro, a fim de aferir se suas características são condizentes com o ideal de Justiça Tributária e da Justiça Social.

Analisar-se-á o sistema tributário como um todo, não havendo preocupação em fragmentar o estudo desse dito sistema a partir de determinado ente institucional dotado de competência e/ou capacidade tributária.

O estudo também não pretende fazer uma análise de modelos tributários experimentados em outros momentos histórico-constitucionais, muito menos a análise de modelos ainda em gestação e discussão (reforma tributária). Pautar-se-á apenas pelo sistema vigente, de forma a perceber os desafios necessários para o alcance de uma autêntica Justiça Tributária e de uma maior Justiça Social.

1 O ESTADO E O PODER DE TRIBUTAR

O combate à desigualdade é tarefa a ser perseguida por todos, a ponto de a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 3º, inciso III, ter constituído como um de seus objetivos “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

O Estado Brasileiro, como instrumento de exercício do poder que emana do povo (art. 1º, parágrafo único da CF/88), detém a condução de todas as políticas públicas destinadas ao cumprimento dos comandos constitucionais.

Para promover o bem coletivo e atender às demandas sociais, o Estado se utiliza, preponderantemente, dentre outros meios financeiros e econômicos, do poder de tributar, poder este que se encontra constitucionalmente demarcado pelas chamadas limitações ao poder de tributar previstas na Seção II do Capítulo I (Do sistema tributário nacional) do Título VI (Da tributação e do orçamento) da Constituição Cidadã.

A tributação conduzida pelo Estado e suportada pelos cidadãos-contribuintes, antes de ser um meio de prover e manter a máquina estatal, é primariamente um dever de solidariedade social, dever este que possui natureza de princípio constitucional, conforme defende Machado (2010, p. 50):

A solidariedade social não é apenas uma ideia. É um princípio de nosso Direito Positivo, pelo menos a partir da Constituição Federal de 1988, que o alberga expressamente em dispositivo segundo o qual constituem objetivos fundamentais de nossa República “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I).

Essa solidariedade, que permeia todo o sistema constitucional, decorre igualmente do modelo econômico adotado pelo constituinte, que preza pela propriedade privada e pela liberdade de iniciativa, gerando, inevitavelmente, desequilíbrios sociais, pois nem todos detêm os meios econômicos de produção.

Cabe ao Estado, portanto, através do poder de tributar, corrigir as mazelas advindas de tal modelo, conforme apregoa Rosso (2009, p. 268):

Por mais surpreendente que possa parecer ao analista superficial, o direito de tributar nasce, justamente, da opção da Constituição brasileira pela liberdade de iniciativa e proteção à propriedade privada (art. 5º, XXII e XXIII, da CF/1988). O caminho adotado pela Constituição, entretanto, implica em compromissos em sentido contrário: o Estado Fiscal não prescinde do combate à injustiça social ocasionada pela liberdade de iniciativa. Cabe ao Estado, ao aceitar a liberdade de iniciativa, remediar os desequilíbrios por ela ocasionados.

Já Mota (2010, pp. 200-201), distanciando-se da premissa de que as desigualdades nascem, por si mesmas, da liberdade de iniciativa concedida pelo Estado aos particulares, atenta para o uso instrumental do Direito Tributário para a realização da justiça social:

Cada sociedade, em cada realidade histórica própria, deve indicar e compor a função social de cada Estado. No Brasil, a busca das justiças social, tributária e fiscal foi imposta pela Constituição e a função social deve ser entendida como a principal função do Estado brasileiro atual para a realização da justiça social.

O mesmo autor (Mota, 2010, p. 201) também alerta para a necessidade de enxergar no tributo não só sua função fiscal, arrecadatória, mas também sua função ética, enquanto mecanismo utilizado pelo ente estatal - na qualidade de criação da sociedade -, para buscar implementar a justiça social:

Portanto, a tributação no Brasil atual não mais deve ser considerada um mero instrumento de geração de recursos para o Estado, mas um instrumento que, embora tenha esse objetivo mediato, 'deve estar em sintonia com os demais objetivos constitucionais'.

A finalidade (objetivo, fim a que se destina o tributo) buscada pelo legislador infraconstitucional impõe dever o tributo na atualidade cumprir indiretamente uma função (ação, utilidade para consecução de seus objetivos) que caberia diretamente ao Estado contemporâneo cumprir: a função social. Dessa forma, o tributo na atualidade é instrumento de alcance daquela função social do Estado e, ao mesmo tempo, também cumpre sua função social.

Não se pretende afirmar que a Justiça Social no Brasil pode ser alcançada, unicamente, por uma maior Justiça Tributária, haja vista que a injustiça social brasileira tem como principal motor a má distribuição de renda, a qual envolve inúmeros fatores culturais e históricos negativos que não podem ser ignorados.

Mesmo assim, entende-se que o Estado, ao atuar como gestor das riquezas nacionais e como instrumento político de implementação dos direitos e garantias constitucionais, utiliza-se do poder de tributar como uma das principais ferramentas para o desenvolvimento do ideal de solidariedade social. Daí a íntima ligação entre uma necessária Justiça Tributária e uma almejada Justiça Social.

2 ANÁLISE DA JUSTIÇA TRIBUTÁRIA A PARTIR DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

É necessário analisar se o sistema tributário vigente no Brasil é, por si só, justo a ponto de conduzir ou de propiciar maior justiça nas relações sociais.

A resposta a tal questionamento não pode desconsiderar a confrontação do próprio sistema ao conjunto de limitações ao poder de tributar presentes em nossa Constituição, notadamente os limites de natureza principiológica, especialmente os princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva.

Segundo o administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello,

princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que tem por nome sistema jurídico positivo (Mello, 2003, pp. 817-818)

Nesse sentido, as exações tributárias hão de ser compreendidas a partir da lógica unitária principiológica do sistema tributário nacional, a fim de verificar se essas mesmas exações atingem as finalidades almejadas pelo próprio ordenamento.

A isonomia tributária, umbilicalmente ligada ao valor supremo da igualdade previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988, é um parâmetro indispensável à aferição da justiça tributária, estando insculpida no inciso II do art. 150 do texto constitucional:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

Tal valor liga-se de forma profunda ao próprio sistema republicano, consoante preleciona Carrazza (2006, p. 78):

De fato, o princípio republicano exige que os contribuintes (pessoas físicas ou jurídicas) recebam tratamento isonômico.

A lei tributária deve ser igual para todos e a todos deve ser aplicada com igualdade. Melhor expondo, quem está na mesma situação jurídica deve receber o mesmo tratamento tributário. Será inconstitucional – por burla ao princípio republicano e ao da isonomia – a lei tributária que selecione pessoas, para submetê-las a regras peculiares, que não alcançam outras, ocupantes de idênticas posições jurídicas.

O tributo, ainda que instituído por meio de lei, editada pela pessoa política competente, não pode atingir apenas um ou alguns contribuintes, deixando a salvo outros que, comprovadamente, se achem nas mesmas condições.

Já Velloso (2007, p. 47), referindo-se, inclusive, ao ordenamento jurídico alemão, evidencia a imediata conexão da ideia da isonomia com a realização da justiça:

A determinação do conteúdo do princípio da isonomia envolve, portanto, uma questão de justiça (*Gerechtigkeitsfrage*), pois deverá ser realizada à luz dos valores essenciais aos Estados Constitucionais de Direito, os quais constituem, sem sombra de dúvidas, expressões jurídico-constitucionais do núcleo essencial das teorias de justiça. Por isso é viável afirmar, com Weinberger, que a igualdade material é “isonomia segundo pontos de vista de justiça” (*Gleichheit nach Gerechtigkeitsgesichtspunkten*) e, via de consequência, que o princípio de igualdade, constitui um mandado de justiça (*Gerichtkeitsgebot*). Determina que se adotem tratamentos jurídicos justos ou, mais precisamente, que se efetuem juízos de igualdade fundados sobre critérios de justiça e se estabeleçam tratamentos jurídicos conformes a tais juízos.

A concreção do mandamento da igualdade pressupõe, todavia, a utilização da lógica da isonomia, segundo a qual se devem tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das suas desigualdades.

Bem se vê, portanto, que o tratamento isonômico, para realizar a igualdade, requer a identificação de um justo e viável fator discriminatório, tarefa bastante árdua segundo a visão de José Eduardo Soares de Melo:

Deveras problemático, tormentoso, intrincado e difícil precisar o conceito e os limites da igualdade, o tratamento isonômico a ser observado pelo legislador que não pode discriminar arbitrariamente, devendo observar o requisito constitucional da correlação lógica entre o fator do *discrimen* e a diferenciação consequente (Melo, 2010, p. 29).

A fim de adotar tratamentos tributários diferenciados, porém justos, deve-se verificar a consonância do fator discriminatório com os interesses protegidos constitucionalmente. Tal verificação só se efetiva, segundo o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, quando há a concorrência de quatro elementos, quais sejam:

- a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público (Mello, 2011, p. 41).

No ordenamento jurídico brasileiro, a busca pelo fator discriminatório quadripartite apto a conferir tratamento isonômico realizador da igualdade gravita ao redor do princípio da capacidade contributiva, previsto no art. 145, § 1º da Constituição da República:

- e) § 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Tal princípio é considerado por Carrazza (2006, p. 86) como “um dos mecanismos mais eficazes para que se alcance a tão almejada Justiça Fiscal”, instrumentalizando a igualdade republicana:

- f) O princípio da capacidade contributiva hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideais republicanos. Realmente, é justo e jurídico que quem, em termos econômicos, tem muito pague, proporcionalmente, mais imposto do que quem tem pouco. Quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar mais imposto do que quem tem menor riqueza. Noutras palavras, deve contribuir mais para a manutenção da coisa pública. As pessoas, pois, devem pagar impostos na proporção dos seus haveres, ou seja, de seus índices de riqueza (Carrazza, 2006, p. 86).

Segundo Baleeiro (2006, p. 276), a capacidade contributiva, inseparável da também constitucional vedação do confisco, representa “sua idoneidade econômica para suportar, sem sacrifício do indispensável à vida compatível com a dignidade humana uma fração qualquer do custo total de serviços públicos”.

As considerações acima permitem concluir, portanto, que o fator de *discrimen*, segundo a capacidade contributiva, é o poder econômico de cada contribuinte em potencial, manifestado pelo fato imponible.

É importante ressaltar que, segundo a letra fria do §1º do art. 145 da Constituição Federal, a graduação econômica da tributação segundo a lógica da capacidade contributiva, baseada no critério da riqueza econômica do contribuinte, se circunscreveria aos tributos-impostos, e não a todas as espécies tributárias.

Tal interpretação, contudo, é alvo de críticas substanciais por parte da doutrina, que estende a ideia da capacidade contributiva não somente aos impostos, mas a todas as espécies de tributo.

É o que defende José Eduardo Soares de Melo:

A capacidade contributiva deveria estar subjacente em qualquer espécie tributária, revelada pelo valor do objeto (materialidade). Tendo em vista que a tributação quantifica-se por uma base de cálculo (a qual se aplica uma alíquota), salvo os casos excepcionais de tributo fixo, e como esta nada mais é do que o próprio valor (econômico) da materialidade, sempre será possível medir a intensidade (econômica) de participação do contribuinte no montante do tributo.

(...)

Observa-se que a capacidade contributiva não se refere apenas a impostos (art. 145, §1º), pois é possível inferir sua aplicação às taxas (art. 5º, LXXIV e LXXVII, da Constituição), no caso de o Estado ser obrigado a prestar assistência integral e tornar gratuito o registro civil de nascimento e certidão de óbito, aos que comprovarem insuficiência de recursos. Trata-se de situações excepcionais, uma vez que as taxas levam em consideração os custos dos serviços públicos, e não, particularmente, a situação patrimonial/econômica do beneficiário.

O princípio é aplicável, também, às contribuições sociais que tenham materialidades pertinentes aos impostos, tais como a Cofins (art. 195, I, b, da CF) e o PIS (art. 239 da CF) relativamente ao faturamento e à receita (Melo, 2010, pp. 32-33).

O que se extrai do sistema tributário brasileiro, entretanto, é que o ideal de justiça tributária, que seria produto dos valores da igualdade e da capacidade contributiva impostos pela Constituição, está bem distante da realidade almejada.

3 JUSTIÇA SOCIAL A PARTIR DA JUSTIÇA TRIBUTÁRIA

Conforme afirmou-se anteriormente, seria risível afirmar que a Justiça Social no Brasil pode ser debelada, exclusivamente, por uma maior Justiça Tributária. A injustiça social brasileira tem múltiplas e complexas causas.

Entretanto, defende-se que o Estado, ao atuar como gestor das riquezas nacionais e como ente político responsável pela concretização dos direitos e garantias constitucionais, deve usar o poder de tributar como meio para alcançar uma maior justiça no meio social, impulsionado por seu objetivo institucional de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Grande parte da doutrina elenca como principal empecilho ao alcance de uma maior justiça social a partir da justiça tributária, o fato de que o sistema tributário nacional é eminentemente regressivo e apenas ocasionalmente progressivo.

Machado Segundo (2009, pp. 216-217) demonstra claramente o que significam essas variáveis:

Considera-se progressivo o tributo cujo ônus é tanto maior quanto maior for a grandeza econômica tributável, o que faz com o que o seu montante não seja apenas proporcionalmente maior, mas progressivamente maior. Quem tem mais, paga sensivelmente mais, considerando-se a chamada utilidade marginal de riqueza.

(...)

A tributação regressiva, por sua vez, consiste precisamente no contrário da progressiva. O ônus do tributo é tanto menor quanto maior for a grandeza tributada, o que faz com que as pessoas dotadas de menor capacidade contributiva suportem, proporcionalmente, uma carga tributária muito maior.

O mesmo autor exemplifica a aplicação dessas duas características:

Ao onerar com uma alíquota de 10% salário de R\$ 500,00 mensais, por exemplo, retira-se do patrimônio do contribuinte quantia que lhe fará seguramente muita falta no atendimento de suas necessidades básicas. O mesmo percentual de 10%, incidente sobre um salário de R\$ 5.000,00 faria também falta ao empregado, mas, embora a proporção seja a mesma, essa falta seria menor. Em se tratando de um salário de R\$ 100.000,00, 10% já não fariam praticamente falta nenhuma. É essa utilidade, cada vez menor, que a riqueza tem para quem a acumula, que justifica, por imposição dos princípios da isonomia e da capacidade contributiva, uma tributação progressiva (Machado Segundo, 2009, p. 217).

Pochmann (2008), dentro de um estudo dirigido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), quantifica a desigualdade provocada pela preponderância da regressividade do sistema tributário nacional:

A Carga Tributária Bruta é constituída por tributos diretos – que incidem sobre a renda e o patrimônio – e por tributos indiretos – que incidem sobre o consumo. É sabido que a tributação indireta têm características regressivas, isto é, incidem mais sobre os mais pobres, enquanto que a tributação direta possui efeitos mais progressivos, incidindo mais sobre os mais ricos.

O Gráfico acima confirma essa regra geral para o Brasil, mas com um grave problema: o peso da tributação indireta é muito maior do que o da tributação direta, tornando regressivo o efeito final do nosso sistema tributário. Ademais, o grau de progressividade da tributação direta ainda é baixo no Brasil. O décimo mais pobre sofre uma carga total equivalente a 32,8% da sua renda, enquanto o décimo mais rico, apenas 22,7. Isto é absolutamente inaceitável, principalmente em um país de enorme desigualdade de renda como o Brasil.

A partir desse mesmo estudo, Leal (2012, p. 25) usa de certa ironia para qualificar a matriz tributária brasileira:

A matriz tributária brasileira – em paradoxal incoerência com os princípios e objetivos fundamentais da República instituída pela Constituição de 1988 – é cruelmente regressiva, o que significa dizer que, em boa medida, quem tem menos capacidade contributiva paga um percentual maior a título de tributos.

Em outras palavras, o sistema tributário brasileiro, globalmente considerado, funciona como uma espécie de Robin Hood às avessas: tira dos pobres para dar para os ricos; isto é, redistribui riqueza dos mais necessitados para os mais afortunados.

A partir dessas considerações, podemos afirmar que conferir efeito progressivo à tributação é um dos principais desafios ao alcance de uma maior justiça na arrecadação dos tributos e um instrumento indispensável à realização da igualdade social e tributária.

A par da existência desse efeito progressivo em algumas espécies tributárias em nosso ordenamento jurídico, tais como o IPTU (Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana), o ITR (Imposto sobre Propriedade Territorial Rural) e o IR (imposto de Renda), entende-se que tal efeito pode ser sim estendido a outros tributos.

Há quem defenda, inclusive, que não existe obstáculo constitucional à aplicação desse efeito a todas as espécies tributárias:

Não trato aqui, portanto, das previsões constitucionais de progressividade em relação a alguns tributos, como quando a Constituição cuida do Imposto de Renda e do Imposto Territorial Rural (art. 153), ou ainda quando faculta a progressividade do IPTU em razão do valor do imóvel e da função social da propriedade (art. 156), mas da obrigação constitucional mesma de se estabelecer um sistema tributário que seja, no todo, progressivo (Alves, 2009, p. 1).

Com efeito, a progressividade dos tributos é uma consagração da isonomia e do princípio da capacidade contributiva. Torres (2005, p. 312) chega a colocá-la como subprincípio da capacidade contributiva.

Nesse raciocínio, partindo da premissa de que se admita, ou pelo menos se deseje, que o Princípio da Capacidade Contributiva se aplique a todas as espécies tributárias, e não somente aos impostos, como defende Machado (Machado, 2010, p. 45), a técnica da progressividade, por ser seu subprincípio, deveria ser observada em todos os tributos.

Ocorre que o ordenamento ainda hesita em aceitar tal conclusão sem reservas, existindo sérias dificuldades na aplicação da progressividade em tributos que onerem a renda, o patrimônio e, principalmente, o consumo.

Muitos entendem que a aplicação da técnica requer expressa previsão constitucional, o que acaba por esvaziar a ideia da progressividade como corolário da capacidade contributiva.

Outros defendem que a aplicação da progressividade – como nos casos do IPTU (Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana), ITR (Imposto sobre Propriedade Territorial Rural) e IR (imposto de Renda) – teria conotação extrafiscal, e não poderia ser compreendida como consagração da capacidade contributiva.

Paralelamente, resiste-se à aplicação da progressividade sobre os chamados impostos reais. Seus detratores defendem que somente nos impostos de natureza pessoal é possível aferir a capacidade contributiva do indivíduo.

Em relação aos impostos que oneram o consumo, marcadamente regressivos, até mesmo em face de sua característica plurifásica, observa-se que a implantação da técnica da progressividade tem esbarrado, como bem defende (Calciolari, 2007, p. 219), na indisposição política, somada às problemáticas federalistas.

Tais considerações, portanto, permitem concluir que os entraves legislativos, políticos e interpretativos acerca da aplicação da técnica da progressividade perpetuam a injustiça na arrecadação de tributos, mantendo-a precipuamente regressiva e, conseqüentemente, não permitindo que se aplaque a injustiça no meio social.

A par da problemática que envolve a regressividade-progressividade dos tributos, não se pode deixar de considerar o papel ímpar das chamadas contribuições para o alcance de uma maior justiça social.

Tal espécie tributária, cuja instituição, nos termos do art. 149 da Constituição Federal, compete exclusivamente à União, tem em sua própria gênese a característica de ser instrumentalizadora de finalidades sociais expressamente delimitadas na Constituição Federal, como a seguridade social, por exemplo.

Mas há que se considerar que o incremento dessa espécie *sui generis* de tributo, por si só, não basta.

É necessário lutar por uma aplicação proba, transparente e eficaz dos recursos tributários obtidos pelo Estado – inclusive as contribuições – no atendimento de direitos sociais mínimos da população, como a saúde, a educação e a alimentação, ou seja, para a satisfação dos direitos sociais contemplados no *caput* do art. 6º da Constituição da República:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Além disso, urge que a sociedade brasileira também discuta o alargamento da vinculação das receitas tributárias em detrimento da discricionariedade obscura da Administração Pública.

Tais desafios, segundo Machado Segundo (2009, pp. 229-230), só serão realmente enfrentados a partir de um incremento da participação política dos cidadãos brasileiros na gerência das riquezas nacionais, não somente através da eleição de representantes, mas sim na esteira do ideal da democracia participativa, pela participação direta do povo na vida política e no controle dos orçamentos e dos gastos públicos.

CONCLUSÃO

Em razão do que foi exposto anteriormente, podem ser apontadas as seguintes conclusões:

- a) o Estado brasileiro, enquanto ente criado pelo meio social para atender seus interesses primordiais, expressos, hodiernamente, na Constituição Federal de 1988, tem, no poder de tributar,

um dos principais instrumentos na concretização desses mesmos anseios, notadamente os direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição da República;

- b) o ideal de justiça social, portanto, pressupõe que haja justiça tributária na sociedade, de sorte que as demandas mais críticas da população – os direitos socialmente assegurados na Constituição Federal de 1988 – só podem ser implementadas de forma mais eficaz se houver maior justiça tanto no processo de arrecadação como na destinação dos recursos tributários, que compõem a fração de maior expressividade dentre os recursos financeiros do Estado;
- c) a aferição da justiça do sistema tributário, enquanto meio de realização da justiça social, tem como parâmetros inafastáveis as limitações ao poder de tributar, presentes em nossa Constituição, notadamente os limites de natureza principiológica, especialmente os princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva;
- d) a realização da igualdade tributária perpassa pela adoção de tratamentos tributários diferenciados, segundo a máxima da isonomia, de forma que o fator discriminatório, para ser justo, deve estar em consonância com os interesses protegidos constitucionalmente. A delimitação desse fator de *discrímen* gravita ao redor do princípio da capacidade contributiva, segundo o qual a manutenção da coisa pública deve partir de uma tributação que seja proporcionalmente graduada segundo a capacidade econômica dos contribuintes;
- e) ainda não há consenso na doutrina acerca da abrangência do princípio da capacidade contributiva, haja vista que, enquanto uns apontam que só se aplica aos impostos, outros defendem que deve ser estendida a todas as espécies tributárias;
- f) o sistema tributário brasileiro é esmagadoramente regressivo, provocando grande injustiça tributária e social, pois impinge às pessoas de menor capacidade contributiva um peso bem superior àquele carregado pelos que tem maior poder econômico;
- g) a técnica da progressividade, que garante que o ônus tributário seja maior quanto maior for a grandeza econômica tributada, constitui o principal desafio para que se alcance uma maior justiça tributária e social. Todavia, o ordenamento, em face de entraves legislativos, políticos e interpretativos, ainda hesita em aceitar tal conclusão, o que acaba por esvaziar a ideia da progressividade como corolário da capacidade contributiva;
- h) a justiça social, por fim, pressupõe a proba e efetiva destinação dos recursos auferidos pelo Fisco, notadamente os advindos das chamadas contribuições, mais diretamente ligadas ao custeio de determinados direitos sociais, e o alargamento da vinculação das receitas tributárias em detrimento da discricionariedade obscura da Administração Pública, desafios que requerem um incremento da participação política dos cidadãos brasileiros na gerência das riquezas nacionais, não somente através da eleição de seus representantes, mas também conforme o ideal da democracia participativa, pela participação efetiva do povo na vida política, no controle dos orçamentos e dos gastos públicos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Henrique Napoleão. **Tributação está na contramão dos Direitos Humanos**. São Paulo: Revista Consultor Jurídico, 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-ago-25/tributacao-regressiva-contramao-direitos-humanos>. Acesso em 15 ago. 2010.

BALEEIRO. Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 16 ed. atual. por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRASIL. Constituição (2010). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

CALCIOLARI, Ricardo Pires. Progressividade tributária, segurança e justiça fiscal. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, Ano 15, n. 76, pp. 198-225, set./out.2007.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 22. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

LEAL, Augusto César de Carvalho. (In)Justiça Social por Meio dos Tributos: a Finalidade Redistributiva da Tributação e a Regressividade da Matriz Tributária Brasileira. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 196, pp. 07-32, jan. 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 31. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito Segundo. **Fundamentos do ordenamento jurídico**: liberdade, igualdade e democracia como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível. 2009. 266f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional-Doutorado. Universidade de Fortaleza, Belo Horizonte, 2009.

MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MOTA, Sérgio Ricardo Ferreira. Justiças social, tributária e fiscal no Brasil: uma busca imposta pela Constituição. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, Ano 18, n. 93, pp. 199-217, jul./ago.2010.

POCHMANN, Márcio. **Desigualdade e Justiça Tributária**. Brasília: IPEA, 15 de maio de 2008. 2008. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/blogs/arquivos_upload/2008/05/197_1548-DesigualdadeJusticaTributaria-CDES.pdf>. Acesso em: 15.ago.2010.

ROSSO, Paulo Sérgio. Tributação e solidariedade no Estado brasileiro. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, Ano 17, n. 85, pp. 259-272, mar./abr.2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VELLOSO, Andrei Pitten. A teoria da igualdade tributária e o controle de proporcionalidade das desigualdades de tratamento. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, Ano 15, n. 76, pp. 36-72, set./out.2007.

TRIBUTARY JUSTICE AS SOCIAL JUSTICE

Abstract: This article focuses on the current Brazilian tributary system, highlighting the intrinsic relationship between Tributary and Social Justice, or social dissatisfaction with the national tributary system and the inability of the state to meet the social demands. Such system is studied through the principles of contributive capacity and tributary isonomy.

Keywords: Tributary Justice. Isonomy Principle. Contributive Capacity Principle. Social Justice.

O MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO E DEVER FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL DE 1988

Lorena Silva Vasconcelos

Concludente do curso de Especialização em Direito Constitucional, orientada pelo Prof. Ms. João Alfredo Mello (FA7)
lorenasv@netbandalarga.com.br

Sumário: Introdução. 1. Histórico da proteção jurídica ambiental no Brasil e no mundo. 2. A teoria dos direitos fundamentais e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental. 3. Direito fundamental ao meio ambiente equilibrado na CF/88. 4. O dever constitucional de defesa e preservação do meio ambiente. Conclusão. Referências.

Resumo: Este trabalho tem como objetivo principal a análise, através de pesquisa bibliográfica, do reconhecimento pela Constituição Federal do Brasil de 1988 do status de direito fundamental do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como a apreciação da imposição ao Poder Público e a toda a sociedade do dever, também fundamental, de proteção do meio ambiente. Para tanto, constatou-se a existência de direitos fundamentais não inseridos no rol constante do artigo 5º, da atual Constituição Federal Brasileira, dentre os quais o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no artigo 225 da Carta Magna. Após, foi feita a análise do desenvolvimento constitucional e legislativo no que se refere à garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado no Brasil, que teve que ocorrer de forma que não fosse impedido o desenvolvimento econômico do país, oportunidade em que se inseriu na Constituição Federal o conceito de desenvolvimento sustentável. Buscou-se, ainda, demonstrar que o mesmo artigo 225 da Constituição Federal impôs não só aos poderes estatais, mas também à coletividade como um todo, o dever de defesa e preservação ambiental.

Palavras-chave: Meio ambiente ecologicamente equilibrado. Direito fundamental. Dever coletivo.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo discorrer sobre uma problemática amplamente enquadrada nos dias atuais, qual seja, a atual crise ambiental por que passam as sociedades contemporâneas, consequência do desenvolvimento predatório, fator determinante para a inserção da preocupação com um meio ambiente equilibrado nas legislações mundiais.

Levantando-se a discussão acerca do status de direito fundamental que qualifica a garantia constitucional referente ao meio ambiente e também da imposição do dever de preservação, suscita-se a seguinte indagação: em que termos se pode afirmar ser a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado um direito fundamental, bem como um dever coletivo, de acordo com a Constituição Federal do Brasil de 1988, bem como de dever?

Com base nesse questionamento, o objetivo principal da pesquisa ora apresentada, é verificar se confere a Constituição Federal de 1988 ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a

qualificação de direito fundamental, e a forma como impõe a Carta Constitucional atualmente vigente o dever de preservação não só aos Poderes Públicos, mas também à coletividade como um todo.

Como objetivos secundários apresentam-se:

- a) realizar pesquisa do histórico da proteção ambiental, dentro do conceito de desenvolvimento sustentável, nas constituições e na legislação brasileira;
- b) identificar a existência de direitos fundamentais fora do rol trazido pelo art. 5º, da Constituição Federal de 1988, e se, dentre eles, insere-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado;
- c) identificar os destinatários do dever constitucional de defesa e preservação dos bens ambientais.

Inicia-se o estudo analisando-se, no caso específico do Brasil, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado passou a ser objeto de proteção constitucional específica e integral, o que se deu com a Constituição Federal de 1988, apesar de já ter sido prevista a proteção ambiental em legislação infraconstitucional através da Lei nº 6.938/81, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente.

O problema referente à tensão constante entre o direito ao meio ambiente e o direito ao desenvolvimento, assim como com o direito de propriedade, precisou ser solucionado, o que se fez através da criação do conceito de desenvolvimento sustentável, que representou a harmonização entre os interesses econômicos, individuais e ecológicos.

Estando diretamente relacionado com a preservação da vida humana e a dignidade do homem, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado passou a ser garantido como um direito fundamental de terceira dimensão, tanto no âmbito nacional quanto no internacional. Além disso, e visando uma proteção ambiental cada vez mais ampla e eficiente, impôs também à Constituição Brasileira, aos poderes estatais e a toda a coletividade, o dever, também fundamental, de defesa e preservação do meio ambiente.

Abordou-se, portanto, o desenvolvimento histórico da tutela ambiental no Brasil e no Mundo, seguida de intensa pesquisa bibliográfica nas obras dos autores mais renomados nas áreas do Direito Ambiental e do Direito Constitucional, tais como Paulo de Bessa Antunes, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Édis Milaré e José Joaquim Gomes Canotilho, bem como em artigos, legislação, jurisprudência e reportagens disponibilizadas nos diversos veículos de comunicação, visando verificar a forma como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado passou a ser enquadrado como um direito humano fundamental e, ainda, como a Constituição Federal de 1988 passou a impor, de forma subjetivamente ampla, o dever de proteção desse meio ambiente, tendo sido, desde então, reconhecida a importância da proteção ambiental para uma sadia qualidade de vida das atuais e futuras gerações.

1 HISTÓRICO DA PROTEÇÃO JURÍDICA AMBIENTAL NO BRASIL E NO MUNDO

Tratando-se de questão relativamente recente na história da humanidade, a preocupação com o meio ambiente passou a se mostrar presente somente nos textos constitucionais elaborados a partir da década de 1970. Essa mudança ocorreu devido, principalmente, à realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente de Estocolmo (Suécia) em 1972, primeiro evento de amplitude mundial a tratar da importância de se buscar um meio ambiente saudável. A Declaração de Estocolmo, que consagrou o princípio de que o ser humano tem direito à liberdade, à igualdade e a uma vida com condições adequadas de sobrevivência, num meio ambiente que lhe permita usufruir de uma vida digna, consagrou-se como um marco no que se refere à regulação jurídico-internacional de proteção ambiental.

Logo após a Conferência de Estocolmo, vários tratados internacionais, bilaterais e multilaterais sobre meio ambiente foram firmados. Além disso, diversos países modificaram seus instrumentos jurídicos, passando a reconhecer com maior responsabilidade e comprometimento a importância do meio ambiente equilibrado. As Constituições de Portugal (1976, no art. 66) e da Espanha (1978, no art. 45) foram as primeiras a relacionarem o direito ao meio ambiente sadio com o direito à vida.

Em seguida, em 1992, realizou-se o encontro denominado Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizado no Rio de Janeiro, no período de 3 a 14 de junho de 1992, que ficou conhecido como Cúpula da Terra ou RIO 92 e tinha como principal objeto de discussão os interesses ambientais globais.

O direito humano ao meio ambiente sadio foi reafirmado pela Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente (1992) que, reforçando os princípios da Declaração de Estocolmo, objetivou estabelecer uma nova ordem de cooperação entre a sociedade e o Poder Público na proteção do meio ambiente e introduziu novos princípios garantidores do desenvolvimento sustentável, tendo em vista os interesses gerais, bem como a integridade global do meio ambiente. Importante ressaltar que referido evento, ocorrido no Rio de Janeiro, deu origem a outros importantes instrumentos de proteção ambiental, dentre os quais destacam-se a Agenda 21 e a Convenção sobre a Diversidade Biológica.

Cabe, ainda, destacar no âmbito internacional, o importante Protocolo de Quioto, estabelecido em 11 de dezembro de 1997, que, entretanto, somente entrou em vigor em 16 de fevereiro de 2005. Trata-se de um Protocolo, constituído por vinte e oito artigos no qual as partes qualificadas como países desenvolvidos assumem o compromisso de reduzirem suas emissões de gases causadores do efeito estufa em patamares determinados, a fim de promoverem o desenvolvimento sustentável. Não foi estabelecida, no Protocolo de Quioto, meta para a redução das emissões de gases poluentes para os países em desenvolvimento, como o Brasil; porém, foi determinado que esses países também devem implementar sistemas de desenvolvimento sustentável para a melhoria do ambiente.

No Brasil, a preocupação com o meio ambiente equilibrado somente ganhou tratamento legislativo específico em 1981, com a instituição da Política Nacional do Meio Ambiente, através da Lei nº 6.938/81, primeiro instrumento jurídico nacional a conceituar o meio ambiente. Até então, não havia definição clara no ordenamento jurídico pátrio referente à políticas públicas ambientais.

No plano constitucional, verifica-se que as Constituições Brasileiras que precederam a Carta de 1988 não estabeleciam regras específicas sobre o meio ambiente. Apenas a Constituição de 1946 fez alguma menção sobre o Direito Ambiental, limitando-se a determinar a competência da União para legislar sobre a proteção da água, das florestas, entre outros. A atual Constituição Federal foi, portanto, a primeira a tutelar nacionalmente o meio ambiente de maneira específica, conforme as palavras de José Afonso da Silva (2002, p.46): “a Constituição de 1988 foi a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental”.

Além disso, a Constituição de 1988, considerada uma das mais abrangentes e avançadas em matéria de tutela ambiental, foi a pioneira no emprego da expressão “meio ambiente”, tendo dedicado todo um capítulo à disciplina da relação do Poder Público e do cidadão brasileiro com o meio ambiente.

Como destaca Édis Milaré (1991), a atual Carta Constitucional é um

[...] marco histórico de inegável valor, dado que as Constituições que precederam a de 1988, jamais se preocuparam com a proteção do meio ambiente de forma específica e global.

Nelas, sequer uma vez, foi empregada a expressão ‘meio ambiente’, a revelar total despreocupação com o próprio espaço em que vivemos. (Milaré, 1991, p. 3)

No plano infraconstitucional, além da anteriormente citada Lei nº 6.938/81, instituidora da Política Nacional do Meio Ambiente, se deve destacar a Lei Ordinária nº 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública, cabível nos casos de danos causados ao meio ambiente e outros bens de valor artístico, paisagístico, estético e histórico.

Após a constitucionalização da questão ambiental e a assinatura de diversos tratados multilaterais sobre o meio ambiente, o Brasil tem cada vez mais buscado dar efetividade ao preceito fundamental de um meio ambiente equilibrado, figurando atualmente como parte nos principais documentos internacionais de proteção ao meio ambiente, tendo, inclusive, ratificado muitos deles.

2 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Tradicionalmente, a doutrina jurídica apresenta uma classificação dos direitos humanos fundamentais tanto histórico-cronológica como material, subdividindo-os em Direitos Humanos de Primeira, Segunda e Terceira Geração/Dimensão. Importante ressaltar que há autores que consideram, ainda, a existência de direitos fundamentais de quarta e até de quinta dimensão, não sendo a existência dessas duas últimas categorias entendimento unânime na doutrina.

Os Direitos de Primeira Geração, tendo surgido com a Revolução Francesa, em 1789, preservam as garantias individuais do ser humano. São os direitos da liberdade, principalmente os direitos civis e políticos. Esses foram os primeiros direitos fundamentais a terem status constitucional no Brasil e, também, nos demais países.

A Segunda Geração dos Direitos Humanos surgiu no final do século XIX e início do século XX, com a Revolução Industrial e o advento do Estado Social. Esses direitos de segunda dimensão buscam, basicamente, a garantia dos chamados direitos sociais, fundados no princípio da igualdade. Não são direitos exercidos contra o Estado, já que exigem, para sua efetivação, uma ação estatal positiva, ou seja, uma prestação estatal. Se referem, mais especificamente, aos direitos dos trabalhadores e à implementação de políticas visando o desenvolvimento social.

Os Direitos Humanos de Terceira Geração, por sua vez, surgiram durante e após a Segunda Guerra Mundial e são representados pelos direitos difusos. São também chamados de direitos da fraternidade ou da solidariedade. Esses direitos tratam de temas destinados a toda a humanidade e se referem, principalmente, ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade, como, por exemplo, a proteção do patrimônio histórico, cultural e ambiental.

Na prática, porém, costuma-se, na maioria das vezes, associar os direitos humanos a liberdades meramente individuais. Devido a essa associação equivocada, a atuação direcionada à proteção no âmbito do direito internacional, e também no do direito ambiental, dos direitos humanos de terceira dimensão representa grande desafio jurídico.

Tratando-se de um direito difuso e enquadrando-se na categoria de Direito Humano de Terceira Geração, o direito de viver em um ambiente ecologicamente equilibrado, extensão do direito à vida, conforme entendimento doutrinário majoritário, foi internacionalmente consagrado como direito fundamental do homem. Esse reconhecimento do direito ao meio ambiente sadio como direito fundamental representa importante marco na construção de uma sociedade democrática,

participativa e socialmente solidária. Nas palavras de Paulo de Bessa Antunes (2005, p. 25): “o primeiro e mais importante princípio do Direito Ambiental é: o direito ao ambiente é um direito humano fundamental”.

Como consequência da classificação desse direito fundamental ambiental como direito difuso, surge a característica da indisponibilidade do bem ambiental, decorrência do interesse público pela preservação do meio ambiente e da atribuição da qualidade pública a esse bem de uso comum do povo. Além disso, essa indisponibilidade visa também à preservação do meio ambiente em atenção às gerações futuras.

Entretanto, dentre os direitos fundamentais, é perfeitamente possível que, diante de uma situação concreta, dois ou mais deles entrem em conflito. E, no que se refere ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pode-se facilmente visualizar possíveis conflitos tanto com o direito de propriedade como com o direito ao desenvolvimento econômico.

Quanto ao confronto do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado com o direito de propriedade, deve-se ressaltar que a constitucionalização daquele direito fundamental tem servido também para contrabalançar as prerrogativas tradicionais do direito de propriedade, dando ensejo a novas e fortalecendo antigas limitações a esse direito. Em determinadas circunstâncias, o não uso é a conduta mais apropriada à proteção ambiental, o que representa uma enorme limitação ao direito de propriedade. Porém, a propriedade privada não obrigatoriamente exclui a preservação ambiental, como afirma o autor europeu François Ost (1995, p. 74): “O proprietário exclusivo pode, também ele, desempenhar o papel de guardião da natureza, se a sua preocupação não se reduzir a extrair-lhe de imediato o maior lucro possível.”. Portanto, se a função social da propriedade for devidamente cumprida, conforme os fins sociais, e se for observado o conceito do desenvolvimento sustentável, a seguir explicitado, vislumbrar-se-á a adequada aplicação do instrumento da ponderação entre esses direitos fundamentais aparentemente em conflito.

O outro conflito citado se refere ao direito ao desenvolvimento econômico de um lado e o meio ambiente de outro. Para muitos, esses direitos são completamente opostos e, portanto, inconciliáveis. Porém, José Afonso da Silva não corrobora esse entendimento, afirmando que “o conforto que o dinheiro compra não constitui todo o conteúdo de uma boa qualidade de vida” (Silva, 2002, p. 25).

Também classificado como direito fundamental de terceira geração, o direito ao desenvolvimento pode e deve ser harmonizado com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, chegando-se ao conceito conhecido como “desenvolvimento sustentável”, expressão empregada pela primeira vez no chamado Relatório Brundtland¹, de 1987, que o definiu como o desenvolvimento que atende às necessidades das gerações atuais sem comprometer o atendimento das necessidades das futuras gerações.

Portanto, a solução para o impasse entre economia e meio ambiente é a concretização do princípio do desenvolvimento sustentável, que determina a inclusão nos modelos de desenvolvimento da variante do meio ambiente, buscando a concordância prática entre os direitos em conflito a fim de não esvaziar o conteúdo de nenhum deles.

Importante destacar, porém, uma particularidade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, no que se refere aos demais direitos fundamentais: a obrigação a que este direito está sujeito não é unicamente do Estado, mas também da sociedade. Ou seja, a efetiva garantia desse direito fundamental depende tanto das políticas implementadas

¹ O Relatório Brundtland foi elaborado e apresentado às Nações Unidas em 1987 pela Comissão Mundial do Meio Ambiente e Desenvolvimento, constituída num encontro em Nairóbi, em 1982, para avaliar as medidas adotadas pelos Estados nos dez anos que sucederam à Declaração de Estocolmo de 1972.

pelo Poder Público como da participação ativa da coletividade como um todo, numa espécie de responsabilidade compartilhada.

De acordo com Édis Milaré (2007), a participação popular na formulação e execução de políticas públicas de preservação do meio ambiente também é um direito fundamental, podendo-se afirmar que a preservação do equilíbrio ecológico é condição indispensável para a proteção da qualidade de vida e sua efetivação é dever de todos, cabendo ao Estado regular as políticas adequadas ao caso.

Afirma o renomado jurista Alexandre de Moraes, que deve-se buscar, para a proteção do meio ambiente, a conciliação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional, “permitindo uma evolução nas tradicionais noções de soberania, direito de propriedade, interesse público e privado” (Moraes, 2006, p. 775) Essa necessária conciliação se justifica no fato de o meio ambiente não obedecer às fronteiras geograficamente estabelecidas pelo homem, devendo sua proteção ter âmbito global, razão pela qual deve ele ser considerado patrimônio comum de toda a humanidade, evitando-se, dessa forma, a afetação de um bem natural a uma finalidade exclusivamente individual. Somente dessa forma, esse direito humano fundamental de terceira geração será devidamente protegido e garantido para as atuais e futuras gerações.

Nesse contexto, face à tendência contemporânea de preocupação com os interesses difusos, e particularmente com o meio ambiente, a Declaração sobre o Ambiente Humano, elaborada na Conferência das Nações Unidas em Estocolmo, Suécia, em junho de 1972, consagrou internacionalmente o direito ao meio ambiente sadio como um direito humano fundamental:

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e ser portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras. [...] Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequados. Deve ser mantida e, sempre que possível, restaurada ou melhorada a capacidade da Terra de produzir recursos renováveis vitais. O homem tem a responsabilidade especial de preservar e administrar judiciosamente o patrimônio representado pela flora e fauna silvestres, bem assim o seu ‘habitat’, que se encontram atualmente em grave perigo, por uma combinação de fatores adversos. Em consequência, ao planificar o desenvolvimento econômico, deve ser atribuída importância à conservação da natureza, incluídas a flora e a fauna silvestres.

Através da Declaração de Estocolmo, foi aberto o caminho para que as Constituições supervenientes reconhecessem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental, sendo o princípio acima transcrito a mais antiga declaração que vincula direitos humanos e proteção ambiental. Esse direito ambiental foi, conforme descrito no tópico anterior, reafirmado como direito fundamental por consequentes instrumentos internacionais e pelas Constituições de diversos países, momento a partir do qual se começou a dar a devida importância a esse direito humano incontestavelmente fundamental.

3 DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Apresentando capítulo específico dedicado à proteção ambiental, a Constituição de 1988 representa considerável avanço na tutela ambiental, tendo em vista reconhecer como direito fundamental o direito ao meio ambiente equilibrado, conforme palavras de Alexandre de Moraes (2006):

A Constituição Federal de 1988 consagrou como obrigação do Poder Público a defesa, preservação e garantia de efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. (MORAES, 2006, p. 774)

O *caput* e §1º do art. 225 da CF/88 prevêm:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

Verifica-se, com a leitura do *caput* do dispositivo transcrito, ter sido classificado o meio ambiente como bem de uso comum do povo, bem indisponível que, nos termos constitucionais, deve ser protegido com a utilização de todos os meios legislativos, administrativos e judiciais disponíveis.

Já o §1º de referido artigo estabelece obrigações ambientais a serem cumpridas pelo Poder Público. Porém, como se pode observar da leitura do art. 225 da CF/88 por inteiro, a Constituição Federal, além de garantir um amplo direito de informação em relação à proteção do meio ambiente, determina à sociedade responsabilidades conjuntas com o Poder Público. O Estado deve fornecer os meios instrumentais necessários à implementação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a coletividade, por sua vez, deve se abster das práticas nocivas ao meio ambiente e participar ativamente das atividades que visem à proteção ambiental. Portanto, clara é a necessidade da gestão integrada e participativa entre a sociedade e o Estado acerca da conservação ambiental (princípio da cooperação), requisito indispensável para a eficácia das políticas públicas a esse fim destinadas.

O princípio da cooperação, uma atuação conjunta do Estado e sociedade, ocorre na escolha de prioridades e nos processos decisórios. Ele está na base dos instrumentos normativos criados com o objetivo de aumentar a informação e a ampliação de participação nos processos da política ambiental, dotando-a de flexibilidade, legitimidade e eficácia. (Mukai, 2002, p. 32)

O que é realmente inovador no art. 225 é o reconhecimento da indissolubilidade do vínculo Estado-Sociedade civil. Esse vínculo, entre os interesses públicos e privados, redonda em verdadeira noção de solidariedade em torno de um bem comum. (Canotilho, 2007, p. 197)

O art. 225 da CF/88 deve ser interpretado levando-se em consideração também os seguintes dispositivos constitucionais: art. 1º, III, que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República; art. 3º, II, que estabelece o desenvolvimento nacional como objetivo da República; e art. 4º, IX, que determina que o Brasil reja-se, em suas relações internacionais, pelo princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. A interpretação conjunta desses dispositivos demonstra que a atual Carta Constitucional Brasileira permite uma proteção ambiental mais ampla e efetiva aliada a um desenvolvimento sustentável.

Há algum tempo é unânime na doutrina e jurisprudência o entendimento de que os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 não se restringem àqueles previstos no Título II, ou, mais especificamente, no art. 5º da CF/88, que apresenta rol meramente exemplificativo. O próprio §2º do mesmo art. 5º da CF/88 determina que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Daí se conclui que a atual Constituição Brasileira adota uma compreensão material – e não formal – do direito fundamental.

Considera-se, inclusive, que a atual Constituição evoluiu ideologicamente em relação às Constituições anteriores, tendo ampliado bastante as garantias constitucionais e avançado consideravelmente na abordagem dos direitos fundamentais. Dentre essas evoluções ocorridas, destaca-se o reconhecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental. Além disso, não se restringiu à atual Constituição prever o meio ambiente saudável como direito subjetivo, tendo ultrapassado a concepção individualista dos direitos subjetivos ao defini-lo como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

Para Paulo de Bessa Antunes (2005), a própria previsão, no art. 5º da CF/88, da ação popular com objetivo de proteção do meio ambiente leva ao reconhecimento do direito ao meio ambiente sadio como direito fundamental:

Ora, se é uma garantia fundamental do cidadão a existência de uma ação constitucional com a finalidade de defesa do meio ambiente, tal fato ocorre em razão de que o direito ao desfrute das condições saudáveis do meio ambiente é, efetivamente, um direito fundamental do ser humano. (Antunes, 2005, p. 19)

Portanto, como direito materialmente fundamental constitucionalmente garantido que é, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado possui, assim como os demais direitos fundamentais, aplicabilidade imediata, nos termos do que é determinado pelo §1º do art. 5º da CF/88: “§1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Ou seja, a efetivação da tutela ambiental não depende de qualquer regulamentação infraconstitucional prévia.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já afirmou ser o direito ao meio ambiente sadio um direito fundamental de terceira dimensão, o que ocorreu no julgamento do Mandado de Segurança nº 22.164/SP:

[...] A questão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – direito de terceira geração – princípio da solidariedade – o direito a integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. [...] (STF. Mandado de Segurança nº 22.164/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Data do julgamento: 30/10/1995)

No âmbito da legislação infraconstitucional brasileira, importante destacar a Lei nº 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, apresentou a definição de

meio ambiente (“conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”) e, antes mesmo da Constituição de 1988, determinou a harmonização entre os direitos ao desenvolvimento econômico e à proteção do meio ambiente. Abaixo transcreve-se o art. 2º de referida Lei.

Art. 2º. A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.

Verifica-se que a Constituição Federal de 1988 adota a mesma vertente já prevista na Lei nº 6.938/81, que busca garantir o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da nação (art. 3º, II, CF/88), mas sempre observando a dignidade da pessoa humana. E, tratando-se o direito a um meio ambiente equilibrado e protegido de uma das vertentes do princípio da dignidade da pessoa humana, conclui-se ser essencial à sadia qualidade de vida a proteção ambiental associada ao desenvolvimento nacional.

Portanto, pode-se afirmar que tanto a Lei nº 6.938/81, como a atual Constituição Brasileira, adotaram expressamente o princípio do desenvolvimento sustentável, o que pode ser exemplificado através do art. 170, IV, da CF/88, que prevê que o princípio da defesa do meio ambiente representa um dos princípios gerais da atividade econômica.

Somente dessa forma, associando-se desenvolvimento com proteção efetiva do meio ambiente, estará assegurada a preservação da vida e da dignidade da pessoa humana, todos direitos fundamentais do homem expressamente reconhecidos em nossa Constituição Federal.

4 O DEVER CONSTITUCIONAL DE DEFESA E PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE

Conforme explicitado no tópico anterior, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado tem natureza de direito público subjetivo indisponível, podendo, portanto, ser exercitado em face do Poder Público, a quem incumbe o dever constitucional de protegê-lo. Nas palavras de Édis Milaré (2007, p. 235): “cria-se para o Poder Público um dever constitucional, geral e positivo, representado por verdadeiras obrigações de fazer, vale dizer, de zelar pela defesa (defender) e preservação (preservar) do meio ambiente.”.

Entretanto, importante destacar que o mesmo dever de proteção ambiental imposto ao Poder Público se estende a toda a coletividade. O renomado jurista Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2002) assim destaca o dever de preservação do meio ambiente:

O bem ambiental, fundamental, como declara a Carta Constitucional, e porquanto vinculado a aspectos de evidente importância à vida, merece tutela tanto do Poder Público como de toda a coletividade, tutela essa consistente num dever, e não somente em mera norma moral de conduta. (Fiorillo, 2002, p. 14)

O Princípio da Cooperação, também conhecido como Princípio da Participação, reza que a proteção do meio ambiente não se constitui como tarefa unicamente do Estado, devendo haver a cooperação entre os Estados na comunidade internacional e, com maior intensidade, a participação da população como um todo. Dessa forma, engloba o Princípio da Cooperação tanto o Princípio da Cooperação Internacional como o Princípio da Participação da Sociedade, necessitando este último, para sua garantia, que sejam postos em prática o Princípio da Informação e também o da Educação Ambiental, previstos no inciso VI do §1º do art. 225, da Constituição Brasileira.

O Princípio da Educação Ambiental destaca a necessidade da conscientização ecológica da população, titular do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A educação ambiental, como forma de construção de valores sociais e atitudes voltadas à preservação do meio ambiente, trata-se de um componente que deve estar permanentemente inserido na educação nacional, em todos os níveis do processo pedagógico, seja através do ensino formal, desenvolvido nas instituições de ensino, ou através de práticas educativas voltadas para a população como um todo, que se denominou *educação ambiental não formal*. Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2002) elenca benefícios decorrentes da educação ambiental:

Educar ambientalmente significa: a) reduzir os custos ambientais, à medida que a população atuará como guardião do meio ambiente; b) efetivar o Princípio da Prevenção; c) fixar a ideia de consciência ecológica, que buscará sempre a utilização de tecnologias limpas; d) incentivar a realização do Princípio da Solidariedade, no exato sentido que perceberá que o meio ambiente é único, indivisível e de titulares indetermináveis, devendo ser justa e distributivamente acessível a todos; e) efetivar o Princípio da Participação, entre outras finalidades. (Fiorillo, 2002, p. 41)

Toshio Mukai (2002) afirma se consolidar o Princípio da Cooperação através de uma atuação conjunta do Estado e da sociedade. Tal princípio deixa clara a necessidade de se priorizar a informação e a ampliação da participação popular nos processos da política ambiental, dotando-a de flexibilidade, legitimidade e eficácia.

Inclusive, fundamental a participação da comunidade, eis que, normalmente, a população é quem primeiro toma conhecimento da ocorrência do dano ambiental, razão pela qual se impõe às pessoas o dever de, individualmente, preservar o bem ambiental, cabendo-lhes também o dever de defendê-lo, através da denúncia e busca da reparação dos danos por eles constatados.

Assim, a Constituição Federal, consagrando o Princípio da Cooperação/Participação, trouxe em seu art. 225 a determinação do dever de atuação conjunta do Estado e da sociedade civil na defesa e preservação do meio ambiente. Tal se dá através da atuação de organizações ambientalistas, de sindicatos, associações, indústria, dentre outros organismos sociais comprometidos com a causa ambiental, a quem se possibilita a utilização do instrumento da ação civil pública para fins de garantia da proteção do meio ambiente.

Porém, tal atuação organizacional não exclui a participação individual de cada cidadão, que também possui a responsabilidade de preservar os bens ambientais, bem como de se utilizar dos meios de defesa do meio ambiente, tais como os instrumentos de denúncia de danos ambientais direcionados ao Ministério Público ou aos órgãos de fiscalização ambiental do Estado, assim como a ação popular, que tem o cidadão como legitimado ativo e que visa, dentre outros objetivos, a proteção do bem ambiental.

Ora, eventual omissão no dever de proteção ambiental, tanto por parte do Poder Público como da sociedade, gera prejuízo a ser suportado por toda a coletividade, na presente e, também, nas futuras gerações, já que o meio ambiente ecologicamente equilibrado se trata de direito de natureza difusa, razão pela qual tem a população, em conjunto com o Estado, o dever constitucional de atuar ativamente na preservação desse direito fundamental.

CONCLUSÃO

O presente trabalho, através da pesquisa bibliográfica em obras dos mais renomados autores do Direito Ambiental e do Direito Constitucional, e também da consulta a artigos, legislação, jurisprudência e reportagens disponibilizadas nos diversos veículos de comunicação, restou por demonstrar o grande estímulo que os tratados e convenções internacionais sobre meio

ambiente representaram para a constitucionalização e regulamentação da tutela ambiental nos mais diversos países do mundo. Podemos destacar, dentre os mais importantes encontros internacionais relacionados à questão ambiental, os realizados em Estocolmo, na Suécia, em 1972, e no Rio de Janeiro, no Brasil, em 1992.

Nesse contexto, os mais recentes modelos constitucionais têm previsto expressamente o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, além de terem elevado a tutela ambiental ao nível de direito fundamental, reconhecendo o citado direito como um direito fundamental de terceira dimensão.

Estando em pé de igualdade com os demais direitos fundamentais, inclusive o direito de propriedade e o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente sadio pode, em situações concretas, entrar em conflito com outros direitos fundamentais, principalmente os referidos direitos de propriedade e ao desenvolvimento. Porém, esses conflitos são passíveis de serem solucionados com a adequada aplicação do princípio do desenvolvimento sustentável, conceito mundialmente difundido que estabelece a conciliação entre a proteção ambiental e o desenvolvimento econômico.

No Brasil, destacamos o fato de ter sido a atual Constituição a primeira a determinar expressamente o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito reconhecidamente fundamental, tratando-se também do primeiro diploma constitucional brasileiro a instituir o dever de preservação ambiental, atribuído tanto ao Poder Público como a toda a coletividade. A Carta Magna de 1988 dedicou um capítulo inteiro à questão ambiental e estabeleceu a observância do já referido princípio do desenvolvimento sustentável. A Constituição Federal do Brasil de 1988 ressaltou, inclusive, o fato de não ser a proteção do meio ambiente tarefa apenas do Estado, isoladamente, tendo sido atribuída também à sociedade a responsabilidade pela busca do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Chega-se, portanto, à conclusão de que é efetivo o reconhecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental e do dever de preservação imposto aos poderes estatais e à coletividade, já regulamentados por normas protetivas do meio ambiente, regulamentação essa que tem evoluído bastante nos últimos anos. Porém, o grande problema que se mostra nos dias de hoje é a dificuldade em dar aplicabilidade a essas normas. A garantia da tutela desse direito fundamental, tanto no âmbito do direito interno como do direito internacional ambiental, depende, na prática, de ações concretas quanto ao cumprimento do dever de defesa do meio ambiente e da observância dos princípios da precaução e do desenvolvimento sustentável. Além disso, de acordo com François Ost (1995):

[...] o direito administrativo do ambiente (manifestado aqui pelo sistema de licenças de exploração) não constitui, necessariamente, uma proteção eficaz da natureza e dos seus usos. No quadro de um Estado industrial, onde as elites políticas ou as elites econômicas se interpenetram, e reforçam mutuamente os seus interesses respectivos, o direito regulamentar, embora concedendo aos cidadãos uma ilusão de proteção, pode, em alguns casos, acentuar mais do que travar as atividades poluentes. (Ost, 1995, P. 78)

Frequentemente, temos visto na mídia alertas de uma iminente, senão já instalada, crise ambiental global. A própria natureza tem manifestado esses alertas, que demonstram a grave situação atual do meio ambiente, como, por exemplo, através das bruscas alterações climáticas, efeito estufa, temporais, tornados, entre outros. Cabe aos Poderes Públicos dos países de todo o Mundo, já que o meio ambiente não se limita às fronteiras geográficas e à humanidade como um todo, promover uma integração geral para que se efetive, na prática, a garantia de um meio ambiente sadio às atuais e futuras gerações.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. In Presidência da República. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.
- BRASIL. **Lei 6.938 (1981)**. In Presidência da República. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/nº6938.htm>.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes e José Rubens Morato Leite (organizadores). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 3 ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MILARÉ, Édis. **Legislação Ambiental do Brasil**. São Paulo: APMP, 1991.
- MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 4 ed. São Paulo: Forense, 2002.
- OST, François. **A Natureza à Margem da Lei**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

THE ECOLOGICALLY BALANCED ENVIRONMENT AS A FUNDAMENTAL RIGHT AND DUTY IN THE BRAZILIAN FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

Abstract: The present research aims the analysis, through bibliographical studies, of the recognition by the Brazilian's Federal Constitution of 1988 of the status of Fundamental Right given to the Right to an Ecologically Balanced Environment, and also the exam of the imposition to the Government and to society as a whole of the Fundamental Duty to protect the environment. On that matter, it is possible to notice that there are other Fundamental Rights besides the ones listed in the Fifth Article of Brazilian's Federal Constitution, for example the Right to an Ecologically Balanced Environment, stated in the article 225 of this Constitution. Further on, an analysis of Brazilian's constitutional and legislative development has been made related to the protection of an ecologically balanced environment which occurred in a way to prevent any damage to economic development, that is when the concept of sustainable development was inserted in the Federal Constitution. Finally, this research intended to show that the article 225 of the Federal Constitution imposed not only to the Public Administration, but also to all society, the duty of environment protection.

Keywords: ecologically balanced environment, fundamental right, common duty

A SOCIEDADE DE RISCO E O ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL

Regisdeni Pimentel de Lima

Aluno do 9º semestre do Curso de Direito da FA7
regispimentel.jus@gmail.com

Sumário: Introdução. 1. A crise ambiental planetária e a Sociedade de Risco. 2. Ética ambiental e Direito. 3. Desenvolvimento histórico da tutela jurídica do meio ambiente e o surgimento da consciência ambiental. 4. A proposta do Estado de Direito Ambiental. Resultados. Considerações finais. Referências.

Resumo: A sociedade hodierna é marcada, basicamente, pelo crescimento demográfico mundial, intensificação da produção e uso indiscriminado dos recursos naturais, que por sua vez, têm ocasionado um desequilíbrio ambiental de proporção planetária. Diante da impotência no controle da ação predatória do homem para com o meio ambiente, aliada à falta de certeza científica sobre seus efeitos, surge uma nova Era, nominada de Sociedade de Risco. Como proposta de gestão das incertezas, um novo paradigma é chamado para assumir o comando das relações políticas, econômicas, sociais e jurídicas: o Estado de Direito Ambiental. Neste artigo, busca-se analisar a construção teórica deste novo paradigma estatal, acentuando a experiência brasileira no que diz respeito à nova concepção da proteção jurídica do meio ambiente trazida pela Constituição Federal de 1988, com o objetivo de constatar se este ordenamento é receptivo aos postulados do Estado de Direito Ambiental. O conteúdo será apresentado por meio dedutivo, buscando auxiliar na compreensão do caráter holístico da temática.

Palavras-chave: Sociedade de Risco. Crise Ambiental. Ética Ambiental. Desenvolvimento Sustentável. Estado de Direito Ambiental.

INTRODUÇÃO

Com a inauguração de um novo modelo de organização socioeconômica, marcado basicamente pela intensificação da produção e o uso indiscriminado dos recursos naturais, é possível perceber que na medida em que a humanidade concentra esforços no sentido de dar continuidade à promessa de desenvolvimento científico, que, em tese, traria benefícios sociais, na realidade este progresso a todo custo vem representando a própria falência da sociedade hodierna.

Tal postura antropocêntrica acabou por acarretar uma série de ameaças que comprometem a estabilidade social, dentre as quais, a crise ambiental planetária. Nasce, portanto, a era da Sociedade de Risco, pautada pela incerteza dos rumos e pela impotência no controle da relação entre produção e consumo em massa com uso da matéria natural.

Diante da necessidade de controlar as ações predatórias do homem para com a natureza e, conseqüentemente, combater a crise ambiental, um novo paradigma é chamado para assumir o comando das relações políticas, econômicas, sociais e jurídicas: o Estado de Direito Ambiental.

Tal modelo estatal, regido por princípios ecológicos, procura conciliar a ordem econômica, a equidade social e a preservação do meio ambiente numa proposta de sustentabilidade, que por sua vez, atenua os efeitos colaterais da Sociedade de Risco, e busca tornar possível que as futuras gerações também gozem do patrimônio natural.

Considerando a complexidade do legado entregue ao Estado de Direito Ambiental e as tendências mundiais de preservação ambiental através do controle de riscos, a problemática do presente estudo encontra-se centrada na tentativa de delinear a construção teórica deste novo paradigma estatal, acentuando a experiência brasileira no que diz respeito à proteção jurídica ambiental, a partir da análise dos princípios de direito ambiental albergados pela atual Constituição Federal, bem como, de outros conceitos de caráter holísticos, necessários à compreensão da proposta do Estado de Direito Ambiental, com o objetivo de verificar se este modelo estatal se coaduna com a ordem jurídica brasileira, a partir de uma análise metodológica, predominantemente dedutiva.

1 A CRISE AMBIENTAL PLANETÁRIA E A SOCIEDADE DE RISCO

Há mais de um século, a civilização industrial vem alimentando uma lógica pautada na associação entre qualidade de vida e consumo. Esta promessa de bem-estar através da aquisição de produtos industrializados que proporcionam conforto e satisfação pessoal pode ser considerada o principal entrave para a disseminação da cultura ambiental. A propósito, Milaré (2007, p. 60) sintetiza esta ideia afirmando que “[...] as preocupações materialistas do *ter* sufocam as preocupações humanistas do *ser* [...]”. [destaque no original]

É desta força coletiva inconsciente e de difícil desprendimento que o capitalismo se sustenta, propagando assim a aceitação do sacrifício da natureza em prol do desenvolvimento econômico, sob uma ótica predominantemente individualista.

Sabe-se que não somente a força de trabalho impulsiona os mecanismos industriais, mas principalmente o bem natural que serve de matéria-prima aos produtos industrializados. Assim, anseios de intensificação do crescimento econômico vêm ocasionando o uso indiscriminado dos recursos naturais.

O fato é que tal exploração irresponsável chegou a níveis insustentáveis, provocando um desequilíbrio ambiental de proporção global, visto que o potencial renovador do planeta já não consegue mais acompanhar os índices de extração de recursos e de emissão de poluentes pelo Homem.

Através deste modelo de organização socioeconômica, no qual apresenta como regra “[...] o acúmulo de capital e a produção de riqueza, sendo ignorada a preservação dos recursos naturais, como elemento de uso limitado [...]” (AYALA e LEITE, 2010, p. 25), é possível perceber que, na realidade, o progresso econômico caminha paralelamente ao retrocesso socioambiental, pois tal postura antropocêntrica acabou por acarretar uma série de ameaças que comprometem a estabilidade social.

Relacionando o modelo produtivo e a crise ambiental enfrentada na atualidade, Benjamin *apud* Ayala e Leite (2010, p. 24) afirma:

Essencialmente, a crise ambiental configura-se num esgotamento dos modelos de desenvolvimento econômico e industrial experimentados. De fato, o modelo proveniente da revolução industrial, que prometia o bem-estar para todos, não cumpriu aquilo que prometeu, pois, apesar dos benefícios tecnológicos, trouxe, principalmente, em seu bojo, a devastação ambiental planetária e indiscriminada.

Diante desta realidade, neste início de século, inaugura-se uma nova Era: a Sociedade de Risco, configurada principalmente pela incerteza do destino do planeta e da própria espécie humana, pela impotência no controle da relação entre produção e consumo em massa com uso da matéria natural, ou ainda, pela falta de informação segura e de precisão científica em definir a problemática ambiental relacionada à ação antrópica.

Sobre a Sociedade de Risco, Belchior (2011, p. 19) pontua que:

[...] Não se sabe, ao certo, como a natureza manifestar-se-á em relação às atitudes do homem, haja vista que a sociedade contemporânea produz riscos que podem ser controlados e outros que escapam ou neutralizam os mecanismos de controle típicos da sociedade industrial.

Diante desta situação, o controle dos riscos deve assumir um caráter preventivo, uma vez que é partindo-se da análise dos possíveis efeitos negativos dos riscos que são direcionadas as discussões sobre quais riscos deveriam ser tolerados e quais seriam afastados de pronto. Tem-se, portanto, uma gestão dos riscos, cujo objetivo principal, segundo Mascarenhas (2009, p. 214), é fazer uma previsão para subsidiar os processos decisórios.

Definindo de forma abrangente a Teoria da Sociedade de Risco, Leite e Canotilho (2007, p. 131) assim descrevem:

A Teoria da Sociedade de Risco, característica da fase seguinte ao período industrial clássico, representa a tomada de consciência do esgotamento do modelo de produção, sendo esta marcada pelo risco permanente de desastres e catástrofes. Acrescente-se o uso do bem ambiental de forma ilimitada, pela apropriação, a expansão demográfica, a mercantilização, o capitalismo predatório – alguns dos elementos que conduzem a sociedade atual a situações de periculosidade.

Desta forma, o grande desafio da sociedade hodierna encontra-se no estabelecimento de padrões que envolvam uma racionalidade no desenvolvimento socioeconômico. Para tanto, exige-se uma redefinição dos atuais modelos sociais, culturais, educacionais, econômicos, jurídicos e políticos, formulando assim uma verdadeira Ética Ambiental.

2 ÉTICA AMBIENTAL E DIREITO

Considerando Ética Ambiental como “o conjunto dos juízos de valores da conduta humana em relação ao meio ambiente” (SIRVINSKAS, 2007, p. 7), tem-se que o estabelecimento de limites para o homem, em face de sua intervenção no meio ambiente, que sempre adotou uma postura utilitarista com base no antropocentrismo clássico, exige agora, um novo *ethos* civilizacional.

Nesse sentido, ensina Boff (2000, p. 27):

Importa construir um novo *ethos* que permita uma nova convivência entre humanos com os demais seres da comunidade biótica, planetária e cósmica; que propicie um novo encantamento face à majestade do universo e à complexidade das relações que sustentam todos e cada um dos seres.

A necessidade de mudança de paradigma frente ao atual contexto da Sociedade de Risco vem impulsionando reflexões em vários ramos do conhecimento, que tentam dar sua contribuição em busca de uma solução viável para a problemática da crise ambiental.

Sobre o papel do Direito nesta empreitada, Carvalho *in* Ferreira *et al.* (2010, p. 261) define que:

Diante das implicações socioambientais da sociedade de risco, o direito passa a ter como função não apenas a atribuição de responsabilidade por atos de poluição e degradação ambiental, como, outrossim, o tratamento dos riscos e seu gerenciamento por meio da adoção de uma nova teoria do risco.

Embora seja importante a incorporação de pilares éticos pelo Direito, Vicente (2011, p. 359) defende que a proteção ambiental não pode ser tratada apenas como compromisso jurídico. É preciso, antes, uma sensibilidade social que possa resgatar valores humanistas:

Por isso mesmo, para compreensão dessa realidade complexa, é imprescindível a ordenação de ideias, de saberes e de ações multi, inter e transdisciplinares, trazendo-se, ainda, a sustentabilidade como base para a reflexão desse novo pensamento moderno. Nesse diapasão, o retorno do “elemento humano”, resgate de valores humanistas, é visto como fator capital para o início de uma mudança coletiva.

Sobre a importância de uma nova visão acerca dos problemas da humanidade, em especial, a questão ambiental, Boff (2009, p. 17) alerta:

[...] Se não mudarmos de paradigma civilizatório, se não reinventarmos relações mais benevolentes e sinérgicas com a natureza e de maior colaboração entre os vários povos, culturas e religiões, dificilmente conservaremos a sustentabilidade necessária para realizar o projeto humano, aberto para o futuro e para o infinito.

Como manifestação de vanguarda jurídica, que acentua a discussão entre antropocentrismo e ecocentrismo, vale citar dispositivo da nova Constituição do Equador que passou a considerar a Natureza como sujeito de direitos, adotando uma visão ecocêntrica:

Art. 71. La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema. (Equador, 2008) [destacou-se]

Embora seja desafiador adotar tal posicionamento protecionista, o entendimento majoritário da comunidade jurídico-filosófica mundial considera esta atitude um tanto radical, prevalecendo ainda uma cosmovisão utilitarista influenciada pelo racionalismo moderno.

Porém, alimentadas pela ideia de crescimento sem destruição, as atuais posições antropocêntricas se encontram mitigadas, frente à necessidade de se estabelecer padrões ético-ambientais que passem a considerar o valor intrínseco da Natureza.

Outro ponto que enaltece o discurso ético-ambiental é a superação da visão fragmentada dos problemas globais. A complexidade dos fenômenos sociais e seus reflexos ambientais apontam para uma **Teoria Sistêmica**, que segundo Weyermüller (2010, p. 108-109), procura fixar uma comunicação intersistêmica prática e eficaz, através de mecanismos que assimilem a dinâmica dos sistemas sociais, citando os créditos de carbono como exemplo efetivo desta comunicação, visto que atua de forma multidisciplinar. Para melhor compreensão, vale aqui também citar:

O pensamento sistêmico evoluiu a partir da ideia de que as propriedades das partes de um todo não são propriedades intrínsecas, carecendo de uma compreensão adequada incluída num contexto, enfatizando-se assim a noção de rede de relações [...], uma das ideias basilares do pensamento sistêmico. Assim, “explicar coisas, considerando o seu contexto, significa explicá-las considerando o seu meio ambiente; também podemos dizer que todo pensamento sistêmico é pensamento ambientalista”. Por esse motivo, o pensamento sistêmico consiste no referencial teórico mais adequado à análise do aquecimento global dos problemas ambientais como um todo.

3 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA TUTELA JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE E O SURGIMENTO DA CONSCIÊNCIA AMBIENTAL

Com o passar dos tempos, pode-se perceber que a intervenção do homem na Natureza sempre representou um utilitarismo: protegiam-se os bens naturais como árvores frutíferas, animais de corte ou de tração, águas para irrigação, terras cultiváveis e outros, apenas de forma reflexa aos interesses econômicos oriundos do direito de propriedade. Sendo que sua intensificação teve como marco o advento da Revolução Industrial do século XVIII.

A inauguração do Estado Liberal e a consagração da primeira geração – ou dimensão – dos direitos fundamentais permitiram que a liberdade e o direito de propriedade fossem considerados como absolutos. O papel negativo do Estado impedia a adoção de medidas que limitassem os proprietários quanto à destinação de suas propriedades e à forma de execução de suas atividades econômicas, favorecendo assim o início do abuso no trato dos recursos naturais. Para tanto, confirma Belchior (2011, p. 75):

[...] O uso da propriedade era realizado de forma irresponsável, independentemente dos custos ambientais que tal atividade pudesse proporcionar, em busca do desenvolvimento econômico. Nesse sentido, a concepção individualista do direito de propriedade, típica do Estado Liberal, tornou-se um forte obstáculo à proteção e à preservação do meio ambiente. Com a degradação ambiental, a qualidade de vida também foi prejudicada.

Já o Estado Social teve sua importância em tentar repelir as injustiças sociais provocadas pela Revolução Industrial, concentrando esforços no sentido de atenuar a exploração do homem pelo próprio homem, que num primeiro momento tinha o trabalhador como destinatário desta proteção, conferindo-o garantia de salário mínimo, férias, limitação da jornada de trabalho, dentre outros.

Posteriormente, houve o estabelecimento de “direitos ligados às necessidades básicas dos indivíduos, independentemente de sua qualidade de trabalhadores, como alimentação, saúde, moradia, educação, assistência social etc.” (MARMELESTEIN, 2008, p. 49). Assim, o Estado passou de mero espectador para garantidor de tais direitos de segunda geração, atuando de forma positiva.

Entretanto, estes direitos não cogitavam a proteção do meio ambiente, visto que a prioridade se voltava à tutela do material humano, que estava sentindo diretamente os efeitos colaterais do movimento industrial. Este paradigma não atingiu a consciência de que proteger a Natureza é também tutelar o Homem.

Somente após o fim da Segunda Guerra Mundial, impulsionada pelas reflexões sobre as atrocidades do regime nazista, a comunidade mundial passou a defender a tutela de direitos de cunho universal, representativos dos valores que se ligam à dignidade da pessoa humana. Tais direitos têm como titular a própria sociedade ou toda a humanidade. Marmelstein (2008, p. 52-53), classificando os direitos de terceira geração como direitos de solidariedade, inclui o meio ambiente no rol desses direitos difusos albergados pelo Estado Democrático de Direito.

Tratando-se de antecedentes bem mais próximos, a partir da percepção de que a Sociedade Industrial, apesar de suas contribuições econômicas e tecnológicas para a humanidade, culminaria num retrocesso ambiental ao ponto de comprometer a existência da própria espécie humana, a comunidade internacional passou a tomar uma postura diferenciada da até então seleção de valores adotada: o mundo começa a discutir as questões ambientais.

Este processo gradual é bem sintetizado por Ayala e Leite (2010, p. 23):

A tomada de consciência da crise ambiental é deflagrada, principalmente, a partir da constatação de que as condições tecnológicas, industriais e formas de organização e gestões econômicas da sociedade estão em conflito com a qualidade de vida [...].

Foi com a Conferência de Estocolmo, em 1972, promovida pela Organização das Nações Unidas, que o movimento em prol da natureza e a conscientização ambiental deram seus primeiros passos, influenciando várias nações a adotarem conceitos, princípios e políticas públicas voltadas à proteção do meio ambiente, tendo como principal inovação a elevação do meio ambiente ao *status* de direito fundamental e essencial à qualidade de vida e dignidade.

A partir de então, países como o Brasil, iniciaram um processo de “esverdeamento” do ordenamento jurídico, com a promulgação de diversas normas ambientais, como a Lei nº 6938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e posteriormente, com a constitucionalização do meio ambiente, através da constituinte de 1988.

Dando continuidade aos encontros mundiais, em 1992 foi realizada a Conferência do Rio de Janeiro, mais conhecida como ECO-92. Nesta, foram discutidas questões de interesse de toda a humanidade, em destaque a ideia de compatibilização do crescimento socioeconômico com a preservação ambiental. Com a elaboração do documento chamado Agenda 21, uma nova visão de desenvolvimento foi proposta: o desenvolvimento sustentável.

Em 1997, após a revelação pela comunidade científica de que o desequilíbrio ambiental global é fruto da ação antrópica ao longo dos anos, na cidade de Quioto, no Japão, foi realizada uma conferência, na qual resultou uma proposta de acordo para a comunidade internacional, quanto à redução das emissões de gases do efeito estufa e, conseqüentemente, diminuição dos danos causados pelo Aquecimento Global. Tal acordo ficou conhecido como Protocolo de Quioto, sendo ratificado pelo Brasil somente em 2005.

Observa-se que desta trajetória histórica, paulatinamente se fez surgir um movimento socioambiental de comoção mundial que reflete a necessidade de se edificar um modelo de Estado, cujos alicerces demandam uma incorporação de valores ambientais pelo Direito. Segue-se, portanto, a análise desta proposta.

4 A PROPOSTA DO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL

A promessa do Estado de Direito Ambiental, como modelo estatal reivindicado, sugere a adoção de conceitos e posturas tendentes a conferir ao meio ambiente um caráter subjetivo, embora ainda sob uma visão antropocêntrica e utilitarista.

A própria Constituição Federal de 1988, quando se refere ao meio ambiente, em seu artigo 225 *caput*, traz em sua expressão “bem de uso comum do povo”, a compreensão do antropocentrismo adotado. Porém, no mesmo dispositivo, ao determinar que cabe “ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo”, o legislador constituinte impõe limites a este utilitarismo.

A partir da infiltração de princípios ecológicos na Constituição Federal, a Natureza passa a ser vista não mais como meio de pura exploração na geração de lucro, mas estabelece um alargamento no sentido de que o meio ambiente seria uma extensão do homem, e assim, preservando a Natureza, estaria respeitando o direito fundamental de se viver em um meio ecologicamente equilibrado.

Trata-se, portanto, do conceito de antropocentrismo alargado, termo de autoria de Leite (2007, p. 137), que assim o considera:

[...] o antropocentrismo alargado, mesmo centrando as discussões a respeito do ambiente na figura do ser humano, propugna por novas visões do bem ambiental. Assim, centra a preservação ambiental na garantia da dignidade do próprio ser humano, renegando uma visão econômica do ambiente. O “alargamento” dessa visão antropocêntrica reside

justamente em considerações que exprimem ideias de autonomia do ambiente como requisito para a garantia de sobrevivência da própria espécie humana. Aqui o meio ambiente não é visto como passaporte à acumulação de riquezas, sendo compreendido como elementar à vida humana digna. [destacou-se]

Desta dimensão objetivo-subjetiva do Direito Ambiental - cuja natureza dúplice repousa na satisfação de direitos e, simultaneamente, no cumprimento de deveres – comunga Benjamim *in* Leite e Canotilho (2007, p. 64):

A constitucionalização do ambiente emerge, nos primeiros momentos, em fórmula estritamente antropocêntrica, espécie de componente mais amplo da vida e dignidade humanas; só mais tarde, componentes biocêntricos são borrifados no texto constitucional ou na leitura que deles se faça; nesse último caso, pelo menos, mitigando a vinculação normativa exclusiva a interesses de cunho estritamente utilitaristas.

Partindo destes entendimentos, pode-se levantar o desafio principal da edificação do Estado de Direito Ambiental: promover o desenvolvimento sustentável.

Este objetivo visa um resultado ainda maior, que é garantir uma equidade intergeracional. Trata-se, este último, do princípio da solidariedade, considerado por Belchior (2011, p. 133) como “marco jurídico-constitucional” do Estado de Direito Ambiental.

Percebe-se, então, que o Estado de Direito Ambiental também possui um caráter metafísico, visto que são titulares de direitos, pessoas que ainda não existem.

Para tanto, Ayala (2011, p. 21) explica melhor esta relação intertemporal:

[...] observa-se que a construção de novas bases de ação para a proteção jurídica do meio ambiente relaciona a eficácia do Direito ambiental com desafios vinculados à concretização dessa proteção, agora, também, em benefício de titulares temporalmente muito distantes dos sujeitos obrigados na relação jurídica, que relaciona presente e futuro, e expressa de forma inédita, principalmente, os vínculos que possuímos com as futuras gerações. [destaque no original]

O atendimento às necessidades das presentes gerações sem comprometer a possibilidade de satisfação da futuras gerações é exatamente a bandeira do desenvolvimento sustentável.

A operacionalização da sustentabilidade possui um grande entrave, que é comumente tratado pelos juristas como um conflito principiológico de direitos fundamentais, mais especificamente, entre o direito à livre iniciativa e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nusdeo (2005, p. 146) menciona que o desenvolvimento sustentável carrega a ideia de conciliação entre a economia e a preservação ambiental, bem como considera o aspecto social, como a superação da pobreza, e aponta para a importância de se adotar medidas que visem o desenvolvimento de técnicas de exploração ambientalmente sadias.

Rodrigues (2008, p. 125) recomenda que “deve-se encontrar um ponto de equilíbrio para o desenvolvimento, já que o mesmo bem que é matéria-prima ao desenvolvimento, é também peça essencial à sadia qualidade de vida dos seres”.

Como se pode perceber, a conciliação não envolve somente economia e meio ambiente, mas também o social.

Neste caminho para a implementação do Estado de Direito Ambiental, alguns autores apontam postulados que edificam tal paradigma estatal, merecendo nota, nesta oportunidade, o postulado globalista que considera o meio ambiente um macrobem. Assim aduz Canotilho *in* Ferreira *et al* (2010, p. 36):

Um Estado constitucional ecológico pressupõe uma concepção integrada ou integrativa do ambiente [...] ele aponta para a necessidade de uma protecção [sic] global e sistemática que não se reduz à defesa isolada dos componentes ambientais naturais(ar, luz, água, solo vivo, subsolo, flora, fauna) ou componentes humanos [...]

Este jurista finaliza o conceito de macrobem, afirmando que se trata do conjunto de sistemas de ordem física, química, biológica e suas relações com fenômenos sociais, econômicos e culturais.

A partir desta compreensão de macrobem, é possível constatar impactos que não se limitam somente ao caráter temporal, mas também ao aspecto transfronteiriço, pois é sabido que as atividades degradadoras ultrapassam as fronteiras do tempo e do espaço. Assim, está a cooperação entre as nações como outro princípio estruturante do Estado de Direito Ambiental.

A Constituição brasileira de 1988 trouxe em seu artigo 4º inciso IX, como um dos princípios regentes das relações internacionais, a “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”.

Sobre a importância do princípio da cooperação, Casara (2009, p. 32) afirma que: “Diante dos efeitos transfronteiriços das mudanças climáticas, o princípio da cooperação deve ser o norteador das decisões e das implementações para a redução de emissões em âmbito global.”.

Sabe-se que a Sociedade de Risco contemporânea é marcada exatamente pela incerteza, visto o caráter holístico da globalização sem freios. Desta forma, diante da dúvida se um empreendimento pode gerar danos irreversíveis, é preferível não implementá-lo. Este é o enunciado de mais um princípio estruturante do Estado de Direito Ambiental: o Princípio da Precaução. Nas palavras de Belchior (2011, p. 200-201):

[...] a precaução é um dos postulados mais importantes do Direito Ambiental, haja vista que seu objetivo primordial é evitar o dano ambiental, não sendo necessária, para tanto, a comprovação científica daquele, pelo fato de o nexo causal de determinadas atividades apresentar incertezas científicas não dirimidas.

Esta autora, sinteticamente, refere-se às possibilidades de aplicação de uma interpretação jurídica com base na ideia de *in dubio pro natureza*. No mesmo sentido, Fernandes (2008, p. 124):

Assegura tal princípio que no caso da incerteza dos efeitos ao ambiente, que não se produza nenhuma intervenção, no qual deve ser reconhecido o princípio do *in dubio pro ambiente*, vez que na dúvida devemos manter o ambiente intacto e impedir a implementação de possível atividade negativa ao ambiente. [grifo do autor]

Na estrutura do Estado de Direito Ambiental também se deve abrir a oportunidade de participação da sociedade no controle e na elaboração de políticas públicas ambientais. Tem-se, portanto, o conceito de Democracia Ambiental, na qual os cidadãos saem da situação de passividade e passam a atuar junto às decisões administrativas, em busca de uma gestão ambiental participativa.

Canotilho *in* Ferreira *et al* (2010, p. 40) trata do princípio da participação ou democrático, como uma concepção que a chama de “agir integrativo da administração. Neste sentido, escreve:

A concepção integrativa de ambiente pode e deve articular-se com uma actuação [sic] administrativa integrada. Por outras palavras: a protecção [sic] sistemática e global do ambiente não é tarefa solitária dos agentes públicos, antes exige novas formas de comunicação e de participação cidadã.

Antunes (2004) *apud* Fernandes (2008, p. 123) demonstra a lógica deste princípio, fazendo ligação com a missão do Estado de Direito Ambiental, que é a sustentabilidade:

É evidente que para existir um desenvolvimento sustentável a população deve intervir nos procedimentos de possíveis implantações de atividades que possam causar um possível mal ambiente. O desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento da humanidade, e nada mais do que normal que a sociedade venha a participar e ter as informações necessárias para escolha de como prefere se desenvolver. Cabe ao Poder Público tornar tal princípio efetivo, por meio das audiências públicas, da implementação dos conselhos de meio ambiente, do direito de petição, da ação civil pública e da ação popular.

Diante da exposição, resta agora estabelecer as conclusões que dão ensejo à busca por efetividade das normas já existentes, com o intuito de implementar o Estado de Direito Ambiental.

RESULTADOS

O presente estudo permite concluir que a edificação de um novo modelo estatal, que coloca a questão ambiental no centro das preocupações políticas e interpretações jurídicas, é tarefa que transcende a mera esfera legislativa. Para tanto, exige-se antes uma compreensão do caráter holístico das relações na Sociedade de Risco, agregando-se valores a partir de uma Ética Ambiental, a exemplo da incorporação de conceitos como: macrobem, antropocentrismo alargado, justiça intergeracional e o próprio conceito de meio ambiente em sua extensão.

Neste processo, uma Educação Ambiental contínua é essencial para que a questão ambiental esteja presente no dia a dia, incentivando a conscientização e colaborando para o surgimento de uma cultura ambiental sólida e duradoura.

A participação popular na elaboração de políticas públicas, que por ventura possam comprometer o equilíbrio ecológico, constitui um postulado importante na concretização deste novo paradigma. Porém é preciso fornecer ampla publicidade nos projetos de grande impacto, como forma de garantir à população o acesso à informação necessária ao exercício da Cidadania Ambiental, afinal, o Estado de Direito Ambiental é também um Estado Democrático.

A ordem constitucional brasileira, portanto, apresenta-se receptiva aos postulados do Estado de Direito Ambiental, visto que se encontram previstos no texto constitucional princípios que estruturam este paradigma, como o princípio da solidariedade, cooperação, precaução, desenvolvimento sustentável e outros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Poder Judiciário – grande fomentador de mudanças de paradigmas – deve deixar de lado uma postura tacaña quanto ao trato das questões ambientais, e redefinir sua leitura social e jurídica diante da necessidade de uma nova hermenêutica que seja capaz de cumprir a vontade do constituinte, pois, tem-se visto que a ecologização da constituição brasileira, na prática, vem sendo tratada como mero mandamento de otimização, ao invés de norma dotada de plena eficácia.

Não se pode negar que sacrifícios são inevitáveis na implementação do Estado de Direito Ambiental, principalmente na ponderação entre a preservação ambiental e a instalação de um empreendimento favorável à economia e socialmente necessário à geração de emprego e renda. Por isso, é preciso esclarecer que o objetivo do desenvolvimento sustentável não é obstruir o crescimento econômico, mas sim, exigir que esta pretensão busque formas alternativas e ambientalmente desejáveis quanto à utilização dos recursos naturais, respeitando a função socioambiental da propriedade.

REFERÊNCIAS

AYALA, Patrick de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

AYALA. Transdisciplinaridade e os novos desafios para a proteção jurídica do ambiente nas sociedades de risco: entre direito, ciência e participação. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 16, n. 61, p. 17-36, jan./mar.2011.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica jurídica ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: LEITE José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOFF, Leonardo. **Ethos mundial**: um consenso mínimo entre os humanos. Rio de Janeiro: Record, 2009.

_____. **Saber cuidar**: ética do humano, compaixão pela terra. 5 ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 25.out.2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: FERREIRA, H. S.; BORATTI, L. V.; LEITE, J. R. M.(Org.). **Estado de Direito Ambiental**: tendências. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

CARVALHO, Délton Winter de. A tutela constitucional do risco ambiental. In: FERREIRA, H. S.; BORATTI, L. V.; LEITE, J. R. M.(Org.). **Estado de Direito Ambiental**: tendências. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

CASARA, Ana Cristina. Mudanças climáticas globais: impactos e perspectivas. In: FREITAS, Vladimir Passos de. (Coord.). **Direito ambiental em evolução**. Curitiba: Juruá, 2009. v. 5.

EQUADOR. Constituição (2008). **Constitución de la República del Ecuador**. Quito: Asamblea Constituyente, 2008. Disponível em: <http://www.presidencia.gob.ec/index.php?option=com_remository&Itemid=90&func=fileinfo&id=2>. Acesso em: 16.abr.2012.

FERNANDES, Jeferson Nogueira. O Direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, n. 50, p. 114-132, abr./jun.2008.

LEITE José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MASCARENHAS, Luciane Martins de Araújo. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 14, n. 54, p. 205-228, abr./jun.2009.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Desenvolvimento sustentável do Brasil e o Protocolo de Quioto. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 37, p. 144-159, jan./mar.2005.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. O Direito ambiental no século 21. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, n. 52, p. 125-137, out./dez.2008.

VICENTE, Laura Lícia de Mendonça. Ética ambiental: alicerce para concretização do bem comum. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 47, p. 357-375, jul./set.2011.

WEYERMÜLLER, André Rafael, **Direito Ambiental e aquecimento global**. São Paulo: Atlas, 2010.

SOCIETY OF RISK AND THE STATE OF ENVIRONMENTAL LAW

Abstract: Modern society is characterized primarily by considerable growth of the world population, the intensification of production and the indiscriminate use of natural resources, which in turn has caused an environmental imbalance of planetary proportions. Given the apparent impotence in controlling predatory human activity against the environment and the lack of scientific certainty about its effects, a new era, named Risk Society, was born. As proposed management of uncertainties, a new paradigm is called to take charge of political, economic, social and legal aspects under the State Environmental Law. This study seeks to analyze the theoretical construction of this new paradigm state, accentuating the Brazilian experience with regards to the design of new environmental protection law brought by the Federal Constitution of 1988

Keywords: Risk Society. Environmental Crisis. Environmental Ethics. Sustainability. State Environmental Law

DO SUJEITO PASSIVO NO IPTU: UMA ANÁLISE SOB O ENFOQUE CONSTITUCIONAL¹

**Bruno Nogueira Rebouças, Eric Felipe Silva
e Rafael Ribeiro de Brito**

Alunos do curso de Direito da FA7

rebbruno@gmail.com

ericphelipe@hotmail.com

rafael_brito7@hotmail.com

Sumário: Introdução. 1. Brevíssima evolução histórica do IPTU. 2. Âmbito constitucional do tributo e o CTN. 3. Um tema relevante de Direito Civil. 4. Do contribuinte do IPTU. 5. Análise objetiva das leis dos principais municípios arrecadadores. 6. Considerações aos aforamentos e às ocupações dos terrenos de marinha. Conclusão. Referências.

Resumo: O tema central gira em torno da sujeição passiva surgida da obrigação que exige o pagamento do Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana, enfrentando questões que envolvem tanto a figura do contribuinte como a do responsável tributário, terminando por discutir aspectos concernentes ao tratamento dado por esse imposto ao dito terreno de marinha, ademais de análise da legislação municipal que trata do assunto, tudo sob a ótica tanto do Direito Constitucional quanto dos institutos do Direito Privado, a tratar o ordenamento jurídico como sistema, imperativo que lhe é essencialmente inerente.

Palavras-chave: Terrenos de Marinha. Responsabilidade. Contribuinte. Sujeito Passivo. Âmbito Constitucional. IPTU.

INTRODUÇÃO

Tendo em vista as dificuldades recorrentes no entendimento das questões que envolvem a relação entre o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana e o sujeito passivo da obrigação que acarreta sua cobrança, propomo-nos, sem pretensões definitivas, enfrentar o tema da sujeição passiva sob a luz da interpretação constitucional, o que se traduz em imperativo da nossa ordem jurídica. O postulado da máxima efetividade das normas constitucionais exigiu esforço que levou esse trabalho a desenvolver raciocínios que, não se distanciando da doutrina e da jurisprudência, contemplassem, seriamente, os valores constitucionais, dando, por isso mesmo, uma visão do tributo pautada na segurança jurídica, a auxiliar operadores do direito nas resoluções dos mais diversos casos concretos que possam vir a surgir. Procurou-se levantar, igualmente, questionamentos acerca de alguns pontos específicos, não olvidando de deixar clara nossa opinião que – repita-se – está longe de ser definitiva, tal qual verdade científica, que possui caráter relativo, não definitivo e absoluto. Tributaristas, dos clássicos aos mais recentes, foram aqui consultados, a fim de se garantir um maior rigor científico aos argumentos. Velhas lições, outrora esquecidas, foram de uma utilidade analítica incomensurável, sustentando argumentos a que o bom senso da razoabilidade já nos conduzira antes.

Cabe, inicialmente, depois de breve histórico do tributo, analisar a compatibilidade de seu âmbito constitucional com o Código Tributário Nacional, o que conduzirá todo o restante do argumento.

1 BREVÍSSIMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO IPTU

O Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana parece ter suas origens remotas no Brasil, em carta datada de 19-5-1799, de autoria da Rainha D. Maria, em imposto de décima incidente nas casas das cidades marinhas. (BALEEIRO, 1981, p. 153).

Já no século XX, foram previstos pelas cartas constitucionais de 1934 e 1937, na competência de instituição pelos Municípios, separadamente, os impostos predial e territorial urbano até sua unificação, a qual ocorreu só na Constituição de 1946 (conservando a competência municipal), passando a integrar um só imposto, o que acarretou consequências inafastáveis, não podendo o Município tentar impossibilitar que o imposto sobre as edificações não abranja, ao mesmo tempo, todo o terreno que a ele se ligue. (MACHADO, 2003, p.356) Não são, portanto, dois impostos cobrados separadamente, um sobre o terreno e outro sobre as edificações, mas apenas um imposto que abrange todo o imóvel.

2 ÂMBITO CONSTITUCIONAL DO TRIBUTO E O CTN

Seria muito simples encarar esse imposto sob a ótica apenas do Código Tributário Nacional, menosprezando vinculação ao seu âmbito constitucional, haja vista que, ao seguir as diretrizes do CTN, basta à pessoa ser proprietário, possuidor a qualquer título ou detentor de domínio útil, para ser visto, efetivamente, como seu contribuinte.²

Não obstante a sedutora interpretação que daí se poderia extrair, de cunho eminentemente econômico, a beneficiar a arrecadação do Erário, pensamos que, pelo fato de a relação tributária se transfigurar numa relação de direito, e não de poder, não devemos deixar de lado os institutos jurídicos – que, em última análise, estão presentes no discurso jurídico para garantir um mínimo de segurança jurídica – nem, muito menos, a hermenêutica constitucional.

A Constituição de 1988 utilizou, expressamente, a palavra propriedade, o que gerou dissenso no meio doutrinário, quanto à adoção de tal conceito em seu sentido técnico-jurídico, visto que alguns doutrinadores (BARRETO, 2009, p.179) não consideraram que esse conceito estivesse aplicado nesse sentido, mais sim num mais amplo, não vinculado precisamente a suas origens privatísticas ou – numa análise ainda mais minuciosa – econômicas. (AMARO, 2010, p. 246)

Sustentamos que tal ponto de vista se aproxima muito mais de uma tentativa doutrinária de compatibilizar o Código Tributário Nacional à Carta Magna – como já havia sendo feito – do que dar aos institutos jurídicos sua mais segura interpretação, dando efetiva importância à interpretação que se desenvolve segundo a Constituição Federal. Luís Roberto Barroso assim se pronuncia no que se refere ao princípio da interpretação conforme a Constituição:

(...) o princípio guarda suas conexões com a unidade do ordenamento jurídico e, dentro desta, com a supremacia da Constituição. Disso resulta que as leis editadas na vigência da Constituição, assim como as que procedem de momento anterior, devem curvar-se aos comandos da Lei Fundamental e ser interpretadas em conformidade com ela. (BARROSO, 2008, p.192).

Pode-se ver que a própria unidade do ordenamento e a supremacia constitucional são imperativos à interpretação vinculada aos preceitos constitucionais, não maculando os conceitos que foram albergados pela Constituição, sob o risco de modificar a própria Lei Fundamental. Tal qual se extrai das palavras de Hugo de Brito Machado, admitir que a lei ordinária altere conceitos utilizados por qualquer norma da Constituição é permitir a lei modificando a própria Constituição. (MACHADO, 2011a, p. 111).

Com toda a razão, o arguto jurista não menospreza o fato de se atribuir ao conceito de propriedade, para fins de determinação de competência para instituir o IPTU, o seu sentido técnico-jurídico, argumentando, ao refutar quem pensa em contrário:

Não me parece, porém, que seja esta a explicação mais adequada. Penso que a palavra propriedade está empregada na Constituição em sentido rigorosamente jurídico, e mesmo assim não vejo invalidade alguma no dispositivo do Código Tributário Nacional que se refere ao domínio útil e à posse ao descrever o âmbito constitucional do imposto em questão. (MACHADO, 2003, p. 359)

Surge, porém, um questionamento: Como deve ser vista a posse para melhor se compatibilizar com o referido conceito de propriedade? Primeiramente, não nos parece que a posse deve ser classificada como direito, mas sim como fato, haja vista não se localizar, *a priori*, no plano dos efeitos, porém no plano fático que o antecede.³ Ademais, não se deve confundir a posse com o direito à posse, já que a primeira independe totalmente da prévia existência de propriedade, enquanto que o segundo pode, perfeitamente, dela decorrer. Em segundo lugar, a posse em si como um todo não é inerente ao direito de propriedade, sendo algo bem mais amplo que isso. O direito à posse é, sim, inerente ao direito de propriedade. A posse como fato em si pode ser apenas uma exteriorização sua, mas não lhe é inerente. A ação de imissão de posse transfigura bem isso, a dar direito à efetivação da posse ao proprietário que não a deteve. Uma prova de que a posse deve ser vista mais como fato (essencialmente) do que como direito, é exemplificada na dita posse de má-fé que seja ao mesmo tempo injusta (NADER, 2008, p. 47). Não podemos dizer que o possuidor de má-fé seja verdadeiramente detentor de um genuíno direito à posse, porém não deixa de ser possuidor da coisa (mesmo que injusto e de má-fé).

Por último, há de se reconhecer que uma posse injusta e de má-fé, ao mesmo tempo, de bem imóvel, pode, perfeitamente, se submeter à usucapião extraordinária.

No mais, seria mais cauteloso falar-se da posse, para efeitos de IPTU, como um fato que é a exteriorização da propriedade, no caso. E, quando exercido, precisa ao menos estar vinculado a ela (propriedade) (a) quanto às suas características inerentes que a individualizam ou (b) com potencialidade significativa de sua concreção jurídica num futuro. Não é, portanto, qualquer posse que caracteriza o contribuinte de direito do IPTU, mas uma posse com características próprias, exteriorizando faticamente os poderes de proprietário ou potencialmente dando essa breve possibilidade à pessoa. Argumenta Sacha Calmon que

Nesse sentido é que o Código Tributário Nacional tomou a posse e a enfiteuse. Tomou-as, noutro giro, como “signos presuntivos”, para usar expressão a gosto de Becker, de um direito de propriedade tributável, conforme previsto na Constituição, até porque a posse e a enfiteuse, nesta acepção vimos de ver, configuram muito aquele domínio econômico – expressão de capacidade contributiva – lembrado por Hensel. (COELHO, 1990, p. 253)

O que quer dizer o autor é que a Constituição não inovou, criando impostos sobre a posse e o domínio útil (COELHO, 1990, p. 252); no entanto, a tributação sob essas condições não está excluída, desde que signifiquem “signos presuntivos” de propriedade, ou seja, exteriorizando-a faticamente (v.g., enfiteuse) ou potencialmente (v.g., posse *ad usucapionem*). Veja que a posse do locatário, se bem que possa ser identificada como domínio útil (GUIMARÃES, 2008, p. 284), não exterioriza nem faticamente (haja vista não dar o poder de dispor economicamente da coisa) nem exterioriza potencialmente (visto nunca poder o locatário se tornar proprietário) a propriedade. *A priori*, o contribuinte do IPTU sempre será o proprietário, a quem a Fazenda poderá cobrar e executar suas dívidas.⁴

Em suma, pode-se propor que a compatibilização do Código Tributário Nacional com a Constituição Federal não seriam meramente obra do acaso, mas um esforço doutrinário e

jurisprudencial relativamente corriqueiro que termina por sustentar harmonicamente os dois textos normativos, sem desvincular sua interpretação um do outro. Segundo lição de Norberto Bobbio,

A terceira solução – conservar as duas normas incompatíveis – é talvez aquela a qual o interprete recorre mais frequentemente. Mas como é possível conservar duas normas incompatíveis, se por definição duas normas incompatíveis não podem existir? É possível sob uma condição: demonstrar que não são incompatíveis, que a incompatibilidade é puramente aparente, que a pressuposta incompatibilidade deriva de uma interpretação ruim, unilateral, incompleta ou errada de uma das normas ou de ambas. (BOBBIO, 1999, p. 102)

3 UM TEMA RELEVANTE DE DIREITO CIVIL

Pode ser classificado como tema relevante a ser tratado, a título do entendimento da adoção do conceito de propriedade em seu sentido técnico-jurídico no âmbito constitucional do tributo abordado e a compatibilização constitucional do CTN em matéria de IPTU, a adoção da Teoria Objetiva da posse pelo ordenamento jurídico brasileiro e suas razões.

Quanto à adoção da Teoria Objetiva da posse como regra no nosso ordenamento jurídico, declara Clóvis Beviláqua (1942, p. 5): “O Código Civil brasileiro foi o primeiro a consagrar, inteira e francamente, a doutrina de Jhering sobre a posse”.

Posteriormente falando que

Jhering, sem negar a influência da vontade na conceituação da posse, acha que não tem aqui acção mais preponderante do que em qualquer relação jurídica, e compreende a posse como “a relação de facto estabelecida, entre a pessoa e a coisa, pelo fim de sua utilização econômica” (Der Besitzwille, p. 481). (BEVILAQUA, 1942, p. 9)

Essa ideia se opõe a que é trazida por Savigny (Teoria Subjetiva), a qual possuiu no seu núcleo a vontade de ser dono, valorizando o denominado *animus domini*, Tal qual se pode deduzir do seguinte:

Posse “é o poder que tem uma pessoa de dispor, physicamente, de uma coisa, acompanhado na intenção de te-la para si (*animus domini*, *animus rem sibi abendi*).” Resulta da combinação dos dois elementos: o poder physico (*corpus*) e a intenção de ter para si (*animus*). (IDEM, 1942, p. 8)

O nosso Direito Civil não consagrou como regra a Teoria Subjetiva, o que nos autoriza a dizer que nos seria irrelevante saber se a pessoa possui a coisa com intenção de torná-la sua ou não, a fim de configurar a figura do possuidor. Caso contrário, o locatário, o comodatário e o arrendatário, por exemplo, não poderiam ser vistos como possuidores, o que nos representaria verdadeiro absurdo. A redação do Código Civil vigente, em seu artigo 1196, prescreve o seguinte: “Art. 1196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.”⁵⁵ Observe-se que tal preceito normativo é mera reprodução do texto original do artigo 485 do Código Civil de 1916 (“Código Beviláqua”), o qual consagrou a dita Teoria Objetiva da posse. Isso não quer dizer que a Teoria Subjetiva não pode ser aplicada excepcionalmente, mas sempre com o cuidado de não macular a essência da teoria por nós adotada. Sua mais nítida exceção se encontra na usucapião, na qual se exige o requisito da continuidade e da tranquilidade (objetivo) e do *animus domini* (subjetivo) (BEVILAQUA, 1942, p. 92). A doutrina admite, pacificamente, que a posse *ad usucapionem* pressupõe o *animus domini*, o que demonstra a aproximação dos tribunais superiores em aceitar a cobrança do IPTU de quem detém o dito *animus domini*⁶¹ e, por consequência, de quem tem a posse *ad usucapionem*,

tornando-o contribuinte. Há, porém, requisitos de caráter objetivo, como os apontados por Beviláqua (continuidade e tranquilidade) que autorizam falar-se de posse *ad usucapionem*, não bastando o mero *animus domini* para configurá-la, e isso para o nosso raciocínio aqui desenvolvido é o que interessa, visto que se perfaz insuficiente falar-se de *animus* de ser dono para configurar o contribuinte do IPTU. A existência ou não de *animus dimini* é algo muito subjetivo, varia de pessoa para pessoa, o que cria uma insegurança no momento de se identificar a posse com tal característica. Não seria em vão, portanto, a tentativa do legislador de criar requisitos de caráter objetivo (v.g., um prazo prescricional e pacificidade), haja vista que pelo mero fato de o indivíduo estar habitando ou produzindo em imóvel alheio já o autoriza à presunção de tê-lo para si, ou seja, tornar-se dono (*animus domini*). No caso do arrendatário, do locatário, do comodatário, por exemplo, não é que esse *animus* não exista, mas ele é presumivelmente inexistente, embasando-se na impossibilidade fática de o indivíduo tornar-se efetivamente dono (dono em potencial) da coisa e não exteriorizar, de fato, a propriedade. Uma prova disso, é que na própria teoria de Savigny, a fim de se buscar uma maior segurança, ele incluiu (como foi visto da tradução feita por Beviláqua de sua teoria) o poder fático de dispor da coisa, não bastando o *animus domini* para ser possuidor. Assim também concluiu Silvio Rodrigues, ao dizer que “Para Savigny a posse é o poder de dispor fisicamente da coisa, com ânimo de considerá-la sua e defendê-la contra a intervenção de outrem.” (RODRIGUES, 1988/94, p.18).

Podemos resumir a questão, com a crítica feita por Pontes de Miranda às teorias subjetivistas da posse.

Todas essas teorias, como as outras, que não renunciaram à fácil explicação pelas exceções ao princípio do *animus domini*, procuraram definir o que é suporte fático da relação jurídica possessória. *Animus domini*, *animus dominandi*, – tais as expressões de que se usava, revelando todas o subjetivismo que as informava (*animus*, *opinio*, *cogitatio domini*). (MIRANDA, 1971, p. 28)

Tendo isso em vista, preenchidos os requisitos da usucapião, poderíamos dizer, ao menos informalmente, que teria havido algo ao menos semelhante ao abandono do imóvel (diferentemente da renúncia, que é ato formal), por razões de tempo, posse mansa e pacífica, etc. Daí falarmos que temos na posse *ad usucapionem*⁷ como “signo presuntivo de propriedade”, o que autoriza classificar esse possuidor como contribuinte do Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana.

4 DO CONTRIBUINTE DO IPTU

Pode-se assim definir contribuinte:

É o sujeito da relação tributária que mantém relação pessoal e direta com o fato gerador desta. Distingue-se do responsável, que também é sujeito passivo da obrigação tributária, exatamente porque este não tem relação pessoal e direta com o fato gerador, decorrendo seu dever de pagar o tributo de dispositivo expresso em lei. (MACHADO; MACHADO, 2011b, p. 49).

O contribuinte, segundo Rubens Gomes de Sousa, é o sujeito passivo direto da relação tributária (SOUZA, 1982, p.91), não se confundindo com o sujeito passivo indireto, que se dá por (a) transferência (pode ser solidariedade, sucessão e responsabilidade) ou por (b) substituição (IDEM, 1982, p. 92). A substituição não deixa de ser responsabilidade. Do que já foi exposto neste trabalho, tomou-se que o contribuinte do IPTU deve ser, *prima facie*, o proprietário, visto que se deve interpretar o CTN à luz da Constituição de 1988 para não recorrer à sua invalidade, dando máxima efetividade aos preceitos constitucionais. Por isso, o CTN, quando trata do detentor de

domínio útil, deve-se ter em vista que ele se refere, exclusivamente, ao instituto da enfiteuse, e nada mais, visto que “A enfiteuse é o direito mais amplo sobre a coisa alheia” (COELHO, 1990, p. 254). O enfiteuta adquire todos os poderes inerentes do domínio (IDEM, p.254), podendo usar, gozar, reivindicar e dispor economicamente da coisa. Ele se perfaz em genuíno proprietário atípico, possuindo o direito de propriedade ao menos em potencial. O fato de ele poder dispor economicamente da coisa se coaduna com a ideia de se identificar um tributo por seu núcleo, sendo, por consequência, núcleo de sua própria hipótese de incidência, qual seja, segundo Alfredo Augusto Becker, a base de cálculo do tributo, no caso do Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana. (BECKER, 2010, p. 425). A partir do momento que a lei define a base de cálculo do IPTU como o valor venal do imóvel, está confirmando que o tributo que está sendo criado é mesmo o que veio previsto como IPTU constitucionalmente, caso contrário seria outro imposto, mas não o IPTU. Dado tal fato, a ideia central do legislador constituinte, o que só confirma o que trabalhamos até agora, é tributar quem expõe (mesmo que potencialmente) tal poder de dispor economicamente da coisa, o que também fundamenta a classificação do dito promitente-comprador (quando do registro do contrato de compromisso) como verdadeiro contribuinte.⁸ A importância da base de cálculo para definir a hipótese de incidência do tributo é elevada por Geraldo Ataliba.

Daí por que – enquanto aspecto da h.i. – a base impositiva é um conceito-legal, a que fica preso o intérprete. É qualidade jurídico-normativa da h.i. A mensuração do fato impositivo só pode ser feita de acordo com o critério normativo que na base de cálculo (legal) se adota. (ATALIBA, 2010, p.110)

Também fala que:

A.Becker desenvolve longo raciocínio, para mostrar – como já o fizeram Rubens Gomes de Sousa, Amílcar Falcão e Gilberto de Ulhoa Canto – que, no caso de o aspecto material ser muito complexo, será essencialmente importante e decisivo o elemento do fato cuja perspectiva dimensível for qualificada pelo legislador como base impositiva. (IDEM, 2010, p.111)

O valor econômico da base de cálculo de um tributo que se liga ao estado de fato jurídico que se relaciona à existência de direito (BECKER, 2010, p.457) (no caso, direito real de propriedade) deve vincular quem pode revertê-lo economicamente em seu proveito, que, por causa exatamente disso, ele estaria sendo cobrado, não por algo que fugisse completamente da sua base de cálculo – consequentemente não estando na essência da hipótese de incidência –, como se daria nos casos dos rendimentos auferidos devido ao uso ou usufruto daquele bem.

Tomando por base o exposto, discordamos da decisão em que o Superior Tribunal de Justiça vislumbrou como contribuinte do IPTU o usufrutuário⁹, o qual, em verdade, se limita aos poderes de uso e fruição (NADER, 2008, p.331). Tal equívoco se dá devido a uma interpretação ligeira e não cautelosa do artigo 1403, inciso II, do Código Civil, o qual versa:

Art. 1403 Incubem ao usufrutuário:

I – (...)

II – as prestações e os tributos devidos pela posse ou rendimento da coisa usufruída.

Primeiramente, não é a posse que gera o dever de pagar o IPTU, como já foi exaustivamente discutido aqui, mas sim a propriedade, e o texto é claríssimo ao falar que o dever de pagar prestações e tributos deve decorrer do fato da posse. Pelo menos no sistema tributário brasileiro, atualmente, não existe tributo que decorre da posse, não havendo óbice de sua criação por lei complementar, utilizando-se da competência residual dada à União (artigo 154, I, da Constituição Federal) para criar tributos, desde que sejam não cumulativos e não tenham fato gerador ou base da cálculo daqueles já discriminados constitucionalmente (MACHADO, 2010,

p. 209 e 210). Em segundo lugar, o rendimento da coisa usufruída, representando acréscimo patrimonial já será tributado pessoalmente pelo imposto de renda, sendo a bitributação vedada.

De resto, o locatário¹⁰, o arrendatário¹¹, o comodatário¹², o permissionário¹³ o concessionário¹⁴, possuidor de servidão de passagem¹⁵, o usuário, o habitador, nenhum deles pode ser sujeito passivo direto na relação tributária que acarreta a cobrança do Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana. Já o enfiteuta¹⁶, assim como o promitente-comprador e o que já comprou¹⁷ podem ser, perfeitamente, contribuintes do imposto.

Afirma, peremptoriamente, a famigerada tributarista Misabel Abreu Machado Derzi, em comentários de atualização a Aliomar Baleeiro (2010, pp. 245 e 246) “Não podem configurar fato gerador do IPTU a posse a qualquer título, a precária ou clandestina, ou a direta do comodatário, do locatário, do arrendatário, de detentor, do usufrutuário, do administrador de bem de terceiro, etc. que jamais se tornarão propriedade”.

A professora nos dá mais embasamento para discordar do fundamento utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça, ao dar importância desmesurada à distinção entre posse decorrente de direitos reais (v.g., usuário, habitador, usufrutuário) da de direitos pessoais (v.g., locatário, comodatário), o que não altera o alcance constitucional do tributo em questão.

Por fim, discordamos da justificativa dos tribunais quando fundamentam suas decisões apenas na existência ou não do *animus domini*, já que demonstramos ser problemático tal parâmetro levado isoladamente em consideração. O que nos leva à conclusão de que o possuidor *ad usucapionem* pode ser contribuinte do IPTU estaria no fato de ele ser potencialmente e aparentar socialmente ser proprietário, havendo “signo presuntivo” de direito de propriedade em sua posse.

5 ANÁLISE OBJETIVA DAS LEIS DOS PRINCIPAIS MUNICÍPIOS ARRECADADORES

O anseio, cada vez maior, por parte dos Entes Fazendários Municipais pela majoração na arrecadação do Imposto que ora versamos, traz conotações que, como seguimos a demonstrar, não merecem prosperar.

Furtando-se do dever de observância à interpretação da norma à luz da sistemática técnico-jurídica, como exaustivamente tratamos, é imperioso destacar a claríssima ofensa ao texto normativo constitucional, o que, indiscutivelmente, faz reverberar situações fáticas desarmoniosas ao intento primeiro do legislador originário.

Diferentemente deste entendimento é o que vem sendo aplicado pelas Leis Municipais, que instituem as formas de arrecadação do IPTU, onde encontraremos, ademais de outras características, um caráter preponderantemente econômico.

Sem muito esforço intelectual, podemos chegar a esta conclusão através da análise direta dos dispositivos normativos de algumas das cidades que mais arrecadam o tributo sobre o qual nos debruçamos, quando trazem em seu bojo a referência direta não só ao proprietário, mas também ao mero possuidor, o que, a nosso ver, não parece razoável.

Alguns dos maiores arrecadadores como São Paulo (1º), Rio de Janeiro (2º), Campinas (5º), Goiânia (7º), São Bernardo do Campo (8º), Guarulhos (9º), Salvador (10º) e Fortaleza* (18º) às cegas, e não acompanhados da melhor interpretação filológica, tratam da questão como mera extensão do art. 34 do CTN.

Verifica-se, então, quanto ao contribuinte, que as Leis Municipais, em infeliz ou, quiçá, em proposital escolha, reproduzem o referido artigo, sem, contudo, em seu procedimento

fático-administrativo, aplicar-lhe o legítimo sentido, quando consideram ser legítimos a contribuir o “proprietário, o titular do domínio útil e o **possuidor a qualquer título** [grifo próprio].”¹⁸

Ora, outro fator não poderá ser levado em consideração, senão o fato gerador, para que o tributo possa ser devidamente atribuído. Em se tratando do IPTU, diz-se que o fato gerador é exatamente o fato que externa o direito da propriedade, o que nos reprimenda concluir que aqueles outros a que as leis alhures citadas insistem em elencar, não poderiam, jamais, versar neste polo. E não ecoa solitária nossa voz, visto que assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça¹⁹.

Como não bastassem as negligentes considerações que as Leis Municipais²⁰ nos apresentam quanto à pessoa do contribuinte, trazem, também, ademais dessa figura, outras, que, pela mera conveniência foram tratadas como responsáveis tributários, o que, por semelhante argumento, não têm razão de ser. Analisemos:

MUNICÍPIO	RESPONSÁVEIS
São Paulo - SP (1º)	DECRETO Nº 52.703, ART. 12: O imposto é devido, a critério da repartição competente: I - por quem exerça a posse direta do imóvel , sem prejuízo da responsabilidade solidária dos possuidores indiretos; II - por qualquer dos possuidores indiretos , [grifo próprio] sem prejuízo da responsabilidade solidária dos demais e do possuidor direto. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se ao espólio das pessoas nele referidas. ²¹
Rio de Janeiro - RJ (2º)	DECRETO Nº 14.327, ART. 16, P. U: São também contribuintes: I - os promitentes compradores imitados na posse conforme título devidamente registrado no Registro de Imóveis; II - os posseiros ; III - os ocupantes ou comodatários de imóveis pertencentes à União, aos Estados, ao Município ou quaisquer outras pessoas isentas do imposto ou a ele imunes . [grifo próprio] ²²
São Bernardo do Campo - SP (8º)	LEI Nº 1802, ART. 98: O imposto é devido, a critério da repartição competente: I - por quem exerça a posse direta do imóvel, sem prejuízo da responsabilidade solidária dos possuidores indiretos; II - por qualquer dos possuidores indiretos, [grifo próprio] sem prejuízo da responsabilidade solidária dos demais e do possuidor direto. ²³
Guarulhos - SP (9º)	LEI Nº 6.793, ART. 8º: São solidariamente responsáveis pelo pagamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU: I - o co-proprietário; II - o compromissário comprador; III - o superficiário; IV - o titular do direito de usufruto, uso, enfiteuse ou fideicomisso; V - os cessionários; VI - o adquirente, ainda que beneficiário de imunidade ou isenção, pelo débito do alienante. [grifo próprio]. ²⁴
Salvador - BA (10º)	LEI Nº 7.186, ART. 63, §§ 1º: §1º Respondem pelo imposto os promitentes-compradores, os cessionários, os comodatários e os ocupantes a qualquer título do imóvel, ainda que pertencente à pessoa física ou jurídica de direito público ou privado isenta do imposto ou imune. [grifo próprio] ²⁵
Fortaleza - CE (18º)	LEI Nº 4.144 ART. 110, §§ 1º, 2º E 3º: § 1º São responsáveis pelo pagamento do imposto, além do contribuinte definido neste artigo: I – o titular do direito de usufruto, de uso ou habitação; II – o compromissário comprador; III - o comodatário ou credor anticrético. [grifo próprio] ²⁶

Em verdade, o Art. 128 do CTN institui, sim, a possibilidade da indicação de responsáveis em relação ao tributo, atendidas as disposições indispensáveis para isso, entretanto.

Como já vergastado outrora, a posse nem sempre será um direito decorrente da propriedade, estando evidentemente mais próxima do campo da faticidade. Destarte, em se trilhando o harmonioso *iter* interpretativo, inafastável simetria aplicável às normas infraconstitucionais, o próprio artigo 128 do Código Tributário Nacional aduz com luminescência solar o que nos parece ser o verdadeiro espírito normativo, motivo pelo qual, mais uma vez, sussurra-nos a impossibilidade de outro sujeito figurar nessa relação, que não o proprietário (considerando as observações já tratadas), pois é impossível haver a subsunção fático-normativa, nestes termos.

Baseado nisso é que categoricamente se pode afirmar: Ora, se a posse, por si só, como fato, não tem correlação direta com o âmbito constitucional do imposto, com muito maior razão, não há se falar em responsabilidade por parte de outros, pelos mesmos motivos retro-aduzidos. As leis municipais não se adequam à previsão constitucional do tributo ao falar de responsabilidade, já que a Constituição limita a determinação de qualquer sujeito passivo; **seja direto, seja indireto** (BARRETO, 2009, p. 365). Ademais, como se pôde verificar, algumas leis cometem até mesmo a atecnia de chamar o “responsável” (*strictu sensu*) de “contribuinte”, como se uma só coisa fossem, o que, sabemos, não é verdade, pois são completamente distintos em suas naturezas.

Em outras palavras, verifica-se o óbice quanto à instituição de responsáveis pelo tributo pela limitação que o artigo 128 do CTN traz, visível, especificamente, no caso do IPTU, porque, em destacadas disposições facilmente verificadas na listagem acima, **não existe vínculo entre estes e o fato gerador da referida norma que autorize a responsabilização.** (PACHECO, 1995, p. 18)

6 CONSIDERAÇÕES AOS AFORAMENTOS E ÀS OCUPAÇÕES DE TERRENOS DE MARINHA

Em nosso artigo, também nos coube discorrer acerca das ocupações e dos aforamentos dos terrenos de marinha, mostrando a falta ou não de legitimidade do possuidor em ser tributado no que tange ao Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana no caso dos aforamentos e de ocupações.

Perfaz-se, no entanto, precípua que esteja clara a distinção entre aforamento e ocupação. Como se sabe, de acordo com a Constituição Federal de 1988, em seu art. 20, VII, são bens da União os terrenos de marinha e seus acrescidos.

No aforamento, tem a União o domínio direto do bem, podendo disponibilizar o seu domínio útil, para ser usufruído por um particular. A quem é dado este direito, denominamos foreiro, ou enfiteuta, já que poderá usar, gozar, reivindicar e dispor economicamente da coisa, como já fora dito anteriormente. Neste caso, o foreiro tem a garantia de posse mediante o pagamento da taxa de aforamento, sendo esta cobrada anualmente.

O domínio útil pode ser tranquilamente transferido a outrem, devendo ser paga à União uma taxa na qual denominamos *laudêmio*. Podemos perceber que se apresentam inerentes ao foreiro, os já mencionados “signos presuntivos” de propriedade.

Já o ocupante, é a pessoa física ou jurídica que está autorizada pela SPU (Secretaria do Patrimônio da União) a ocupar imóvel de propriedade da União. Entretanto, embora o ocupante tenha o dever de pagar a taxa de ocupação, como já nos diz Danilo Oliveira R. de Lima, em seu artigo *A verdade e a ocupação dos terrenos de marinha*, a inscrição administrativa da “ocupação”, “é um ato administrativo precário, que pode ser cancelado quando houver interesse do serviço público, de modo que a utilização desses imóveis por particulares sob “regime de

ocupação” é uma situação de fato, pois aqueles não adquirem titularidade de qualquer direito real sobre o bem público ocupado, ou sobre as benfeitorias nele edificadas, não possuindo sequer direito ao aforamento”²⁷.

Vejamos que, diferentemente do aforamento, embora a União venha executando costumeiramente, há uma incompatibilidade na cobrança de laudêmios no caso da ocupação, pois a mesma não é prevista no art. 3º do Decreto-Lei nº 2.398/87. Alguns Tribunais Regionais Federais e o próprio Superior Tribunal de Justiça já estão reconhecendo esta realidade.

Defendemos então que, por tratar-se de regime de enfiteuse, o foreiro poderá ser cobrado tanto da taxa de foro, que não possui natureza tributária, quanto do IPTU; por demonstrar em sua posse a exteriorização da propriedade, enquanto no simples regime de ocupação de terrenos de marinha, por ter caráter precário, que poderá ser extinto a qualquer momento, quando assim for do interesse do serviço público, e por não tratar-se, também, de direito real, o possuidor deverá apenas ser cobrado no que tange à taxa de ocupação.

CONCLUSÃO

O que aqui foi exposto só demonstra o quão apressadas – com raras exceções²⁸ – são as conclusões deduzidas do tema, em sua total abrangência, pelos tribunais superiores (notadamente o Superior Tribunal de Justiça) hoje, no Brasil, a ignorar as repercussões práticas das teorias adotadas pelo Direito Civil que vinculam a imposição desse tributo. Ademais, deve-se dar a devida importância ao fator pessoal do IPTU, não o reduzindo à obrigação “carregada” por direito real (*propter rem*); entretanto respeitando, sob o olhar da segurança jurídica, o conceito que limita sua imposição no âmbito constitucional desse imposto.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11 ed. revista e atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- _____. **Direito tributário brasileiro**. 10 ed. revista e atualizada por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- BARRETO, Aires F. **Curso de Direito Tributário municipal**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do Direito Tributário**. 5 ed. São Paulo: Noeses, 2010.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. v. 3. 6 ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1942.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL E CONSTITUIÇÃO FEDERAL**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GUIMARÃES, Deocleciano Torriero. **Dicionário técnico jurídico**. 11 ed. São Paulo: Rideel, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 32 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____.; MACHADO, Schubert de Farias. **Dicionário de Direito Tributário**. São Paulo: Atlas, 2011b.

_____. **Lei complementar tributária**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. v. 1. São Paulo: Atlas, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito Segundo. **Código Tributário Nacional: anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às leis complementares 87/1996 e 116/2003**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Direito das Coisas: Posse. Tomo X. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. v. 4, Direito das Coisas. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NOVO CÓDIGO CIVIL: texto comparado. São Paulo: Harbra, 2003.

PACHECO, Angela Maria da Motta. “Sujeição passiva e responsáveis tributários.” IN: REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO. Nº 3. Dezembro de 1995.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito das Coisas**. v. 5. 11 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. “Comentários ao novo Código Civil, Vol. XV: da posse.” IN: TEXEIRA, Sálvio de Figueiredo.(Org.) **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SENADO FEDERAL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2012.

SOUSA, Rubens Gomes. **Compêndio de legislação tributária**. 4 ed. São Paulo: Resenha Tributária, 1982.

NOTAS

- 1 Artigo orientado pelo professor Ms. Luis Dias Martins Filho. Procurador da Fazenda Nacional. Mestre em Direito pela Universidade de Cambridge – Reino Unido. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará. Professor da Faculdade Sete de Setembro.
- 2 Art. 34 - Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título. (Código Tributário Nacional)
- 3 **Código Tributário Nacional e Constituição Federal**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 8.
- 4 Ver seguinte ementa de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais:
AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. POSSE COM ANIMUS DOMINI. **O fato gerador do IPTU, prima facie, é a propriedade**. [grifo próprio] Em casos excepcionais, quando efetivamente comprovada a posse de terceiro com *animus domini*, poderá este responder

pelo imposto. A posse com *animus domini*, devidamente comprovada, contudo, não afasta a responsabilidade daquele que, no Registro de Imóveis, ainda figura como proprietário, podendo o legislador municipal eleger o sujeito passivo do tributo. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1111202/SP (Agravado de Instrumento 70048463988 RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Data de Julgamento: 19/04/2012, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 24/04/2012)

- 5 **Novo Código Civil:** texto comparado. São Paulo: Harbra, 2003. P. 220.
- 6 Veja as seguintes decisões do Superior Tribunal de Justiça: (721095 RJ 2005/0015069-5, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 08/09/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/09/2009); (744910 RJ 2005/0067735-9, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 12/05/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/08/2009); (811538 RS 2006/0011275-0, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 06/03/2006, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 23.03.2006 p. 162); (944213 SP 2007/0089333-7, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 05/02/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/03/2009); . (865386 RJ 2006/0146024-8, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 10/10/2006, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 19/10/2006 p. 286RSTJ vol. 205 p. 220); (1022580 RJ 2008/0009662-5, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 12/05/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/05/2009).
- 7 Aires Fernandinho Barreto argumente o seguinte: “É dizer, não é toda e qualquer posse que pode ser submetida ao IPTU. Só se a de exigir o imposto do possuidor que detém a posse ad usucapionem, ou seja, a posse que pode condizir ao domínio.” (BARRETO, 2009, p. 216).
- 8 Observemos que o Supremo Tribunal Federal rejeitou entendimento na Súmula 74 (não mais vigora), dando origem a nova Súmula com entendimento oposto, a Súmula nº 583, a qual assim versa: Promitente-comprador de imóvel residencial transcrito em nome de autarquia é contribuinte do imposto predial territorial urbano.
- 9 Assim versando: Usufruto. Pagamento do IPTU.1. O usufrutuário, que colhe os proveitos do bem, é o responsável pelo pagamento do IPTU, nos termos do art. 733, II, do Código Civil, na proporção de seu usufruto.2. Recurso especial conhecido e provido. (203098 SP 1999/0009259-7, Relator: Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 09/12/1999, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 08/03/2000 p. 106LEXSTJ vol. 130 p. 229RJADCOAS vol. 7 p. 85)
- 10 STJ - REsp 810800 MG 2006/0012684-9, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 16/08/2006, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 04.09.2006
- 11 STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 1069355 SP 2008/0133950-6, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 11/11/2008, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/12/2008
- 12 STJ - REsp 618269 BA 2003/0223426-4, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 26/09/2005, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 21.11.2005
- 13 AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 721095 RJ 2005/0015069-5, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 08/09/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/09/2009
- 14 STJ - REsp 811538 RS 2006/0011275-0, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 06/03/2006, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 23.03.2006

- 15 STJ – Resp 1115599 / SPMIN. ELIANA CALMOM.2.TURMA – Dje 13/05/2010 Ementa TRIBUTÁRIO – IPTU – SERVIDÃO DE PASSAGEM – OLEODUTOS – ART.34 DO CTN – POSSUIDOR – AUSÊNCIA DE TIPICIDADE – NÃO INCIDÊNCIA – SOLIDARIEDADE PASSIVA TRIBUTÁRIA – NECESSIDADE DE EXPRESSA PREVISÃO LEGAL – INOCORRÊNCIA- RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1.O possuidor da servidão de passagem, embora detenha o direito de usar e gozar da propriedade, **dela não pode dispor, razão pela qual não se insere no rol de contribuintes de IPTU previsto no art. 34 do CTN.**[grifo próprio] 2.A solidariedade passiva tributária não se presume, devendo advir de previsão legal.
- 16 STJ - Resp 267099 BA 2000/0070300-1, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 16/04/2002, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 27/05/2002
- 17 TJMG -Agrav de Instrumento 70048463988 RS , Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Data de Julgamento: 19/04/2012, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 24/04/2012
- 18 Artigo 34 do Código Tributário Nacional.
- 19 TRIBUTÁRIO. IPTU. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. CONCESSIONÁRIA DE TERMINAL AEROPORTUÁRIO. POSSUIDOR POR RELAÇÃO DE DIREITO MATERIAL. ART. 34 DO CTN. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. 34 CTN1. “A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que o cessionário de serviço público aeroportuário, por ser possuidor do bem em virtude de relação de direito pessoal, não é contribuinte do IPTU, porquanto exerce a posse sem animus domini. 2. É inviável atribuir a responsabilidade tributária pelo recolhimento do IPTU à concessionária de terminal aeroportuário pertencente à União, tendo em vista que a concessão delegada pelo Ente Público não lhe transfere os poderes inerentes à propriedade. Precedentes do STJ. 3. Agrav Regimental não provido.” (744910 RJ 2005/0067735-9, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 12/05/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/08/2009)
- 20 A Tabela se embasa nos Municípios de maior arrecadação. Fortaleza foi inclusa devido à relevância pessoal atribuída pelos autores do presente artigo científico. Análise feita com base no exercício de 2009.
- 21 <http://ww2.prefeitura.sp.gov.br/arquivos/secretarias/financas/legislacao/Decreto-52703-2011-CLT.pdf> Acesso em 27.abr.2012.
- 22 <http://smaonline.rio.rj.gov.br/legis_consulta/3916Dec%2014327_1995.pdf> Acesso em 27.abr.2012.
- 23 <<http://www.sf.saobernardo.sp.gov.br/web/guest/home>> Acesso em 27.abr.2012.
- 24 < http://novo.guarulhos.sp.gov.br/files/LEI_6793.pdf> Acesso em 25.abr.2012.
- 25 <<http://www.sefaz.salvador.ba.gov.br/generico/download/06%2012%2029%20Lei%207.186%20-%20CTRMS.pdf>> Acesso em 28.abr.2012.
- 26 <http://www.sefin.fortaleza.ce.gov.br/legislacao/gerados/leis/Lai%20n%C2%BA%204.144_Atualizada%20at%C3%A9%20LC%20n%C2%BA%2059.pdf> Acesso em 25.abr.2012.
- 27 <<http://www.oabpe.org.br/comunicacao/artigos/7115-a-verdade-e-a-ocupacao-dos-terrenos-de-marinha-danilo-oliveira-r-de-lima-.html>> Acesso em: 2.mai.2012.
- 28 STJ – Resp 1115599 / SPMIN. ELIANA CALMOM. 2.TURMA – Dje 13/05/2010

**TAX ON REAL ESTATE PROPERTY: AN ANALYSIS UNDER
THE BRAZILIAN CONSTITUTION**

Abstract: The central theme is about the passive subjection arising from the obligation that requires the payment of tax on real estate property (IPTU), facing issues that involve as much the taxpayer as the tax collection system itself.

Keywords: Responsibility. Taxpayer. Brazilian Constitution. IPTU

A DESINSTITUCIONALIZAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES, COMO GARANTIA DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Loiany Sá Pinheiro

Aluna do curso de Direito da FA7.

loiany_@hotmail.com

Sumário: Introdução. 1. Referencial Teórico.

Considerações finais. Referências.

Resumo: O presente trabalho aborda a institucionalização de crianças e adolescentes no Brasil e o não atendimento da excepcionalidade e da provisoriedade da medida protetiva em comento – o acolhimento institucional, levando os referidos sujeitos de direitos a terem seu direito à convivência familiar violado, obtendo um consequente prejuízo em sua formação psíquica, moral, espiritual e social, tendo em vista que se trata de seres em desenvolvimento. Assim, apresenta-se a proteção integral contemplada pelas crianças e pelos adolescentes na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente e uma análise de sua efetividade quanto à aplicação da medida protetiva de acolhimento institucional, em casos de violação de algum direito tutelado pelo ECA, e quanto à ocorrência do caminho inverso da institucionalização – a desinstitucionalização, visando preferencialmente à reintegração familiar e, na impossibilidade desta, à colocação em família substituta, por meio de guarda, tutela ou adoção. Busca-se apontar um olhar mais sensível àqueles que estão privados da convivência familiar e que são muitas vezes esquecidos nos abrigos, por conta de uma negligência do Poder Público no que diz respeito às políticas públicas voltadas ao público infanto-juvenil e às melhorias necessárias no âmbito do Judiciário, de modo que se pudesse atribuir prioridade absoluta aos processos atinentes às crianças e aos adolescentes.

Palavras-Chave: Acolhimento Institucional. Proteção Integral. Direito à Convivência Familiar. Desinstitucionalização.

INTRODUÇÃO

Tem-se como objetivo geral deste artigo apresentar a desinstitucionalização, que pode ocorrer através da reintegração familiar ou da colocação em família substituta, de crianças e adolescentes que se encontram em abrigos, como uma necessidade para um real estabelecimento do caráter provisório e excepcional da medida de proteção de acolhimento institucional e, sobretudo, para a efetivação do direito à convivência familiar.

Especificamente, objetiva-se: abordar a proteção legal dada às crianças e aos adolescentes, fundada na Doutrina da Proteção Integral; analisar o acolhimento institucional e seus parâmetros legais, contrapondo-os à realidade; e por fim, fomentar uma maior preocupação por parte do Poder Público e da sociedade, no que tange à busca pela efetivação do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes institucionalizados.

As hipóteses levantadas neste trabalho foram investigadas, bem como analisadas, por meio do método de abordagem dedutivo, de pesquisas do tipo: bibliográfica, tendo em vista que foram lidos livros que tratam sobre o assunto em foco, sobretudo na área do Direito da Criança e do Adolescente, bem como artigos, dissertações, jornais e outros tipos de publicação envolvendo a temática analisada; e documental, através de leis e projetos de lei, resoluções, portarias, levantamentos estatísticos, pesquisas via internet e outros.

Quanto aos seus objetivos, a pesquisa foi: descritiva, buscando observar, descrever, registrar, analisar e explicar os fatos; exploratória, com o intuito de aprofundar o estudo do problema por meio de levantamento bibliográfico; e explicativa, procurando apontar as razões para a ocorrência do fenômeno e possíveis soluções.

Quanto à forma de abordagem, a pesquisa mostrou-se qualitativa, uma vez que se buscou compreender e explicar as informações obtidas em pesquisas quantitativas de outras pessoas.

1 REFERENCIAL TEÓRICO

1.1 Abordagem geral da CF e do ECA

A Constituição Federal de 1988, inaugurou uma nova forma de tratar normativamente a infância e a juventude. Estando já no espírito da elaboração da Convenção Internacional dos direitos da criança e do adolescente - CDC, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989, o legislador constituinte brasileiro, nos arts. 227 e 228, instituiu a proteção integral a ser concedida à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade. O Brasil ratificou a referida Convenção em 1990 e, no mesmo ano, internalizou sua essência na legislação nacional, criando o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (lei nº 8.069/90) regulamenta, conforme seu art. 1º, a mencionada proteção integral, trazendo em seu bojo previsões diversas relacionadas à sua efetivação, tais como sobre os direitos fundamentais, as políticas de atendimento, as medidas de proteção, entre outras. Com esse estatuto, a Doutrina da Situação Irregular, que apresentava um caráter filantrópico e assistencial e tinha como foco as situações de abandono e delinquência, deu lugar, de fato, à Doutrina da Proteção integral, de natureza garantista, o que significa que crianças e adolescentes passaram a ser tratados como sujeitos de direitos, independentemente de estarem ou não em situação de risco ou à margem da sociedade.

Coroar uma doutrina garantista significa que não se trata mais apenas de definir previamente situações e intervir na ocorrência delas buscando uma solução, considerando o “menor” como mero objeto de proteção, porém, quer dizer que ele é portador de inúmeros direitos, a serem garantidos devido à peculiar condição da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento.

Com a Doutrina da Proteção Integral, o ordenamento jurídico brasileiro passou a ter um Direito da Criança e do Adolescente, em substituição ao Direito do Menor. Foram assegurados constitucionalmente os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, conforme o art. 227, caput, da CF. Há uma responsabilidade conjunta por parte da família, da sociedade e do Estado, no que diz respeito à efetivação desses direitos. Nesse sentido, extrai-se:

A doutrina da proteção integral, por outro lado, rompe o padrão pré-estabelecido e absorve os valores insculpidos na Convenção dos Direitos da Criança. Pela primeira vez, crianças e adolescentes titularizam direitos fundamentais, como qualquer ser humano. Passamos, assim, a ter um Direito da Criança e do Adolescente, em substituição ao Direito do Menor, amplo, abrangente, universal e, principalmente, exigível (MACIEL, et alii, 2010, p.14).

Vários princípios compõem a supracitada doutrina e expressam os valores mais relevantes do ECA. Dentre eles, três são gerais e norteiam todo o estatuto: o Princípio da prioridade absoluta, o Princípio do melhor interesse e o Princípio da municipalização.

O primeiro está estabelecido no art. 227, da CF, e no art. 4º, da lei 8.069/90, e atribui primazia plena, irrestrita às crianças e aos adolescentes em quaisquer situações, vejamos:

Seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, o interesse infanto-juvenil deve preponderar. Não comporta indagações ou ponderações sobre o interesse a tutelar em primeiro lugar, já que a escolha foi realizada pela nação através do legislador constituinte (MACIEL *et al.*, 2010, p. 20).

O segundo princípio leva em conta o melhor interesse da criança ou do adolescente, visando à adoção da medida que os favoreça. Dessa forma, em litígios de natureza familiar, em que se disputa a guarda da criança, por exemplo, não se pode perder de vista que a mais afetada ao final de tudo será a própria criança, por isso ela deverá ficar com quem possa lhe oferecer proteção, amor, condições sociais dignas, educação, enfim, o melhor para ela.

O terceiro princípio, o da municipalização, preceitua a descentralização administrativa das políticas de atendimento dirigidas aos referidos titulares de direitos, facilitando a implementação delas, vez que se encontra a entidade municipal mais próxima da realidade local, e também facilitando a fiscalização por parte da população. Explica-se, assim, o importante papel do Conselho Tutelar, que é o de promover ações com o intuito de defender direitos e interesses infanto-juvenis, no âmbito municipal.

Dentre os inúmeros direitos fundamentais, o legislador constituinte elencou no art. 227 aqueles que se mostram essenciais ao bom desenvolvimento da criança e do adolescente, já tendo sido citados anteriormente. Em análise breve, discorrer-se-á sobre cada um.

O direito à vida é o mais importante de todos, pois sem ele não se poderia cogitar da existência dos demais. Vai além de uma simples questão de sobrevivência da criança ou do adolescente, constituindo na verdade um direito de viver com dignidade.

O direito à saúde, tanto física, quanto mental e social, deve ser assegurado pela família, comunidade e poder público. Se a família não puder, de alguma forma, garantir essa saúde, por ausência de condições de oferecer uma alimentação adequada ou até condições de higiene adequadas, caberá ao poder público suprir essa carência. O direito à alimentação, assim, está ligado ao direito à saúde.

Quanto ao direito à educação, o art. 205 da Constituição Federal enuncia claramente o seguinte:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O direito à cultura e ao lazer também foram elencados, tendo em vista sua importância para o desenvolvimento intelectual e social, permitindo que a criança e o adolescente ampliem seus conhecimentos e aprendam a se relacionarem com outras pessoas, além de poderem espalhar, descansando a mente.

O direito à profissionalização faz parte do processo de formação do adolescente, que está prestes a ingressar no mercado de trabalho. Devem ser respeitadas algumas restrições, vez que o adolescente goza de um regime especial de trabalho, sendo, por exemplo, vedado o trabalho do menor de 16 anos, salvo na condição de aprendiz a partir de 14 anos.

O respeito e a dignidade estão intrinsecamente ligados e a observância de um leva à ocorrência do outro. É o direito de não sofrer qualquer tipo de violência e discriminação. Direito de não mais ser tratado como “menor”, expressão que por muito tempo trouxe em si uma conotação pejorativa.

O direito à liberdade, além ser o direito de ir e vir, engloba também a liberdade de opinião, expressão, crença e culto religioso, liberdade para brincar, entre outras. Todavia, não concede à criança e ao adolescente absoluta autodeterminação, de modo a fazerem o que bem entenderem. Esse direito deve ser exercido sempre em seu favor, caso contrário, os pais e/ou o poder público devem intervir.

Por fim, aborda-se o direito à convivência familiar e comunitária – sendo a primeira foco do presente trabalho, que, além de um direito, chega a ser uma necessidade, sobretudo, da criança. É o direito da criança e do adolescente de viver junto à família natural, num ambiente que lhes ofereça segurança, afeto e tranquilidade, com oportunidade de se relacionar com pessoas da vizinhança, fazer amizades na escola, frequentar ambiente religioso, enfim, ter uma vivência também comunitária. Não sendo possível a permanência na família de origem, o menor, termo agora empregado no sentido técnico – menoridade, deverá ser colocado numa família substituta, para que não venha a ser privado da convivência familiar.

Reafirmando o que foi dito, assevera Wilson Donizeti Liberati:

A ausência da família, a carência de amor e de afeto comprometem o desenvolvimento da criança e do adolescente. A família é, portanto, o agente socializador por excelência do ser humano. [...] Esse direito é personalíssimo, intransferível, inalienável e imprescritível (LIBERATI, 2011, p. 26).

Na mesma linha do pensamento suso alinhado, aduz-se:

Desse modo, a família, além de ser o meio primário que propicia as primeiras e elementares noções de convivência social, ela é principalmente, também, o meio que possibilita o desenvolvimento de todas as faculdades físicas, psíquicas, morais e espirituais da criança e do adolescente, no sentido de que, por mais que muitos desses conteúdos (sociais, morais, intelectuais e espirituais) advenham do contato com outras instâncias, a família é responsável, por assim dizer, pelo cultivo da terra onde as sementes serão lançadas. (VERONESE *apud* FACHINETTO, 2009, p. 65).

1.2 O Acolhimento institucional, a desinstitucionalização e o direito à convivência familiar

Antes da colocação em família substituta, o ECA prevê medidas de proteção a serem aplicadas à criança e ao adolescente que tenham algum direito ameaçado ou violado, por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, ou ainda em razão de sua conduta, de acordo com o art. 98. Referidas medidas estão previstas no art. 101 e serão aplicadas pela autoridade judiciária ou pelo Conselho Tutelar, tendo como objetivo retirar a criança e o adolescente da situação de risco pessoal e social que por ventura nela se encontrem, salvaguardando seus direitos.

Dentre as medidas enumeradas no rol exemplificativo do art. 101, é dado destaque à estabelecida no inciso VII, denominada acolhimento institucional pela lei nº 12.010/09, tendo

sido chamada antes desta, de medida de abrigo. Trata-se de uma providência que enseja a retirada da criança ou do adolescente de sua família e o seu encaminhamento a uma entidade de acolhimento institucional, em razão muitas vezes de abandono, maus-tratos ou abuso sexual.

Essa medida deve apresentar, segundo o §1º do art. 101, duas importantes características: a provisoriedade e a excepcionalidade. A primeira consiste em permanecer no abrigo aquele que recebe a medida por tempo estritamente necessário, não podendo ultrapassar o período de dois anos, salvo por comprovada necessidade, conforme o §2º do art. 19. Assim, a criança ou o adolescente não corre, pelo menos na seara legal, o risco de ter mais um direito violado: o da convivência familiar. A cada seis meses, sua situação deve ser reavaliada, visando sempre à reintegração familiar, preferencialmente, ou à colocação em família substituta - §1º do art.19. A segunda característica consiste em somente adotar a medida quando não houver mais possibilidade alguma de manutenção da criança ou do adolescente na família natural, já tendo sido esgotadas outras providências protetivas, não havendo também possibilidade de colocação imediata em família substituta.

O ECA proporcionou, dessa maneira, uma nova roupagem à institucionalização no Brasil, vez que esta tem caráter transitório, não constituindo um fim em si mesma. Nesse sentido, observa-se:

Portanto, não tem mais o objetivo de limpar as ruas ou segregar/excluir os indesejáveis de outrora, mas sim de cumprir a missão de garantir os direitos fundamentais das pessoas humanas crianças e adolescentes que estão em situação de vulnerabilidade pessoal ou social (FACHINETTO, 2009, p. 72).

A competência para aplicação da medida em análise é exclusiva da autoridade judiciária, visto que implica o afastamento da criança ou do adolescente do convívio familiar, conforme o §2º do art. 101. Há exceção, contudo, prevista no art. 93 do estatuto, permitindo que, em caráter excepcional e de urgência, crianças e adolescentes sejam acolhidas sem a prévia autorização judicial.

Na seara legal, portanto, a doutrina da proteção integral ganhou forma realmente. O problema é que, na prática, não se tem conseguido dar efetividade à provisoriedade da institucionalização, afetando o desenvolvimento das crianças e dos adolescentes abrigados, que se tornam vítimas novamente, pelo fato de terem seu direito à convivência familiar desrespeitado. Uma institucionalização prolongada acarreta sérias consequências, como elucida Sergio Luiz Kreuz:

Por melhor equipada que seja uma instituição, sob o aspecto físico e humano, o longo tempo de acolhimento, além de produzir o esfacelamento dos laços familiares (com a família biológica), prejudica sua estimulação, priva a criança do convívio social, retardando a socialização e seu desenvolvimento (2012, p. 54).

Em 2003, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) realizou um estudo nacional sobre a situação de crianças e adolescentes encontradas em abrigos que receberam recursos do Governo Federal. Foram avaliadas 589 entidades de acolhimento institucional, e constatou-se que mais da metade (55,2%) das cerca de 20 mil crianças e adolescentes encontrados estava nos abrigos há um período que variava entre sete meses e cinco anos. A parcela mais significativa (32,9%), porém, estava nos abrigos há um período entre dois e cinco anos, 13,3% entre seis e dez anos e 6,4% por mais de dez anos, ultrapassando o prazo estipulado pelo ECA e infringindo a temporariedade da medida de acolhimento institucional. Além disso,

a grande maioria dos abrigados tinha família (86,7%) e dentre os motivos que os levaram aos abrigos, a pobreza foi a mais citada (24,2%), depois o abandono (18,9%), a violência doméstica (11,7%), a dependência química dos pais ou responsáveis, incluindo alcoolismo (11,4%), a vivência de rua (7,0%) e a orfandade (5,2%). Vale ressaltar que o principal motivo apontado, a pobreza, não constitui causa de abrigo, a não ser que estivesse conjugada com outros fatores aceitos, pois há a previsão no ECA de inclusão da família em programas oficiais de auxílio.

Destarte, é possível observar a necessidade de serem implementadas políticas públicas destinadas à promoção, proteção e defesa do direito fundamental à convivência familiar, dando efetividade ao Plano Nacional aprovado pelo CONANDA – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente e pelo CNAS – Conselho Nacional de Assistência Social, com esse intuito, em dezembro de 2006, e que tem como uma de suas diretrizes a garantia dos princípios de excepcionalidade e provisoriedade dos programas de famílias acolhedoras e de acolhimento institucional de crianças e adolescentes.

É preciso que essas crianças e esses adolescentes trilhem um caminho rumo à desinstitucionalização, inadmitindo-se que sejam simplesmente “esquecidas” nas instituições e privadas do direito à convivência familiar.

Nesse contexto, o resgate e valorização do direito à convivência familiar e comunitária, como direito fundamental, pressupõe que a família – não apenas na sua concepção estritamente jurídica – deve ser vista como local ideal de criação dos filhos, importando, concomitantemente, em uma cruzada pela desinstitucionalização de crianças e adolescentes (FACHINETTO, 2009, p. 57).

Nas palavras de Wilson Donizeti Liberati (*apud* FACHINETTO, 2009, p. 74), “[...] perpetuar a criança na instituição é enterrar-lhe o futuro, é sufocar-lhe o desejo de descortinar horizontes”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em décadas passadas, quando ainda estávamos sob a égide da Doutrina da Situação Irregular, crianças e adolescentes não eram vistos como titulares de direitos, constituindo apenas objetos de intervenção do Estado, em situações de delinquência e abandono. Portanto, grande era o número desses sujeitos, que ficavam confinados em instituições, recebendo um tratamento repressivo ou, no máximo, assistencialista. Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma mudança de paradigma ao ser atribuída a proteção integral à criança e ao adolescente. Posteriormente, em 1990, o ECA consolidou a Doutrina da Proteção Integral, não permitindo mais que se fale em uma institucionalização indiscriminada.

Dessa maneira, muito já evoluiu o ordenamento jurídico brasileiro, no que tange ao tratamento dado a esses seres em desenvolvimento. Não se pode, entretanto, estagnar essa evolução, pois ainda não se conseguiu efetivar plenamente a referida proteção integral, tendo em vista a questão ora suscitada, sobre a não provisoriedade da medida de abrigo e o consequente desrespeito ao direito à convivência familiar.

Frisa-se, assim, que o acolhimento institucional ao mesmo tempo em que possibilita a preservação de alguns direitos da criança e do adolescente, como a integridade física, psíquica e moral, por exemplo, retira desses titulares o direito à convivência familiar, por tempo muitas vezes indeterminado. O que era pra ser uma solução, então, acaba gerando uma situação preocupante em nosso país: o número de crianças e adolescentes institucionalizados, sem uma garantia de

reintegração à família de origem ou de inserção numa família substituta e sofrendo, por conta da institucionalização prolongada, sérias consequências.

É preciso que sejam observados de fato o princípio da prioridade absoluta e o princípio do melhor interesse, no que tange à efetivação dos direitos da criança e do adolescente, bem como os princípios que regem a aplicação das medidas protetivas, sobretudo o da prevalência da família, estabelecido no art. 100, X, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Enquanto as famílias, a sociedade e o Estado não tomarem consciência da gravidade que é simplesmente esquecerem crianças e adolescentes em instituições de acolhimento ou, em outras palavras, consentirem com a institucionalização prolongada, e não buscarem solucionar o problema de forma conjunta, esses sujeitos continuarão sendo duplamente vitimados: primeiro por suas próprias famílias, posteriormente pelo Estado.

A desinstitucionalização é uma necessidade para adequar a realidade infanto-juvenil brasileira aos moldes do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que se fala de titulares de direitos e não mais de menores infratores e/ou abandonados, apenas, que eram colocados nos abrigos ou orfanatos para se “limpar” as ruas. E para que a desinstitucionalização possa acontecer faticamente, as políticas públicas devem ser revistas, as varas da Infância e da Juventude precisam ser mais eficientes, sendo inadmissível que um juiz dessa área responda por várias varas ao mesmo tempo, como acontece, e os processos que tenham crianças e adolescentes como sujeitos devem gozar de prioridade absoluta.

REFERÊNCIAS

BRASIL, *Vade Mecum*, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Decreto nº 99.970, de 21 de novembro de 1990, **Convenção sobre os Direitos da Criança**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 15.mar.2012.

_____. **Projeto de lei, nº 1432/2011 – dispondo sobre a adoção tardia**, disponível em. Acesso em 02.abr.2012.

_____. **Menor recolhida em abrigo para adoção deve ser devolvida à mãe biológica**, Superior Tribunal de Justiça, disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105302. Acesso em 11.abr.2012.

FACHINETTO, Neidemar José. **O direito à convivência familiar e comunitária**: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, Vol. VI – direito de família**, 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. Curitiba: Juruá, 2012.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito da criança e do adolescente**. 5 ed. São Paulo: Rideel, 2011.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.), *et ali*, **Curso de direito da criança e do adolescente – aspectos teóricos e práticos**, 3ª tiragem, 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

O direito de ser adolescente: Oportunidade para reduzir vulnerabilidades e superar desigualdades / Fundo das Nações Unidas para a Infância. – Brasília, DF: UNICEF, 2011, disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_22246.htm. Acesso em 19.abr.2012.

SILVA, Enid Rocha Andrade. **Levantamento nacional de abrigos para crianças e adolescentes da rede SAC - IPEA**, disponível em: <http://portaldovoluntario.v2v.net/documents/0000/0189/109726162757.pdf>. Acesso em 22.mar.2012.

THE DEINSTITUTIONALIZATION OF CHILDREN AND ADOLESCENTS AS GUARANTEE OF THE RIGHT TO FAMILY LIFE

Abstract: This paper discusses the institutionalization of children and adolescents in Brazil and the fulfillment of the requirements of exceptionality and temporariness of the protective measure under discussion - the institutional shelter, leading those individuals to have their right to family life violated, getting a consequent prejudice in their mental, moral, spiritual and social training, in view of the fact that it's about developing human beings. Thus, through this work, we present the full protection contemplated by children and adolescents in the 1988 Federal Constitution and the Statute of Children and Adolescents and a review of its effectiveness in applying the protective measure of institutional care in cases of violation of any law overseen by the ECA, and occurrence of the reverse path of institutionalization - deinstitutionalization, preferably aimed at family reintegration and, failing this, the placement in a foster family, through custody, guardianship or adoption. The aim is to point out a more sensitive way to look at those who are deprived of family companionship and that are often overlooked in shelters, due to the negligence of the Government with regards to public policies aimed at juvenile people and at the necessary improvements within the judiciary, so that they could give high priority to the procedures relating to children and teenagers.

Keywords: Institutional Shelter. Full Protection. Right to Family Life. Deinstitutionalization.

ANÁLISE DAS LEGISLAÇÕES BRASILEIRA E ARGENTINA QUE ABORDAM A TÉCNICA INVESTIGATIVA DENOMINADA AGENTE INFILTRADO/ENCUBIERTO

Ionéia de Sousa Marques

Especializanda em Justiça Criminal e Sistemas Jurídicos pela Escola Superior do Ministério Público. Bacharela em Direito (FA7).
ioneiamarques@yahoo.com.br

Luiz Cláudio Araújo Coelho

Mestre em Educação (UECE). Especialista em Gestão Estratégica de Políticas de Segurança Pública (UECE). Bacharel em Direito (FA7).
bleve@bol.com.br.

Sumário: Introdução. 1. Conceito de crime organizado. 2. Agente infiltrado: conceito e utilização da técnica. Considerações finais. Referências.

Resumo: É preciso conhecer os mecanismos legais para prevenção e repressão da criminalidade organizada, pois o sucesso das investidas públicas passa obrigatoriamente pelo acionamento correto e tempestivo desses mecanismos. O presente trabalho se debruça sobre os elementos investigativos lançados pelas Leis n.ºs 9.034/95 e 10.217/01, no caso brasileiro, e as Leis n.ºs 24.424 e 23.737, no caso Argentino, que tratam especificamente da técnica investigativa contra o crime organizado denominada agente infiltrado/encubierto. Para tanto, desenvolveu-se uma pesquisa de cunho qualitativo, mobilizando elementos da pesquisa bibliográfica e documental. Os meios operacionais abordados pela Lei n.º 9.034/95 são todas as ferramentas disponíveis de que o Estado poderá se utilizar durante a investigação extrajudicial, incluindo a técnica do agente infiltrado ou agente encubierto, para obtenção de provas, observando a ampla defesa e o contraditório. Há certa aproximação entre a legislação brasileira e a legislação Argentina sobre esta técnica. Entretanto, o ordenamento jurídico argentino apresenta duas iniciativas legislativas que protegem o agente encubierto, afastando a punibilidade do agente infiltrado pelos crimes necessários praticados durante a infiltração e a punição de agentes públicos que denunciam a condição de encubierto de um agente, ainda que de modo culposos.

Palavras-chave: Crime organizado. Mecanismos investigativos. Agente infiltrado. Brasil. Argentina.

INTRODUÇÃO

A criminalidade organizada é tema que se mantém permanente na mídia atualmente. Contudo, suas primeiras manifestações remontam a períodos bem afastados na história. As primeiras manifestações do crime organizado podem ser reconhecidas nas atuações de quadrilhas em tempos remotos. Exemplo rudimentar deste fato é o cangaço manifestado no sertão nordestino no início do século XX.

Devido ao aumento das atividades das organizações criminosas, os legisladores brasileiros e argentinos tentam dotar seus ordenamentos jurídicos de mecanismos eficazes de combate a esse tipo de conduta delituosa. A despeito dessa intenção, as investidas do poder público mostram-se tímidas e inócuas para enfrentar o crime organizado. É preciso conhecer os mecanismos legais para prevenção e repressão da criminalidade organizada, pois o sucesso das investidas públicas passa obrigatoriamente pelo acionamento correto e tempestivo desses mecanismos.

Desse modo, o presente trabalho se debruça sobre os elementos investigativos lançados pelas Leis n.ºs 9.034/95 e 10.217/01, no caso brasileiro, e as Leis n.ºs 24.424 e 23.737, no caso Argentino, que tratam especificamente da técnica investigativa contra o crime organizado denominada agente infiltrado (agente encubierto). Para tanto, desenvolveu-se uma pesquisa de cunho qualitativo, mobilizando elementos da pesquisa bibliográfica e documental, sendo as aludidas legislações os documentos básicos da pesquisa.

Inicia-se o artigo com uma discussão acerca da definição legal desse instituto, evidenciando as debilidades vigentes. Por fim, são apresentados os requisitos para acionamento do mecanismo investigativo denominado agente infiltrado ou agente encubierto para a prevenção e a repressão do crime organizado.

1 CONCEITO DE CRIME ORGANIZADO

O conceito de crime organizado não foi estabelecido pelo legislador brasileiro ao criar as Leis n.ºs 9.034/95 e 10.217/01, normas que tratam desta modalidade delituosa. A Lei n.º 9.034/95 foi concebida com o intuito de dar regulamentação legal ao enfrentamento do crime organizado. Entretanto, em seu bojo só regula apenas os meios de prova e os procedimentos investigatórios que tratam dos crimes de quadrilha ou bando, omitindo o termo organizações criminosas. Esse fato constitui uma lacuna severa no ordenamento jurídico no que tange ao crime organizado, dificultando a ação do Estado no enfrentamento de tal modalidade criminosa. Este fato trouxe dúvidas acerca das ações a serem empregadas pelo poder público. Afinal, a Lei se refere às quadrilhas ou bandos, como disciplina o artigo primeiro, ou se refere às organizações criminosas?

Deste dilema surgem duas correntes antagônicas. A primeira defende que organização criminosa é sinônimo de quadrilha ou de bando, delito que a legislação em estudo regulamenta. A segunda corrente, argumenta que organização criminosa é mais do que quadrilha ou bando e que ela se constitui de algum outro ou outros requisitos que a lei não determinou de modo claro.

Por falta de uma definição legal, as discussões doutrinárias do Direito se ocuparam da tarefa de conceituar crime organizado. Assim, algumas definições foram elaboradas e gozam de certo acolhimento pelos operadores do direito. Vislumbra-se dentre estas definições a denúncia de Zaffaroni (2007, p. 1-2) sobre a aproximação do conceito de crime organizado à criminalidade de mercado:

El crimen organizado es un concepto de origen periodístico, que nunca alcanzó una satisfactoria definición criminológica, pero que se trasladó a la legislación penal y procesal penal para aumentar el ejercicio del poder punitivo respecto de un conjunto de delitos no bien delimitado, lo que pretende configurar un derecho penal diferenciado y con menores garantías para un ámbito delictivo sin delimitación. Su idea más aproximada está dada por la criminalidad de mercado, abarcando desde todos los tráficos prohibidos hasta el juego, la prostitución, las diferentes formas de comercio sexual, la falsificación de moneda y los secuestros extorsivos. No faltan leyes que incluyen al terrorismo en su concepto legal.

Juarez Cirino dos Santos (2003, p. 215) nos traz em seus ensinamentos que “na verdade, existem dois discursos sobre o crime organizado estruturado nos pólos americano e europeu do sistema capitalista globalizado: o discurso americano sobre *organized crime*, definido como conspiração nacional de etnias estrangeiras, e o discurso italiano sobre crimine organizado, que tem por objeto o estudo original da Máfia Siciliana”.

Mingardi (1998) divide o crime organizado em tradicional (ou territorial) e empresarial. O empresarial teria como “característica mais marcante transpor para o crime métodos empresariais, ao mesmo tempo em que deixam de lado qualquer resquício de conceitos como honra, lealdade, obrigação, etc” (MINGARDI, 1998, p. 88) e trata como crime organizado tradicional:

Grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e o planejamento de lucros. Suas atividades se baseiam no uso da violência e da intimidação, tendo como fonte de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegido por setores do Estado. Tem como características distintas de qualquer outro grupo criminoso um sistema de clientela, a imposição da lei do silêncio aos membros ou pessoas próximas e o controle pela força de determinada porção de território (MINGARDI, 1998, p. 82).

O legislador pátrio com o intuito de sanar a lacuna deixada pela Lei n.º 9.034/95, artigo 1º, cria a Lei n.º 10.217/2001. Entretanto, o impasse permaneceu, pois embora o objetivo da lei tenha sido ampliado, alcançando as quadrilhas ou bandos dispostos no artigo 288 do Código Penal, associações criminosas de qualquer tipo (artigo 14 da Lei n.º 6368/76) e as organizações criminosas de qualquer tipo, continuou sem dar definição legal para organização criminosa.

Diante de todo este debate a respeito do conceito de crime organizado, a Convenção de Palermo, que foi ratificada pelo Decreto Lei n.º 231 trouxe a solução do problema. O Superior Tribunal de Justiça adotou este posicionamento, ou seja, reconheceu a conceituação de organização criminosa trazida pela convenção.

Neste sentido, leciona o professor Capez (2006, p. 92) que “toda a discussão acima exposta tende, no entanto, a ficar superada. A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, realizada em Palermo, na Itália, em 15 de dezembro de 2000, definiu, em seu art. 2º, o conceito de organização criminosa.

Para a Convenção de Palermo, organização criminosa é grupo organizado com três ou mais pessoas, existindo há algum tempo e atuando concertadamente com o fim de cometer infrações graves, com a intenção de obter benefício econômico ou moral. Este é o dispositivo legal adotado pelo Brasil na atualidade.

O *artículo 210 do Código Penal de La Nación Argentina* estabelece que o fato tipificado como associação ilícita ocorre quando “*el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación*”. Nesse sentido, D’Alessio (2004, p. 681) esclarece as similitudes dos dois injustos penais, declinando as características do tipo argentino que muito se assemelha ao injusto brasileiro:

Lo que importa es que exista un pacto de voluntades comunes en relación con una organización cuya actividad principal sea la de perpetrar hechos ilícitos en forma indeterminada, aunque se ha sostenido que los delitos deben estar determinados y deberán especificarse al momento de efectivizar la acusación. Alguna doctrina y jurisprudencia ha señalado que la exigencia de que los delitos sean indeterminados no se refiere a que los miembros de la asociación no sepan qué delitos ésta va a cometer, sino a que tengan en sus miras una pluralidad de planes delictivos que no se agote en una conducta delictiva determinada con la concreción de uno o varios hechos. Se ha mencionado también que

la indeterminación radica en el modo, tiempo y lugar de llevarlos a cabo. La asociación ilícita requiere pluralidad de planes delictivos y no meramente pluralidad de delitos, que pueden ser independientes entre sí aunque similares en su finalidad, de modo tal que pueda presumirse la confabulación exigida por el artº 210 del Cód. Penal.

O *artículo 210 bis* do mesmo diploma legal prescrevem as características de possíveis elementos que podem compor uma ação delituosa. Com a conjugação de dois ou mais elementos descritos, o legislador argentino previu a ocorrência da associação ilícita qualificada, sendo penalizada com maior severidade:

Art. 210 bis. - Se impondrá reclusión o prisión de cinco a veinte años al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que ella reúna por lo menos dos de las siguientes características:

- a) Estar integrada por diez o más individuos;
- b) Poseer una organización militar o de tipo militar;
- c) Tener estructura celular;
- d) Disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo;
- e) Operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país;
- f) Estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad;
- g) Tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior;
- h) Recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos.

Assim, o injusto de agremiação criminosa na Argentina ocorre com a ocorrência de duas ou mais características tipificadas no artículo 210 bis, caracterizando o agravamento da associação. Nesse sentido, entende-se que o ordenamento jurídico argentino alberga com maior amplitude as ações de delitos organizados, imputando uma responsabilidade penal mais severa aos agentes que o ordenamento brasileiro.

2 AGENTE INFILTRADO: CONCEITO E UTILIZAÇÃO DESTA TÉCNICA

O Brasil tem buscado por meio do seu ordenamento jurídico criar mecanismos que possibilitem tornar mais eficiente o aparelho estatal para o enfrentamento do crime organizado. Entre estes mecanismos que a lei disponibiliza, está a figura do agente infiltrado. Esta técnica permitirá, em determinados casos que o Estado aplique, como determina a norma jurídica, este recurso tanto no que se refere ao crime organizado dentro do País, mas também no enfrentamento ao crime organizado transnacional.

Os elementos caracterizados do crime organizado podem ser definidos por alguns elementos de sua constituição, tais como a estrutura hierarquizada, atividades ilícitas para obtenção de ganhos financeiros, caráter estruturado e permanente para a prática de ilícitos, bem como o emprego da violência e coação. Nesse sentido, Ochoa (2006, p. 56) indica:

En un sentido estricto, desde una perspectiva funcionalista, la delincuencia organizada es la que se realiza a través de un grupo o asociación criminal revestido de las siguientes características: carácter estructurado, permanente, auto renovable, jerarquizado, destinado a lucrarse con bienes y servicios ilegales; empleando la disciplina y la coacción en relación con sus miembros y toda clase de medios frente a terceros, con el propósito de alcanzar sus objetivos.

Assim, a Lei n.º 9034/95 vem regular as ações que buscam combater tais atividades delituosas. No inciso V do artigo 2.º aborda a previsão da técnica da infiltração de agente de polícia ou de inteligência, como um dos procedimentos de investigação e colheita de provas. Este procedimento de investigação ocorre por meio de órgãos especializados e competentes, mediante autorização judicial.

O mecanismo da infiltração de agente de polícia ou de inteligência, que dispõe a Lei n.º 9034/95, também encontra previsão legal na Convenção das Nações Unidas como mecanismo de combate ao crime organizado transnacional. O Brasil, ao recepcionar a Convenção das Nações Unidas, por força do Decreto n.º 5015/2004, assume a obrigação de utilizar todos os mecanismos disponíveis em lei, entre eles a infiltração de agentes de polícia ou de inteligência.

Neste sentido leciona Dezem (2010, p. 157) que “a técnica da infiltração de agentes de polícia ou de inteligência constitui-se em obrigação assumida pelo Brasil internacionalmente por meio do Decreto n. 5.015/2004, que Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional”.

O artigo. 20,1, da aludida Convenção traz a regulamentação das técnicas especiais de investigação, que indica dentre outros mecanismos de investigação permitidos pela lei nacional, indica a infiltração do agente como modalidade de investigação.

Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado-Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada.

O agente infiltrado deve ser um servidor público, não podendo ser um informante qualquer, que não esteja subordinado aos ditames do exercício público. Deste modo, não cabe a um particular a figura do agente infiltrado. Esta tarefa de agente infiltrado será apenas de um funcionário da polícia que terá sua identidade, preservada e falseada, enquanto estiver na operação de agente infiltrado. Este funcionário deverá estar exercendo suas atividades, junto ao seu órgão, pois nesta operação o agente público está amparado pelo Estado, visto que este é um representante do mesmo.

Consoante este entendimento, lecionam Conserino, Vasconcelos e Magno (2011, p. 82):

A infiltração de particular. Não há previsão legal para isso. A infiltração de “gansos” ou “informantes”, civis que trabalham esporadicamente para a polícia, sem qualquer hierarquia funcional, também é vedada e quem assim proceder responderá pelas consequências de seu ato, certo, ainda, que a prova amealhada nessas circunstâncias não será considerada válida e lícita.

Barbosa (2008) atribuíu à técnica do agente infiltrado uma medida de eficácia para combater o crime organizado. O agente infiltrado tem sua identidade preservada, para poder, dentro da organização criminosa, descobrir delitos, verificar a ideologia ou ação da organização e seus chefes.

El agente encubierto ES uma de lãs medidas de mayor eficácia em La lucha contra La criminalidad organizada, es un instrumento caracterizado por La infiltración de miembros de lãs fuerzas de seguridad en lãs organizaciones criminales, quienes ocultan su autentica

identidad con el propósito de detectar y perseguir delitos. Del mismo modo, este tipo de medidas buscan la verificación de ideólogos y dirigentes de tales organizaciones (BARBOSA, 2008, p.90).

Pacheco (2007, p. 109) apresenta como conceito de agente infiltrado “o funcionário da polícia que, falseando sua identidade, penetra no âmago da organização criminosa para obter informações e, dessa forma desmantelá-la”. Verificam-se aqui os requisitos formais, ao menos em primeiro plano, já declinados acima, para a caracterização subjetiva do agente a ser infiltrado na organização criminosa.

O agente infiltrado tem por objetivo buscar informações e descobrir as atividades ilícitas que determinada organização criminosa exerce, com a finalidade de serem utilizadas como elemento probatório. A Convenção das Nações Unidas delega esta atividade ao infiltrado, salientando a observância no que se refere ao respeito às garantias e princípios fundamentais de cada Estado. Prevê ainda que as técnicas declinadas pela Convenção que ora tratamos, possui o condão de combater a corrupção que se infiltra no seio da máquina estatal, servindo assim as aludidas técnicas como meio de prova contra esta prática.

La actividad del agente encubierto está dirigida a tareas de información y verificación de las actividades criminales, para de tal forma descubrir los delitos y garantizar los elementos probatorios. Al respecto, la Convención de Naciones Unidas contra el crimen organizado de 2000, y la Convención contra la Corrupción de 2003, prevén que en atención con los principios y garantías fundamentales previstas en los ordenamientos de los Estados, el reconocimiento de las técnicas especiales de investigación como las operaciones encubierto. La Convención contra la corrupción señala que los Estados tomarán las medidas necesarias para posibilitar la admisión de las pruebas emanadas de dicha técnica (BARBOSA, 2008, p. 90).

Nesse sentido, buscar-se-á caracterizar de modo completo os requisitos necessários à eficácia desta técnica investigativa no tópico seguinte, uma vez que deve-se respeitar as garantias previstas na Constituição Federal, sob pena de se incorrer na formação de provas ilícitas, sem nenhum valor para o processo.

2.1 Requisitos necessários para a eficácia do agente de infiltração

Para que o instituto do agente infiltrado possa encontrar legitimidade, é necessário que se observe a lei que disciplina este instrumento. Sendo assim, a norma determina que haja circunstanciada autorização judicial. O juiz deverá indicar o que o levou a deferir a favor da necessidade da utilização da infiltração. Esta motivação está presente no princípio da motivação das decisões, prevista no Código de Processo Penal brasileiro e argentino, em que determina que todos os atos praticados pelo magistrado têm que ser por ele, justificados e fundamentados.

Portanto, as circunstâncias em que se operará o instrumento da infiltração, qual será o grupo atingido pela infiltração, qual será o tempo de operação, e em que circunscrição territorial irá abranger a operação do agente infiltrado, tudo deve ser previamente estabelecido pela autoridade competente.

No mesmo diapasão, Guilherme Madeira Dezem leciona:

Em verdade, ao determinar que a autorização seja circunstanciada, deve o magistrado indicar os motivos pelos quais derefe a infiltração policial. Da mesma forma, deve indicar as circunstancias em que se desenvolverá tal infiltração, vale dizer: em qual grupo criminoso

será feita a infiltração, por quanto tempo perdurará a infiltração, qual a extensão territorial da atividade desenvolvida pelo agente infiltrado, entre outras medidas (DEZEM, 2010, p. 158).

No mesmo sentido, Conserino, Vasconcelos e Magno trazem à baila os requisitos que necessitam estar presentes ao se determinar uma infiltração policial ou de agentes de inteligência. A relação declinada pelo autor em questão indica todos os elementos caracterizadores da subjetividade permitida pela lei à mobilização do agente infiltrado:

- a) Prévia autorização judicial circunstanciada e detalhada impondo, pelo menos, limite de duração razoável da infiltração, com algumas diretrizes de formalidades a serem seguidas. Note que são diretrizes e não determinação, até porque é o agente infiltrado que tem a técnica para realizar a infiltração, cabendo ao Poder Judiciário a análise jurídica sobre o tema.
- b) Os atos típicos da organização criminosa hão de estar em curso para que sobrevenha a infiltração, sob pena de, não estando em curso, o agente infiltrado passe a funcionar como instigador ou induzidor do crime, produzindo, pois, a figura do flagrante preparado e evando de nulidade a prova colhida. Aliás, também passaria a funcionar como integrante da organização criminosa na realização de seus atos típicos.
- c) Demonstração da necessidade da infiltração, ou seja, demonstração de que a prova obtida com a infiltração não seria obtida com nenhuma outra medida.
- d) Observância ao princípio da proporcionalidade.
- e) Sigilo absoluto, objetivando, primordialmente, assegurar o sucesso da diligência e a segurança do infiltrado (CONSERINO, 2011, p. 82)

Os ritos procedimentais da infiltração policial ou por agente de inteligência, foram regulamentados por analogia, pela Lei n.º 9.296/966 que regula a interceptação telefônica, uma vez que não havia um procedimento próprio para o instituto da infiltração. Nesse momento, a técnica em estudo dispunha de suporte jurídico superficial, sem contar que sequer dispunha acerca da proteção à integridade ou da responsabilidade penal do agente.

O requerimento da infiltração poderá ser realizado *ex officio* de uma autoridade policial, de Promotor de Justiça ou Procurador da República. No caso do pedido se manifestar por uma autoridade policial, o Ministério Público deverá ser comunicado. O poder judiciário deverá a cada quinze dias, tomar ciência de como está procedendo infiltração e como a organização criminosa está atuando.

2.2 Responsabilidade penal do agente infiltrado

A Lei n.º 9034/95 não traz qualquer previsão a cerca da atuação do agente infiltrado, ficando com a doutrina a responsabilidade por discorrer sobre este entendimento. Neste sentido, surgem duas correntes contrárias: uma defende que o agente deverá ser responsabilizado por seus atos ilícitos cometidos durante a infiltração, por não haver previsão de excludente de ilicitude destes atos ilícitos; outra, pugna pela total exclusão de sanção aos ilícitos produzidos pelo agente infiltrado.

Segundo Rocha (2002), Luiz Flávio Gomes mostra-se decididamente favorável à responsabilização do agente infiltrado pelas condutas delituosas praticadas, uma vez que a legislação nacional não contempla nenhuma excludente de criminalidade. Por sua vez, Pacheco (2007), entende que Issac Sabbá Guimarães trilha por mesmo entendimento, sem apresentar nenhum conflito.

Posicionamento diverso é apresentado por Rocha (2002), ao afirmar que as correntes divergentes podem ser manifestadas no ordenamento brasileiro. Para o autor, a responsabilidade do agente poderá ser de escusa absolutória, segundo a qual o agente comete o crime mas a penalização da conduta não ocorre por razões de política criminal. Esse posicionamento não é

aproveitado pelos copartícipes da conduta delitiva que pertencem a organização criminosa, tendo por fundamento o caráter subjetivo da exclusão da sanção. Há outra linha de pensamento do autor na qual beneficia aos copartícipes, retirando inclusive a pena ao se considerar como exclusão da ilicitude ou culpabilidade, o caráter do estrito cumprimento do dever legal, ou ainda do exercício regular de direito, ou da obediência à ordem hierárquica não manifestamente ilegal.

Capez (2006) esclarece que o agente é sempre responsável pelos crimes que vier a praticar, por não haver permissivo legal para ampará-lo. Entretanto, o autor defende que a conduta do agente poderá ser considerada atípica quando realizada em consonância com o princípio da proporcionalidade e da adequação social; neste sentido, exclui a materialidade do crime. Alegando o estado de necessidade a sanção poderá ser afastada, ao se pesar que o bem jurídico lesado, e o benefício de desmantelamento de uma organização criminosa torna-se evidente, que o valor do bem jurídico lesionado torna-se menor.

2.3 A infiltração de agentes no ordenamento jurídico argentino

A Lei n.º 24.424, de janeiro de 1995, que veio alterar a Lei n.º 23.737, que regulamenta a técnica do agente infiltrado no ordenamento jurídico argentino, incluiu novos dispositivos. De acordo com o artigo 6º (que insere o artigo 31 bis à Lei n.º 23.737), só poderá utilizar a técnica do agente infiltrado no curso de uma investigação e com o objetivo de comprovar o cometimento de crimes previstos no texto desta lei em estudo, ou os delitos previstos no artigo 866 do Código Aduaneiro.

A lei Argentina somente permite o procedimento do agente infiltrado quando já há uma investigação em curso, não podendo utilizar-se deste recurso para se iniciar um procedimento penal.

Como no Brasil, a infiltração na argentina deve ser autorizada previamente por um magistrado, e, quando infiltrado, o agente terá que imediatamente levar as informações da sua investigação ao juízo que o autorizou, nos termos do artigo 6º da Lei n.º 24.424 (artigo 31 bis da Lei n.º 23.737).

O ordenamento jurídico da Argentina se aproxima da legislação brasileira, ao não permitir que o infiltrado seja um particular, ou seja, um sujeito estranho ao serviço público, que não seja um indivíduo ocupante dos quadros das forças de segurança pública daquele País. De acordo com a Lei n.º 24.424, o agente infiltrado deve ser um “agente de las fuesas de seguridad em actividad”. Desta forma, exclui-se a possibilidade de o agente infiltrado ser das forças policiais da Polícia Federal argentina e polícias provinciais.

Diferente do diploma brasileiro, que é omissivo no que concerne aos delitos cometidos por agentes infiltrados no curso da operação, a norma argentina optou por criar uma hipótese de escusa absolutória, para isentar o agente infiltrado de responsabilidade sobre os delitos que venha cometer durante o tempo da infiltração. A lei Argentina prevê que não serão punidos os delitos necessários para que se desenvolva a infiltração, desde que sejam consequências necessárias da atuação do agente, e que o agente tenha sido compelido a cometê-los, não tendo lhe restado outra opção. Observa-se que a lei não oferece impunidade absoluta, mas exclui da escusa absolutória os delitos que coloque em risco a vida ou a integridade física de outras pessoas, ou ainda que cause grave sofrimento físico ou moral de terceiros, conforme o artigo 7º da Lei n.º 24.424, que incorpora o artigo 31,3 à lei n.º 23.737.

A Lei n.º 24.424 determina que, nos casos de se utilizar as informações obtidas através da infiltração em juízo, estas informações serão consideradas como elemento probatório e o agente será ouvido como testemunha. Diante desta possibilidade a lei traz uma série de mecanismos de proteção para o agente.

Com o fito de trazer maior segurança ao agente infiltrado, a lei Argentina prescreve em seu artigo 10 que a criminalização da conduta do servidor público que promover a revelação

da operação para terceiros, seja por imprudência, negligência ou inobservância de seus atributos funcionais. Este ponto se distancia do ordenamento jurídico brasileiro, pois este não contempla nem uma previsão legal neste sentido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos delineamentos apresentados, comprova-se que o Estado Brasileiro dispõe de mecanismos jurídicos e de investigação diferenciados para realizar o enfrentamento do crime organizado, bem como dispõe da técnica de infiltração de policiais ou de agentes de Inteligência. Há certa aproximação entre a legislação brasileira e a legislação Argentina sobre esta técnica. Entretanto, o ordenamento jurídico argentino apresenta duas iniciativas legislativas que protegem o agente encubierto, afastando a punibilidade do agente infiltrado pelos crimes necessários praticados durante a infiltração e a punição de agentes públicos que denunciam a condição de encubierto de um agente, ainda que de modo culposos.

É preciso empreender esforços concentrados para se desarticular o crime organizado, que tem feito os cidadãos brasileiro e argentino reféns do medo. Vive-se nas grandes cidades em casas transformadas em trincheiras, abrigando os cidadãos e familiares, enquanto a criminalidade organizada suga os recursos do Estado, aumentando ainda mais o grupo de excluídos dos benefícios coletivos conquistados pela sociedade.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Paula Andrea Ramírez. Nuevas tendencias político-criminales em La lucha contra La criminalidad organizada. El modelo de Colombia em este âmbito. In: CALLEGARI, André Luís; MELIÁ, Manuel Câncio; BARBOSA, Paula Andrea Ramírez. **Crime organizado**: tipicidade, política criminal, investigação e processo: Brasil, Espanha e Colômbia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- CAPEZ, Fernando. **Legislação Penal Especial**: juizados especiais criminais: interceptação telefônica: crime organizado: tóxicos. 5. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, v. 4: legislação penal especial. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CONSERINO, Cassio Roberto; VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho; MAGNO, Levy Emanuel (org.). **Crime organizado e institutos correlatos**. (Série legislação penal especial). São Paulo: Atlas, 2001.
- D’ALESSIO, Andres José. **Código Penal**: comentado y anotado: parte especial (arts. 79 a 306). Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2004.
- GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado**: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9034/95) e político criminal. 2. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES, Luiz Flavio; CERVINI, Raul. **Crime organizado**: enfoques criminológico, jurídico-criminal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997a.
- LAVORENTI, Wilson; SILVA, José Geraldo da. **Crime organizado na atualidade**. Campinas: Bookseller, 2000.
- MARCOS, Fernando Bermejo. La globalización del crimen organizado. **Eguzkilore – Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología**, n. 23, San Sebastián, Diciembre 2009: p. 99 – 115. Disponível em: <http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/boletin_revista/eguzkilore_23_homenaje_ab/es_eguzki23/adjuntos/10-Bermejo.indd.pdf>. Acesso em: 5.fev.2012.

MAIEROVITCH, Walter Franganiello. **As associações mafiosas**. RCEJ. Brasília, v. 1, n. 2, p. 101-107, mai./ago.1997.

MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998.

OCHOA, Ramón De La Cruz. **Crimen Organizado**: delitos más frecuentes – aspectos criminológicos e penales. Granada: [s/l], 2006.

PACHECO, Rafael. **Crime organizado**: medidas de controle e infiltração policial. Curitiba: Juruá, 2007.

RINALDI, Stanislao. Criminalidade organizada de tipo mafioso e poder político na Itália. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 22, p. 11-25, abr./jun. 1998.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. Agente Infiltrado: inovação da Lei nº 10.217/2001. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, ano 3, nº 5, p. 49-68, jan./abr.2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 42, p. 214-224, jan./mar. 2003

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalización y crimen organizado. **Revista Pensamiento Penal**, ed. 117, Rio Negro, 2007. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/01022011/doctrina01.pdf>>. Acesso em: 5.fev.2012.

ANALYSIS OF BRAZILIAN AND ARGENTINEAN LAWS REGARDING THE INVESTIGATIVE TECHNIQUE NAMED INFILTRATED AGENT/ENCUBIERTO

Abstract: This paper focuses on the elements of investigation launched by the Laws 9.034/95 and 10.217/01, in Brazil, and the Laws 24,424/95 and 23,737/89, in Argentina, which deal specifically with the investigative technique against organized crime called infiltrated agent. There is some similarity between the laws of Brazil and Argentina about this technique. However, the Argentine legal system has two legislative initiatives that protect the infiltrated agent, eliminating the punishment of crimes practiced by the infiltrated agent during infiltration and punishment of officials who denounce the condition of an infiltrated agent, even if guilty.

Keywords: Organized Crime. Investigative mechanisms. Infiltrated agent. Brazil. Argentina.

A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO CONSTITUCIONAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Paulo Bruno Rodrigues Domingos

Concludente do curso de Especialização em Direito Processual (FA7). Advogado.

adv.paulobruno@gmail.com

Sumário: Introdução. 1. Do Surgimento do controle de constitucionalidade. 2. Do controle abstrato de constitucionalidade. 3. Do controle difuso de constitucionalidade. 4. Os efeitos da súmula vinculante. 5. O controle difuso-incidental e sua “abstrativização”. Considerações finais. Referências.

Resumo: Diante do julgamento do Mandado de Injunção 4335-5 AC, o ministro relator Gilmar Ferreira Mendes propôs que fosse dada a sua decisão os efeitos vinculantes. Com isso abriu-se a discussão da possibilidade de utilizar no sistema de Controle Constitucional Difuso os mesmos efeitos gerados pelas decisões do Controle Concentrado Constitucional, cuja lei específica regulamenta prevê tais efeitos. Argumenta-se sobre esta possibilidade como forma de agilizar o sistema judiciário brasileiro. Diante disto é que surge na doutrina o questionamento sobre a aceitação ou não deste novo instituto no Direito Constitucional Brasileiro.

Palavras chave: Controle Constitucional. Controle Concentrado. Controle Difuso. Abstrativização.

INTRODUÇÃO

É cediço que a Carta Política brasileira possui uma rigidez no que tange à modificação de suas normas, que foram construídas pelo legislador constituinte originário para que a ideia defendida pelo Estado Democrático de Direito não fosse passível de modificações pelo simples alvedrio do legislador constituinte secundário, bem como chega a possuir cláusulas pétreas. Para tanto, formulou-se um processo diferenciado de reforma constitucional garantindo, assim, a efetividade desta rigidez.

A Constituição Federal de 1988 trouxe positivada duas formas de controle de constitucionalidade, e por tal motivo é considerada, já que mesclou dois sistemas de controle criados por ordenamentos jurídicos diferentes.

Ocorre que a Constituição Brasileira, ao incluir em seu ordenamento jurídico estes sistemas, já o fez definindo as suas diferenças e traçando o procedimento adequado quando do questionamento de inconstitucionalidade por um ou outro sistema.

Dentre estes quesitos, quando falar-se de Controle Difuso de Constitucionalidade, encontra-se a necessidade do envio de uma mensagem ao Senado Federal para que este suspenda a execução da norma, como afirma o art. 52, X da Lei Maior.

Porém, diante das teorias constitucionais contemporâneas, o Supremo Tribunal Federal tem tentado cada vez mais expurgar este requisito e proferido em sede de Controle Difuso, os efeitos típicos do Controle Abstrato.

Com isso, surge a “abstrativização do Controle Difuso”, bastante defendida pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Sua argumentação baseia-se na possibilidade de modificar a Constituição Federal apenas com a simples interpretação da norma.

Sob este prisma, começa-se a discutir acerca do tema para demonstrar de forma humilde alguns aspectos julgados relevantes, bem como as críticas necessárias.

A compreensão das implicações que o referido tema trará ao ordenamento jurídico brasileiro mostra-se de total relevância, uma vez que é através deste debate que se conseguirá sedimentar a ideia.

Somente através da exposição dos argumentos que defendem a tese, bem como os contrários ao seu uso é que possibilitarão ao leitor formar seu próprio juízo sobre o tema. É com este desejo que se tentará discutir acerca do assunto.

Perfazendo uma análise superficial do tema escrito, tentar-se-á responder aos seguintes questionamentos:

- Como e quais são os Controles de Constitucionalidade adotados pela Constituição Federal do Brasil?
- Em que consiste a Teoria da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade?
- Quais as consequências jurídicas da utilização desta teoria?

1 DO SURGIMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Diante do poder emanado pelo constitucionalismo e suas derivações, que decorrem da transformação das intenções populares em lei, qual seja, a Constituição, é necessário que se tenha em mente uma forma de proteger o poder supremo da constituição enquanto norma maior de um estado.

Destarte, o próprio poder constituinte originário formula mecanismos de controlar e deter qualquer outra norma que, ao entrar em conflito com a Lei Maior, seja afastada de forma plena. Com muita propriedade, o douto Pedro Lenza (2004, p.83) mostra que:

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

Foi a partir desse pensamento que começou a se desenvolver o sistema de controle de constitucionalidade, pois, para que pudesse se combater um afronta à Constituição, precisaria de procedimentos também já positivados que definissem o rito, como bem apregoa o Estado Democrático de Direito.

Nesta perspectiva, criaram-se dois mecanismos de controle das leis infraconstitucionais. De um lado, foi originado o sistema de controle a partir do caso concreto, utilizado pela jurisdição norte-americana; e de outro, o controle feito na lei ainda em tese nascido no sistema austríaco.

Foi no célebre caso *Marbury versus Madison* que a Corte americana utilizou-se da interpretação para mostrar se havia ou não confronto entre a lei e a Constituição. Ocorre que a jurisdição norte-americana é baseada em um sistema consuetudinário, ou seja, o *common law*, isso implica afirmar que somente após o caso concreto é que se diz o direito. Portanto, neste sistema, o direito vem por interpretação dos fatos e dos costumes.

Dai é que se fala que o controle de constitucionalidade é concreto; por assim dizer, só é feita a análise de inconstitucionalidade no caso concreto.

Ao revés, Hans Kelsen desenvolveu a sua teoria da norma hipotética fundamental e a implantou no sistema austríaco. Sua ideia era a de que sendo a Constituição a lei maior de um país, ela não poderia estar em conflito com nenhuma lei que lhe fosse inferior. No entanto, na Áustria, o sistema jurisdicional é o *civil law*; a saber, a lei nasce antes dos fatos. Neste sistema, a lei é formada para ser aplicada ao caso concreto, então há um ordenamento jurídico pré-existente.

Assim, a análise que ele propôs seria um estudo da lei em tese, antes de ser aplicada, pois caso fosse entendido pela Tribunal Austríaco que a lei estivesse em conflito com a Constituição, aquela era de plano afastada, ou seja, não poderia ser usada no caso concreto. Dai é que se intitulou o sistema austríaco em controle de constitucionalidade abstrato.

Outra diferença destes dois controles é que no modelo norte-americano todo o poder judiciário pode fazer a análise e proferir seu entendimento pelo inconstitucionalidade, afastando a norma no caso concreto. Já no modelo austríaco, somente o Tribunal Constitucional tem poder para declarar a não conformidade da lei com a constituição e, por consequência, afastar a norma do ordenamento.

No Brasil, desde a Constituição de 1896, o controle de constitucionalidade foi usado positivado na Lei Maior.

Atualmente a Constituição brasileira possui um modelo ímpar de controle, pois há a possibilidade de se exercer os dois controles, quais sejam o controle em abstrato e o controle concreto.

3 DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

Portanto, o sistema jurisdicional brasileiro pode, em qualquer grau de jurisdição, declarar a inconstitucionalidade de uma norma para não aplicá-la ao caso concreto, como também pode o Supremo Tribunal Federal analisar uma norma em tese e proferir sua inconstitucionalidade.

Insta salientar que o termo inconstitucionalidade é apenas o gênero das normas que estão em desconformidade com a constituição.

Desta forma, inconstitucional é toda a norma que direta ou indiretamente apregoa aquilo que é inverso ao que está descrito na lei maior. Assim, ao fazer uma análise da lei, deve-se ter a ciência de que se for fazer uso da norma estará afastando o uso da constituição.

É por tal motivo que se diz que a inconstitucionalidade é apenas o gênero, pois diante do explanado tem-se vários desdobramentos, a saber: a inconstitucionalidade total ou parcial; por ação ou por omissão; material ou formal; originária ou superveniente.

O que se demonstra é que o controle de constitucionalidade se dá na norma como um todo, desde a sua criação, como se argui quando do sistema de votação escolhido até a interpretação que deverá se ter da norma para que esta não perca sua eficácia.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 102, I a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Tal ação tem uma lei específica (Lei nº 9.868/99), que define os legitimados ativos, possibilidade de medida liminar, bem como os efeitos da sentença transitada em julgado, assim descrito:

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Ocorre que, como definido na própria Lei nº 9.868/99, a sentença de uma ADI após sua publicação, produzirá efeitos vinculantes e *erga omnes*, isso implica dizer que a partir daquela sentença, a norma será afastada do ordenamento jurídico e não poderá ser mais usada.

É sob este ângulo que se diz vinculante, pois tal sentença vincula todo o sistema jurídico, uma vez que a norma atacada não mais servirá como defesa. E, portanto, não poderá ser questão de discussão, ou seja, o efeito é para todos (*erga omnes*).

Há que se falar também do efeito *ex tunc*, pois na ADI o que se questiona é uma afronta de uma lei inferior à Constituição. Assim, analisados os fatos e proferida a decisão que torna a norma inconstitucional, esta deverá ser retirada do mundo jurídico bem como todos os seus desdobramentos.

Entende-se que, se a norma é considerada inconstitucional, esta jamais deveria existir, sendo assim todos os atos praticados a partir de interpretação da norma também não existirão, uma vez que desde sua origem esta já continha vício e não poderia em tempo algum sobreviver divergindo com a Carta Política, o que se chama de efeito *ex tunc*.

3 DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Por outro lado, influenciado pela Constituição Norte-Americana, o Brasil adotou o sistema de controle de constitucionalidade difuso onde, a partir do questionamento em um caso concreto, o Poder Judiciário poderá analisar a questão e proferir uma sentença de inconstitucionalidade e, assim, afastar a norma para o referido caso apreciado.

Cumpra esclarecer que este controle foi criado nos Estados Unidos da América por consequência da falta de confiança que existia entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, haja vista, que antes de sua proclamação como república, o povo norte-americano estava sujeito à legislação de sua metrópole e sua Suprema Corte era tipicamente política, sendo os cargos escolhidos pelo Executivo, o que de certa forma fazia com que suas decisões fossem tendenciosas.

Após a união das 13 Colônias e a sua transformação em República, o Poder Judiciário teve, dentre as suas atividades, a possibilidade de analisar as leis infraconstitucionais, como foi abordado anteriormente quando falou-se no famoso caso *Marbury versus Madison*, que iniciou esta prática no referido país.

Este sistema norte-americano baseia-se na possibilidade do controle ser difundido em todo o Poder Judiciário, possibilitando ao magistrado fazer sua própria interpretação constitucional da lei atacada e, mediante devida fundamentação, julgar uma norma inconstitucional.

Como neste sistema o magistrado tem o poder de proferir a inconstitucionalidade de uma lei, diz-se que o sistema é difuso.

Tal controle ou fiscalização se dá ao propor um incidente de inconstitucionalidade em sede de recurso na segunda instância ou como preliminar da petição inicial da ação proposta.

Então, o juiz será responsável pela apreciação do questionamento levantado, proferindo seu entendimento interpretativo na decisão. Tal discussão poderá ser levada até o Supremo Tribunal Federal através de um Recurso Extraordinário.

No que concerne aos efeitos produzidos pela sentença, estes serão apenas *inter partes* e *ex nunc*. Ou seja, é dado a este controle incidental em caso concreto o efeito vinculante apenas aqueles que compõem o lide, bem como seus efeitos só passarão a vigorar no momento da decisão em diante.

4 OS EFEITOS DA SÚMULA VINCULANTE

Com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, muito conhecida como a reforma do judiciário, esta inovou modificando alguns institutos dispostos na Constituição Federal por força do poder constituinte secundário.

Na nova redação dada pela referida emenda o artigo 103-A criou a possibilidade de criação de súmulas com efeitos vinculantes em matérias com reiterados julgados da mesma matéria constitucional.

Essa positivação foi mais uma norma que apenas regulamentou o que já havia se tornado prática. Sob a argumentação de uniformização de entendimentos acerca de matéria constitucional, criou-se esta possibilidade do Supremo Tribunal Federal sumular seu entendimento com efeitos vinculantes para que não houvessem sentenças divergentes sobre a mesma matéria e por consequência sua subida até a última instância, uma vez que já tinha se tornado e notória a posição do STF.

É necessário lembrar que na aprovação da súmula vinculante, por votação qualificada, a referida súmula é criada com forma de lei e deverá ser usada tanto no âmbito do Poder Judiciário como pela Administração Pública.

Urge salientar que muito embora a súmula vinculante limite as sentenças dos juízes em determinadas matérias, nada impede que o magistrado – que, no caso concreto, analisando os fatos, entenda que sua aplicação não será de um todo constitucional – afaste sua aplicação e de forma bem fundamentada, demonstre que para o caso por ele analisado os requisitos não são de um todo semelhantes ao que aborda a súmula.

Após tecer estas breves considerações sobre os efeitos da súmula vinculante, passa-se agora a construir um posição sobre a abstrativização do controle difuso-incidental, demonstrando seus efeitos e as devidas opiniões.

5 O CONTROLE DIFUSO-INCIDENTAL E SUA “ABSTRATIVIZAÇÃO”

Como já exposto anteriormente, o controle difuso-incidental dá-se por meio de questionamento da constitucionalidade de uma norma aplicada em um caso concreto, onde o juiz *a quo* deverá se manifestar e decidir pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma questionada.

Por meio do sistema processual brasileiro, este questionamento poderá chegar até o Supremo Tribunal Federal e este proferir, em última instância, a decisão sobre a constitucionalidade ou não da norma.

Ocorre que como já escrito, os efeitos desta decisão proferida pela Suprema Corte brasileira só gera efeitos entre os litigantes no referido processo, devendo a decisão de inconstitucionalidade ser respeitada dali em diante, ou seja, serão válidos todos os efeitos que a lei produziu antes da sua arguição de constitucionalidade.

Para esta situação, a Constituição Federal (art. 52, X) prevê que após mensagem enviada à mesa do Senado Federal esclarecendo os motivos pelos quais foi declarada uma norma inconstitucional, compete ao Senado suspender a execução da lei declarada inconstitucional.

Fazendo-se apenas uma leitura e análise superficial do artigo acima citado, percebe-se que a possibilidade de suspensão da execução de uma lei é função privativa do Senado Federal.

Porém, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, ao proferir seu voto como relator do Mandado de Injunção 4335-5/AC defendeu a tese de que o STF ao proferir decisão de inconstitucionalidade em sede de controle difuso-incidental, poderia a própria Corte declarar a inconstitucionalidade da lei com efeitos *erga omnes*. Fazendo com que coubesse ao Senado Federal apenas dar publicidade da decisão tomada pela Suprema Corte.

Seguindo o voto do relator, o ministro Eros Grau proferiu seu voto-vista defendendo o mesmo pensamento do Ministro Gilmar Mendes e reiterou que existe a possibilidade de tornar vinculante os efeitos de uma decisão tomada em controle difuso sem a expressa declaração pelo Senado Federal.

Esta tendência já foi anteriormente utilizada pelo Ministro Gilmar Mendes, que defende esta abstrativização do questionamento, que por assim dizer seria uma transcendência do questionamento exposto, o que permitiria julgar a norma objetivamente em defesa da Constituição Federal, como pode-se perceber no julgamento do Processo Administrativo 318.715:

O recurso extraordinário ‘deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional [...]

A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato - não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos.

É clara a intenção do Ministro Gilmar Mendes de defender um controle de constitucionalidade totalmente exclusivo do Supremo Tribunal Federal. Em que pese o ministro argumentar que o interesse maior é a preservação da ordem constitucional, esta também não pode ser feita fora dos limites estabelecidos pelo próprio legislador constituinte originário.

Foi neste sentido que começou a discussão acerca deste tema, que o professor Fredie Didier (2007, p.105) chamou de “abstrativização do controle difuso”. Quis o referido professor explicar que o que poderia ocorrer era a aplicação dos efeitos do controle concentrado de constitucionalidade no controle difuso.

Para tanto, deve-se mostrar qual o sentido da palavra “abstrato” neste contexto. Esta deve ser entendida como a aplicação dos conceitos e noções utilizado no Controle de Constitucionalidade Abstrato, pois defende o Ministro Gilmar Mendes, seguido pelo Ministro Eros Grau, que a simples apreciação e votação sobre a inconstitucionalidade de uma norma em sede de Recurso Extraordinário poderia gerar os mesmos efeitos descritos no controle concentrado.

Tal afirmação pode ser vista em transcrição do voto no Ministro Eros Grau na Rcl 4335-5/AC, no qual o douto ministro sugere a modificação do texto constitucional, abaixo transcrito:

...passamos em verdade de um texto [pelo qual] compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, a outro texto: “compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo. (grifo nosso)

Este argumento foi chamado pelo Ministro Gilmar Mendes de mutação constitucional, que em resumo seria a mudança na interpretação do texto constitucional para que se adequasse a um novo conceito ou prática constitucional, sem contudo, modificar o texto por via de emenda.

Clara está a impossibilidade desta modificação, haja vista que se isto ocorrer, será uma afronta direta aos princípios do Estado Democrático de Direito. Frise-se, é primordial no Estado de Direito que as normas sejam as regras que irão nortear todo e qualquer ato, pois como afirma o Joaquim José Gomes Canotilho, o surgimento do Estado de Direito cria o que ele intitulou de “Império do Direito”.

É fato dizer que diante do Constitucionalismo materializado na Constituição Federal, cabe ao Estado seguir as normas criadas pelo poder constituinte originário. Portanto, não se vislumbra a possibilidade do Supremo Tribunal Federal alçar-se de uma função privativa, frise-se, do Senado da República, por simples entendimento de que ao proferir uma decisão esta não precisará de maiores procedimentos para ser acatada por todos.

Em recente artigo publicado pelo professor Martônio Mont’Alverne Barreto Lima (2007, p.7) em conjunto com outros professores foi exposta sua opinião com uma severa crítica a esta posição do Supremo Tribunal Federal de expandir os limites impostos pela própria Lei Maior brasileira, consoante o seguinte trecho:

Como se não bastasse reduzir a competência do Senado Federal a de um órgão de imprensa, há também uma consequência grave para o sistema de direitos e de garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Percebe-se que os argumentos utilizados pelo professor são de grande importância e vão diretamente de encontro ao que aqui foi falado sobre o Estado Democrático de Direito.

O trecho citado revela a preocupação do professor em dar a oportunidade aos interessados para se manifestarem, e assim, respeitarem os direitos e garantias individuais.

Havendo a possibilidade da criação de efeitos vinculantes das decisões do STF em controle difuso sem a participação do Senado Federal, o que ocorrer estará desrespeitando completamente o Princípio da Separação de Poderes, uma vez que, se somente compete, de forma privativa, ao Senado Federal suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, este o faz antes daquele, é inegável a interferência do Poder Judiciário em atividade típica do Poder Legislativo.

Sendo assim, não haveria necessidade da existência do Controle Concentrado de Constitucionalidade, uma vez que havendo uma divergência entre o que está apregoado na Constituição e uma lei infraconstitucional bastaria no caso concreto o Supremo Tribunal Federal deferir a inconstitucionalidade arguida para que esta produzisse efeito contra todos e perdesse sua eficácia.

Demais a mais, é necessário se estabelecer uma diferença entre os dois Controles. No Controle Abstrato de Constitucionalidade, a lei ao ser questionada, esta é feita apenas baseada nos princípios e noções do Direito, não há qualquer interferência prática ainda. Sendo assim, ao se declarar a sua inconstitucionalidade a lei será nula, ou seja, a lei não poderia jamais ter existido em confronto com a Constituição, é sob esta ótica que tem os efeitos vinculantes e contra todos já positivados na lei específica para o Controle Concentrado. Ocorre que, em sede de Controle Difuso, a norma existe, é questionada e somente após a decisão do STF em um caso concreto é

que a norma será desconsiderada para o referido caso, e desta forma, produzirá os efeitos apenas para as partes, retroagindo apenas no caso questionado. Porém, poderá o STF pedir que o Senado Federal estenda estes efeitos, suspendendo a execução da norma, o que é tido como perda de sua eficácia, daí, portanto, existir para este Controle Incidental no efeito *ex nunc*, implicando dizer que até o momento de suspensão a norma estava de acordo com a Constituição Federal.

Esclareça-se que a ideia da “abstrativização” encontra-se cada vez mais forte à medida que o STF profere decisões que impõem sua supremacia. Apenas para efeito didático, passa-se a elencar algumas das decisões proferidas pelo Pretório Excelso:

A Lei adjetiva Civil nº 9.756/98 sofreu alterações que tratavam do impedimento de recurso que contraria súmula ou jurisprudência dominante nas Cortes. Assim não havendo nas razões recursais fundamento baseado em súmula do STF ou STJ ou seu posicionamento majoritário, este recurso não poderia subir.

Outra alteração incluída, mas felizmente já revogada, previa no Regimento Interno do próprio STF a vinculação de suas decisões para as Turmas Recursais da Justiça Federal.

No tocante à própria jurisprudência, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes vem defendendo a utilização da “Teoria da Abstrativização”, como se pode explicar no julgamento apertado de 6 x 5 votos do HC 82.959/99 para conferir eficácia *erga omnes* à pregressão de regime nos Crimes Hediondos; após o julgamento deste remédio constitucional, o Supremo Tribunal Federal vem admitindo Reclamação Constitucional com o fundamento de desrespeito de suas decisões.

Neste caso é que se tem a Rcl 4335/AC já falada anteriormente, onde a Defensoria Pública da União pede a progressão de regime para alguns presos sob o fundamento da Suprema Corte ter considerado inconstitucional o art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos. Novamente, como o Ministro-relator Gilmar Mendes reitera suas aceções do novo sistema constitucional através do direito comparado e entende que deve-se dar eficácia *erga omnes* ao HC 82.959/99.

Atualmente, o referido ministro também tem defendido esta tese em um Mandado de Injunção (MI 732-8) que refere-se ao direito de greve dos servidores públicos civis. Utiliza-se o Ministro Gilmar Mendes da Teoria da Abstrativização e apregoa que a Corte Constitucional deva alçar-se da Teoria Concretista geral para legislar neste caso.

Portanto, pode-se perceber que o Supremo Tribunal Federal cada vez mais abrange suas atribuições e pratica atos que não lhe são próprios.

Considerar que possa existir no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade do Supremo Tribunal Federal proferir decisões com efeitos *erga omnes* sem, contudo, operar com o devido procedimento descrito na própria Carta Política, é regredir na ótica dos princípios do Estado Democrático de Direito, bem como criar um ditadura onde o Poder Judiciário terá atribuições do antigo Poder Moderador.

Desconsiderar a função do Poder Legislativo de declarar a suspensão de uma norma sob a alegação de que o procedimento é apenas mais demorado para se chegar ao mesmo fim é tirar da cúpula de representantes do sistema democrático a anuência do povo das decisões que lhe serão impostas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante destes questionamentos, chega-se diretamente a uma afronta ao Princípio da Separação de Poderes.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal está tentando diminuir suas atividades como Corte Recursal e transformar-se apenas em Corte Constitucional, como já se havia falado nos mecanismos implantados, a exemplo da repercussão geral em Recurso Extraordinário.

Muito embora tenha o Pretório Excelso a boa vontade de dar maior agilidade ao sistema processual, é necessário que esse lembre que suas decisões tem de serem consolidadas em três aspectos: o material, forma e processual.

Assim, é inconcebível admitir que a Suprema Corte brasileira conceda efeitos *erga omnes* pela via de controle difuso, pois se assim o fizer gerará os seguintes três grandes problemas: primeiro, fará com que o Controle Concentrado perda o sentido de existir; segundo, será a sua transformação de “Guardião da Constituição” em poder constituinte perene; e terceiro, estará influenciando totalmente nas funções de legislador que coube ao Poder Legislativo desfazendo o próprio sistema de Separação dos Poderes.

É com este pensamento que conclui-se o presente trabalho, demonstrando que muito embora o constitucionalismo moderno avance no sentido de flexibilizar a rigidez da constituição para que esta sofra mutações ou o Poder Judiciário chame para si funções de outros Poderes, este conceito não poderá se adequar à Constituição Federal de 1988, uma vez que esta não permite que tais mudanças aconteçam, pois foi criada sob os pilares do Estado de Direito, como bem demonstram as cláusulas pétreas. Assim aceitar a Teoria da Abstrativização no sistema jurídico brasileiro é seguir em via inversa a dos princípios constitucionais.

Em suma, a existência de dois meios de Controle de Constitucionalidade demonstram que a incidência de um não pode se sobrepor ao outro, pois estes precisam coexistir. Devendo o STF ater-se apenas em manifestar suas decisões ao que lhe foi pedido.

Espera-se que, através deste pequeno escrito, seja possível contribuir para a informação dos leitores e o despertar de novos estudiosos para aprofundarem o tema.

REFERÊNCIAS

- _____. Supremo Tribunal Federal, **Processo Administrativo 318.715**, Brasília – DF, disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 10.dez.2011;
- _____. Supremo Tribunal Federal, **Reclamação Constitucional 4335-5/AC**, Brasília – DF, disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 10.dez.2011;
- BRASIL. Códigos: Civil, Processo Civil e Constituição Federal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de Direito**. Coimbra Editora, 2003;
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**, São Paulo: Método, 2009.
- MONTEIRO, P. H. D. A Abstrativização do Controle Difuso e o Precedente Vinculante. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, n. 8, p. 228-258, 2009;

CONSTITUTIONAL CONTROL AND ITS CONSEQUENCES IN BRAZILIAN LAW

Abstract: Due to a recent judgement from Brazil's Supreme Court, this article discusses the possibility of applying the same effects of the concentrated constitutional control, as ruled by specific law, on the diffuse constitutional control system.

Keywords: Constitutional Control. Concentrated Control. Diffuse Control. Abstractiveness.

A FALSA LIBERDADE DO CIDADÃO DIANTE DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA

Bruna Lustosa Pellegrini

Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera.
Conciliadora da 14ª Unidade do Juizado Especial Federal de
Fortaleza. Advogada (Unifor) e jornalista (UFC).
Professora tutora da disciplina de Direito Ambiental da Unifor.

Sumário: Introdução. 1. Acesso à justiça. 2. O cidadão a sós
com a justiça. Considerações finais. Referências.

Resumo: Este artigo visa tratar sobre a relação entre o direito fundamental do acesso à justiça, elencado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 e a prerrogativa de liberdade que é dada ao cidadão de impetrar por si próprio uma ação nos Juizados Especiais, nos casos em que o valor da causa não exceda o limite de vinte salários mínimos, sendo dispensada, neste caso, a presença do advogado. Busca-se analisar a fragilidade do discurso da efetivação da justiça sem que se ofereça ao cidadão a real compreensão do seu problema e do direito que lhe assiste, juntamente com a necessidade de um Judiciário consciente de suas funções constitucionais, políticas e sociais. Serão questionadas as causas que obstam a ampliação do acesso do cidadão brasileiro ao Judiciário e a problemática do significado que a concepção jurídica possui diante da comunicação humana dentro de uma realidade que envolve o cidadão comum e os Juizados Especiais, verificando em que medida a linguagem determina a consciência e a compreensão pelo cidadão e em que medida a ideologia do comunicador determina sua linguagem. Tem-se, como objetivo geral, demonstrar que o acesso à Justiça não pode ser entendido simplesmente como o acesso aos tribunais, analisando a capacidade postulatória dada ao popular e o papel do Judiciário numa sociedade despreparada como a brasileira.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Liberdade. Cidadão. Judiciário. Relações de poder.

INTRODUÇÃO

O pensamento jurídico contemporâneo se caracteriza pela luta contra o formalismo e pelo reconhecimento de que a plena compreensão do Direito apenas é possível de maneira concreta e dinâmica. O mundo do Direito não é restrito aos juristas. Aliás, melhor dizendo, a parte mais interessada nos acontecimentos são o autor e o réu, já que a lide envolve direitos e deveres de cada um. Por isso vamos nos deter na análise de um dos princípios fundamentais intrínseco aos direitos humanos, mas que, na prática, é inferiorizado: o princípio do acesso à justiça pelo homem comum.

Os Juizados Especiais são institutos jurídicos que possibilitam ao cidadão buscar e discutir seus direitos na justiça sem, necessariamente, estar acompanhado por advogado. Essa liberalidade, entretanto, faz com que o homem comum se encontre diante de um embate perante

o juiz e a parte contrária, juntamente com seu respectivo advogado, além de se ver cercado por todos os rituais, procedimentos, linguagem técnica e comportamento típicos do âmbito jurídico e que são alheios à sua realidade. Será mesmo que há efetiva defesa jurídica para quem não esteja acompanhado pelo profissional do Direito? Como se sente o homem comum diante dessa sua “liberdade”?

A linguagem se materializa de acordo com a ideologia do grupo em que está inserida, utilizando-se do discurso para firmar sua posição e manutenção do poder num determinado contexto social. Ou seja, o discurso é visto como uma forma de dominação.

É o que acontece com o discurso jurídico, que usa uma linguagem excessivamente técnica e complicada para o homem comum, o destinatário final da justiça. A linguagem técnica impede a compreensão real da mensagem, o cidadão permanece indefeso perante seus direitos e há a perpetuação da concentração do poder do discurso nas mãos dos profissionais do Direito.

Deve o homem ser sujeito da sua história, deve ser capaz de transformar seu meio, e isso só é possível àqueles que estão preparados para influenciarem seu ambiente social, o que ocorre essencialmente através da comunicação.

Por isso, torna-se instigante analisar como se dá o processo de comunicação entre o cidadão e o Poder Judiciário, identificando as principais barreiras enfrentadas pelo homem comum para fazer valer seus direitos perante os tribunais e demonstrando que a melhor comunicabilidade (compreensão real de texto e contexto jurídicos) entre o cidadão e o Judiciário aceleraria o andamento dos processos e estimularia a própria sociedade a buscar participar do processo democrático-informativo, tendo em vista que o próprio objetivo da lei e da sociedade é minimizar o papel do discurso e aumentar a ação social produtiva.

1 ACESSO À JUSTIÇA

O estudo sobre o acesso à justiça deve levar em consideração aspectos que transcendem a visão unicamente jurídica, destacando-se também os aspectos econômico, social, político e educacional. O termo “acesso à justiça” é bastante amplo e, naturalmente, a ele são atribuídas diferentes acepções pela doutrina. Dois desses sentidos adquirem fundamental importância: o primeiro atribui ao significante “justiça” o mesmo sentido e conteúdo que o de Poder Judiciário, e torna sinônimas as expressões acesso à justiça, e acesso ao Judiciário; o segundo compreende o acesso à justiça como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano em sociedade.

No presente estudo, vamos nos deter a este último sentido, ao privilegiar o acesso ao Judiciário juntamente com a busca da justiça social e à ordem jurídica justa, pois sua análise não se esgota no acesso aos órgãos judiciais e nem no próprio universo do direito estatal. Assim, explica Nelson Nery Junior (2002) que “não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio”.

A definição de acesso à justiça elaborada por Mauro Cappelletti (2002, p.8) destaca que:

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. [...] Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo. (grifo original).

Paulo Roberto Medina (2005, p.11) acrescenta:

O acesso à justiça [...] trata-se de um direito social, cujo escopo não é só o de ingressar em juízo, deduzindo uma pretensão ou formulando uma defesa, mas é também e necessariamente o de que o jurisdicionado possa receber da justiça tratamento isonômico, uma vez superadas eventuais desigualdades de armas (isto é, desníveis de ordem econômica) suscetíveis de tornar, para uma das partes, excessivamente pesado o ônus de alegar e provar os fatos de seu interesse.

Assim, para alcançar o efetivo acesso à justiça, em seu sentido amplo, temos que levar em consideração pressupostos tais como a existência de um direito substancial voltado à efetivação da justiça social, uma administração estatal preocupada com a solução dos problemas sociais e com o integral cumprimento do Direito, o pleno exercício da ação e da defesa e a plenitude da concretização da atividade jurisdicional, sem se esquecer da reestruturação do Poder Judiciário de forma a deixá-lo em sintonia com a sociedade na qual está inserido e adequadamente estruturado para atender às demandas que se lhe são apresentadas.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) trouxe o princípio do acesso à justiça como princípio fundamental, elencado no artigo 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito”. Antes mesmo da promulgação da Carta Magna, o jurista italiano Cappelletti (2002, p.12) observou que:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça, pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Miguel Reale, entretanto, uma década antes da instituição da CF/88, já enfocava o problema da socialização do acesso à justiça ao esclarecer que:

A justiça vista apenas como virtude ou vontade de dar a cada um o que é seu, fica-se à metade do caminho, mesmo porque o seu de cada um somente logra sentido na totalidade de uma estrutura na qual se correlacionem, deste ou daquele modo, o todo e as partes. Vista, ao contrário, apenas na sua extrapolação jurídica objetiva, a ordem justa pode ser mera justa posição mecânica de interesses, segundo critérios de medida impostos à subjetividade humana, esquecendo-se que esta é a fonte doadora de sentido à validade, a força primordial que converte em humano tudo aquilo para que se volta a sua intencionalidade (REALE, 1991, p.372).

Ocorre que o direito estatal, enquanto instrumento de controle social e de realização da justiça, tem sido insuficiente e desprovido de efetividade para solucionar os grandes desafios, problemas e conflitos emergentes nas sociedades contemporâneas.

Os problemas históricos e estruturais do Poder Judiciário tornaram-se pragmáticos ao longo dos anos e, de certa forma, acabaram por estar associados às determinações deste Poder, interferindo diretamente na questão do acesso à justiça. São alguns deles: a morosidade existente na prestação jurisdicional; a carência de recursos materiais, humanos e tecnológicos diante da crescente demanda de ações e a falta de condições materiais de trabalho (prédios deteriorados, carência de servidores, excesso de trabalho).

Tudo isso leva a uma série de questionamentos sobre a legitimidade desse Poder, afastando dele muitos conflitos que passam a ser solucionados por uma justiça à margem do ordenamento jurídico estatal, na qual as camadas mais pobres da população buscam a solução

de seus problemas através da autotutela e da barbárie. São as “justiças das favelas” e os “grupos dos justiceiros”, os quais possuem leis e procedimentos próprios, e a presença desses aparatos paraestatais parecem demonstrar a insuficiência dos instrumentos jurídicos formais para concretizarem o ideal de justiça prometido pelo Estado.

De outra banda, a carência de recursos econômicos por grande parte da população para contratar os serviços de um advogado talvez seja o mais grave obstáculo ao efetivo acesso à justiça. Apesar de existir a Defensoria Pública para dar assistência jurídica aos que não podem pagar por este serviço, tal instituição ainda é extremamente insuficiente em algumas regiões (chegando até mesmo a ser inexistente) para atender com qualidade à imensa demanda de brasileiros hipossuficientes.

Cappelletti (2002, p.21) mostra que pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros disponíveis têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas:

Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio. Cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa; a ameaça de litígio torna-se tanto plausível quanto efetiva. De modo similar, uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente. Julgadores passivos, apesar de suas outras e mais admiráveis características, exacerbam claramente esse problema, por deixarem às partes a tarefa de obterem e apresentarem as provas, desenvolverem e discutirem a causa.

Considerando que todas as partes envolvidas possuem formalmente¹ os mesmos direitos, isso se torna um agravante diante da igualdade que não se concretiza em razão das diferenças sociais, econômicas e culturais entre as partes. Embora todos sejam, teoricamente, livres e iguais para buscarem a realização da justiça, a contradição será mais grave quanto maiores forem as diferenças entre as partes.

Sem igualdade substancial², serão poucas as possibilidades de uma decisão verdadeiramente justa. Seria necessária, segundo Watanabe (1985), a paridade de armas na disputa em juízo, pois não basta ao ser humano o atributo da liberdade se não lhe é dada a própria condição de usufruí-la plenamente.

Nelson Nery Junior aborda a questão da desigualdade econômica e social, e a sua respectiva influência ao acesso à justiça, a partir da visão na maioria das vezes apática do Estado, que acaba por manter o *status quo* de disparidade entre os homens, mostrando que:

Sem a redução das desigualdades econômicas ao mínimo possível, nenhum mecanismo político ou jurídico permitirá ao homem comum atender às suas necessidades mais básicas e, a partir disso, sonhar em realizar seus desejos e aspirações. O primeiro passo será a melhor distribuição de renda, de modo a evitar a disparidade social clamorosa entre pessoas que o regime atual determina. Para tanto, é indispensável a atuação do Estado como um todo (Executivo, Legislativo e Judiciário) no sentido de evitar, pelo menos, a exploração desmesurada e o lucro exagerado (NERY JUNIOR, 2002, p.45).

1 A igualdade formal prescreve no art. 5º da CF/88 a igualdade de todos perante a lei e a proibição de concessão de privilégios de classes entre os cidadãos, podendo, ainda ser compreendida como a pura identidade de direitos e deveres concedidos aos membros da coletividade.

2 Entendida como o tratamento equânime dado aos membros da sociedade, a igualdade material aduz à equiparação dos cidadãos sob todos os aspectos, inclusive o jurídico, com o oferecimento de chances e oportunidades de forma igualitária para todos, respeitadas as diferenças de cada indivíduo e igualando substancialmente o mais fraco ao mais forte. Essa igualdade é a mais almejada e a mais difícil de se concretizar, tendo em vista a prepotente cultura brasileira de extremar as desigualdades materiais e socioeconômicas. A igualdade material é representada pela máxima de Aristóteles, para o qual o princípio da igualdade consistiria em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigualem.

A desigualdade socioeconômica dificulta o acesso ao Direito e ao Judiciário, o que acaba inferiorizando o próprio cidadão economicamente menos favorecido. A impossibilidade econômica de pagar um advogado acarreta, muitas vezes, uma conduta negativa/omissiva do cidadão com relação ao direito a ser pleiteado, ou uma conduta positiva no sentido de procurar a Defensoria Pública, necessitando enfrentar extensas filas para conseguir atendimento. Ambas as situações findam por desestimulá-lo com relação à luta pelos seus direitos, colocando o mais pobre em nítida situação de desvantagem dentro do processo.

Aragão (1978, p. 81) sintetiza bem todo o problema envolvendo a capacidade postulatória e o acesso à justiça:

Nada adiantará que, em teoria, o direito de ação esteja assegurado a todos e os processos se desenvolvam até mesmo com rapidez, se disso não se puderem valer efetivamente todos os interessados. Sob esse ângulo avulta o problema da participação de técnicos na condução do processo. Desde que essa é uma exigência indeclinável de sua realização, pois não está ao alcance de leigos conduzi-lo, forçoso é convir que a assistência desses especialistas – os advogados – não pode ser privilégio: há de estar à disposição de todos quantos deles necessitem.

A questão da exigência ou não da presença de advogado em toda e qualquer atividade jurisdicional, olhando sob o prisma do acesso à justiça, mostra que, de um lado, a sua presença aumenta a qualidade e a segurança da defesa dos interesses das partes, tendo em vista a sua formação técnica, enquanto que a maioria da população não tem condições de pagar nem mesmo os honorários do seu patrono.

De fato, a obrigatoriedade da presença do advogado em vários atos da vida jurídica é, ainda, uma realidade do Direito Processual Brasileiro. Reza o artigo 133 da Constituição Federal de 1988 que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Entretanto, há situações específicas, como no caso dos Juizados Especiais, que se fosse obrigatória a presença do profissional do Direito nas causas que não excedam vinte salários mínimos (Lei nº 9.099, 25 de setembro de 1995 - Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais - artigo 9º), acabaria por esvaziar sua função social: sendo o valor da causa pouco expressivo, não compensaria, em termos de custo x benefício, reivindicar direitos, caso se tenha de fazê-lo através de advogado, pois em algumas situações os honorários advocatícios seriam maiores ou equivalentes ao valor do próprio bem pleiteado.

De outra sorte, há ainda situações em que se torna necessária a intervenção judicial como mera etapa burocrática, como são os casos de jurisdição voluntária. Nesses casos, não se justifica a exigência de uma atuação simplesmente simbólica do profissional, fruto de um formalismo antipopular, conforme assevera Joaquim Falcão (1988, p. 21):

Para esta ‘administração da Justiça’ os advogados deveriam ser dispensáveis. Como também deveriam ser nos pequenos conflitos onde os cidadãos são capazes de se defender. Do contrário, confunde-se advogado com tutor. Pior. Subentende-se que todos os cidadãos brasileiros são relativamente incapazes [...] pois os serviços dos advogados são do interesse do povo numa sociedade pluralística e democrática. Mas estes serviços, para serem eficazes, têm de ser legítimos e vai ser difícil convencer o povo da necessidade de advogados onde sua própria experiência cotidiana os demonstra dispensáveis.

Ademais, verificando a última pesquisa realizada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o que precisa ser levado em consideração é que não basta a presença física do

advogado, é necessário, inicialmente, considerar a sua qualificação profissional, principalmente considerando o já saturado mercado de trabalho e que dos 1.210 cursos de graduação em Direito do país, apenas 90 foram recomendados pela instituição por apresentarem altos índices de qualidade.³

O efetivo acesso à justiça pressupõe também o assessoramento de um bom profissional, no entanto, a baixa qualidade do ensino jurídico oferecido no país (ainda conservador, legalista e reproduzidor do *status quo*) leva a uma má formação intelectual e pessoal dos bacharéis em Direito, além da ampliação da quantidade de cursos nas universidades, que também se diversificaram, o que aumentou o número de alunos sem que houvesse meios materiais e corpo docente qualificado para atender à demanda.

1.1 O Alcance Social dos Juizados Especiais

A previsão do instituto dos Juizados Especiais aconteceu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, cujo artigo 98, inciso I, enuncia que a União, o Distrito Federal e os Estados poderão criar juizados especiais providos por juízes competentes para conciliação, julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo. Entretanto, sua efetiva implantação só veio acontecer em 1995, com a aprovação da Lei Federal nº 9.099.

Assim, causas com valor até quarenta salários mínimos puderam ser processadas e julgadas pelos Juizados Especiais Cíveis (JEC), passando a ser facultativa a assistência do advogado nas causas cujo montante não ultrapasse vinte salários mínimos. Dessa forma, os JECs permitiram que pessoas de menor poder aquisitivo pudessem buscar, por si mesmas, a solução para os seus conflitos do cotidiano, o que anteriormente não costumavam ser apreciados pela Justiça brasileira devido à dificuldade do cidadão comum em contratar um advogado para postular a seu favor.

Sem dúvida, a criação dos JECs representou para o cidadão mais um mecanismo de acesso à justiça, cujo objetivo é a resolução de forma rápida e informal de causas consideradas simples, buscando sempre o acordo entre as partes, daí ter suas bases nos critérios da oralidade, da simplicidade, da economia processual e da celeridade.

A informalidade e a simplicidade são marcadas pela desburocratização e, inclusive, pelo fato da limitação do valor da causa (quarenta salários mínimos). Ultrapassando esse valor, infere-se pela complexidade da matéria posta em julgamento, assim como casos que demandam a produção de provas técnicas (perícia), causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, bem como aquelas que sejam relativas a acidentes de trabalho, ao estado e à capacidade das pessoas, o que os tornam incompatíveis com os critérios norteadores dos JECs.

2 O CIDADÃO A SÓS COM A JUSTIÇA

A prática forense mostra que o cidadão que se sente lesado e busca, sozinho, resolver a pendência no Juizado Especial encontra na maioria das vezes do outro lado da demanda, como ré, grandes empresas muito mais preparadas tecnicamente para o embate, pois seguramente estarão assessoradas por, pelo menos, um advogado.

Chegando sozinho ao balcão do Juizado, o contato inicial é feito com os servidores que fazem o primeiro atendimento e redigem as pretensões do cidadão. Em sua maioria, estão

3 OAB recomenda 90 dos 1.210 cursos de direito do país. **O Estado de São Paulo**, Curitiba, 23 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/vida,oab-recomenda-90-dos-1210-cursos-de-direito-do-pais,802016,0.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

ali apenas para escrever o que o cidadão venha a falar, pouco se importando em elaborar uma petição eficaz ou alertar sobre os direitos que podem ser pleiteados. O segundo contato vem com os conciliadores, que algumas vezes são despreparados e não se empenham para que as partes entrem em acordo. O terceiro contato se dá com os magistrados.

Ao juiz, enquanto magistrado, cabe ajustar a lei à realidade social, a ela não se subordinando nem se aprisionando, mas devendo sentir o que o povo sente, não se ausentando do mundo para ser mero aplicador da lei. Captando todos esses sentimentos, o juiz deveria traduzir o direito da forma mais clara, para que o cidadão pudesse compreender instantaneamente. Mas, de fato, sabemos que essa sensibilidade e essa consciência estão distantes da grande parte dos julgadores, principalmente dos mais tradicionalistas.

Quando o autor formula sua reclamação nos balcões do Juizado, será apenas sobre o que ele expõe que irão girar todos os demais questionamentos. Não poderá questionar nada além do que foi inicialmente pedido e, nesse caso, um pedido mal elaborado ou incompleto não garante a conquista da plenitude dos direitos do cidadão.

Assim, quando o processo é julgado improcedente, negando o que o autor, cidadão comum, tinha como certo e justo, este busca o auxílio do técnico – advogado – que, então, tem pouco ou quase nada a fazer, tendo em vista que o processo já foi julgado e o recurso que porventura venha a caber possa não ser eficaz:

O autor fica à mercê daquele que eventualmente domine a técnica processual. (...) Há fatos que resultam em nada por não ter sido formulado o necessário pedido, tampouco exposto o necessário fundamento. (...) Os fatos são a única coisa segura que o autor sabe com minúcias e que não requerem maiores requintes técnicos na exposição. O outro elemento da causa de pedir e o pedido reclamam um conhecimento técnico. (CHIMENTI, 2003, p.185)

Após a sentença desfavorável, deve o autor procurar os serviços de um profissional do Direito, e o faz justamente por se sentir traído ao confiar que poderia buscar sozinho seu direito. Chimenti (2003, p. 186) não deixa de lembrar também:

É bem verdade que o parágrafo segundo do artigo 9º da lei impõe ao julgador o dever de alertar as partes quando a causa recomendar o patrocínio do advogado. Sucede que a primeira oportunidade em que o julgador pode vir a tomar contato com o autor e sua pretensão é na audiência de instrução e julgamento naquelas comarcas em que existe a figura do conciliador para tentar a conciliação. Este momento, processualmente, não autoriza modificação ou aditamento ao histórico inicial apresentado, a não ser que conte com a concordância do pólo passivo.

O procedimento dos Juizados Especiais deixa de ter uma imagem formalista, com a presença obrigatória do advogado, que é próprio do procedimento comum, para reverter-se como um meio hábil, rápido à obtenção da justiça, e essa simplificação das formalidades e a desburocratização o torna mais simpático ao cidadão comum, que muitas vezes se sente intimidado diante de determinadas formas de manifestação do poder.

Tal imagem, aliada à cultura brasileira de se “automedicar”, achando sempre uma forma de resolver por si só o problema, sem a ajuda de profissionais especializados, pode representar num primeiro momento economia de dinheiro, mas não implica necessariamente domínio da situação e efetividade de defesa. Até porque os profissionais do Direito, principalmente advogados e juízes, se utilizam das técnicas argumentativas para alcançarem seu alvo: a persuasão do interlocutor.

2.1 O Discurso Jurídico

O discurso jurídico se dirige normalmente apenas às partes interessadas, aos advogados e ao juiz julgador. Durante a tramitação de um processo, as partes quase não interagem. Os enunciadores são os juízes e advogados, que possuem habilidades específicas adquiridas após um curso superior. São textos em que o espaço para a criatividade é pequeno, uma vez que possuem características e linguagem bastante específicas e devem estar adstritos ao que está disposto na legislação vigente.

Enquanto os advogados devem usar o poder da argumentação para convencer o juiz de que o direito de seu cliente é plausível e foi violado, o que torna seu texto bastante subjetivo, tendo em vista que cabe a cada parte defender seu próprio ponto de vista a respeito do problema apresentado, de outra banda os textos dos juízes devem ser os mais neutros possíveis, para não comprometer a sua imparcialidade quanto ao julgamento da causa, analisando qual dos pontos de vista apresentados está de acordo com o ordenamento vigente, expondo sua decisão de modo a convencer seus interlocutores.

Daí, conclui Luciana Morilas (2001, p.326):

Assim, não é próprio apenas dos advogados o texto argumentativo com vistas à persuasão mas também dos juízes, que devem obrigatoriamente apresentar suas decisões de forma motivada para convencer todos os seus interlocutores de que a razão lhe assiste, ou melhor, de que sua decisão é a mais acertada.

Pode-se inferir também que a própria realidade pode ser forjada com palavras, pois aquele que souber apresentar seu ponto de vista de um modo mais convincente é o que terá a sentença julgada favorável a seu favor. Daí a importância da assessoria do advogado para que o cidadão comum, muitas vezes leigo e inexperiente, não seja ludibriado pelo simples fato de poder ir sozinho buscar defender seus direitos no Juizado.

O discurso é uma forma de agir sobre o mundo e dele surgem as disputas de relação de poder. O contexto deve ser considerado para que se possa atentar para a posição dos seus participantes e Bakhtin (1997) enxerga a linguagem como um constante processo de interação mediado pelo diálogo, sofrendo influências do contexto social, da ideologia dominante e da luta de classes:

A classe dominante tende a conferir ao signo ideológico um caráter intangível e acima das diferenças de classes, a fim de abafar ou de ocultar a luta dos índices sociais de valor que aí se trava, a fim de tornar o signo monovalente (BAKHTIN (1997, p. 47).

A interação verbal é um evento de construção de sentidos e de relações sociais, de identidades que se configuram em relação às imagens mútuas construídas ao longo da interação, visível à luta de sujeitos para demarcar seus lugares e de onde emerge o conflito na construção das relações de poder instauradas no mundo social (o profissional do direito impõe poder e prestígio, em contrapartida o homem comum, parte no processo, acaba se tornando “submisso” diante da sua “ignorância” jurídica).

Nesse sentido, Luciana Morilas (2001, p. 327) defende que “qualquer argumentação que se queira eficiente deve, antes de tudo, preocupar-se com o interlocutor, com seus valores, ou seja, deve conhecer profundamente o outro e estabelecer com ele uma interação positiva”.

Toda formação social tem formas de controle da interpretação e há um corpo social, tais como juízes e advogados, a quem se delegam “poderes” de interpretar, atribuir sentido. Assim, a linguagem pode servir para comunicar e para não comunicar, dependendo da intenção que se queira atingir.

Como já esclarecido, Bakhtin chama atenção para o fato de que o discurso verbal não pode ser compreendido fora da situação social que o concebe, não existindo isoladamente.

Foucault aborda a relação entre o discurso e o poder, no viés de que a manutenção do poder pelas instituições acontece através do controle de discursos. O controle externo, chamado de sistema de exclusão, prevê procedimentos que obstam a criação do discurso, pressionando-os para que não sejam enunciados. Ou seja, o discurso é visto como uma forma de dominação.

Pode suspeitar-se que há nas sociedades, de um modo muito regular, uma espécie de desnível entre os discursos: os discursos que “se dizem” ao correr dos dias e das relações, discursos que se esquecem no próprio acto que lhes deu origem; e os discursos que estão na origem de um certo número de novos actos de fala, actos que os retomam, os transformam ou falam deles, numa palavra, os discursos que, indefinidamente e para além da sua formulação, são ditos, ficam ditos, e estão ainda por dizer. Sabemos da sua existência no nosso sistema de cultura: são os textos religiosos ou jurídicos. (FOUCAULT, 2003, p. 19)

É o que acontece com o discurso jurídico, que usa uma linguagem excessivamente técnica que impede a compreensão da mensagem pelo cidadão e concentra poder do discurso nas mãos dos profissionais do Direito. Os sistemas de exclusão englobam determinados assuntos que não podem entrar no discurso, determinados discursos que só podem ser anunciados em certas ocasiões e por determinados sujeitos, oposição entre a razão e a loucura e aparência de verdade do discurso.

A forma mais superficial e mais visível destes sistemas de restrição é constituída por aquilo que se pode agrupar sob o nome de ritual ; o ritual define a qualificação que devem possuir os indivíduos que falam (e que, no jogo do diálogo, na interrogação, na recitação, devem ocupar determinada posição e formular determinado tipo de enunciados) ; define os gestos, os comportamentos, as circunstâncias e todo o conjunto de sinais que devem acompanhar o discurso ; o ritual fixa, por fim, a eficácia, suposta ou imposta, das palavras, o seu efeito sobre aqueles a quem elas se dirigem, os limites do seu valor constrangedor. Os discursos religiosos, jurídicos, terapêuticos, e em parte também os políticos, não são dissociáveis desse exercício de um ritual que determina para os sujeitos falantes, ao mesmo tempo, propriedades singulares e papéis convenientes. (FOUCAULT, 2003, p. 21)

Os aplicadores do Direito são os maiores emissores e receptores das leis. O legislador, em nome do povo, dá origem às leis, os juízes interpretam e aplicam ao caso concreto, devendo transmitir a essência do Direito e se fazerem entender. As partes, como receptores, devem decodificar a mensagem emitida pelos juízes e produzirem uma resposta à mesma. Só então a comunicação terá sido estabelecida. Só assim a mensagem foi passada. Da mesma forma, as partes devem se manifestar de maneira tal que os aplicadores do Direito possam entender os seus anseios e se comunicarem de forma eficaz.

No entanto, deve o juiz analisar que não pode estar alheio às diferenças sociais, econômicas, culturais e políticas das partes e da sociedade em que vive. O juiz deve se colocar dentro da realidade social e identificar as forças que produzem o direito, para estabelecer a relação entre esse direito e a sociedade, devendo sempre questionar a legitimidade da norma, para adequá-la à realidade social.

2.2 Fatores de (IN)Comunicação

A efetividade do acesso à justiça exige, igualmente, a existência de instrumentos processuais acessíveis e céleres na resolução dos conflitos de interesses, o que acarreta,

consequentemente, a necessidade de adoção de medidas capazes de acelerar o andamento dos processos levados ao Judiciário.

Sálvio de Figueiredo Teixeira (1993 p.92), preocupado com alguns formalismos e atitudes protelatórias presentes no ordenamento afirma que:

É de convir-se [...] que somente procedimentos rápidos e eficazes têm o condão de realizar o verdadeiro escopo do processo. Daí a imprescindibilidade de um novo processo: ágil, seguro e moderno, sem as amarras fetichistas do passado e do presente, apto a servir de instrumento à realização da justiça, à defesa da cidadania, a viabilizar a convivência humana e a própria arte de viver.

O nível de desinformação da população é muito grande com relação à legislação vigente. Isso se deve, principalmente, por causa do sistema educacional, dos meios de comunicação e da inexistência ou insuficiência de instituições oficiais encarregadas de prestarem a assistência jurídica preventiva e extrajudicial.

O conhecimento dos direitos por parte do cidadão e da sociedade é pressuposto ao efetivo acesso à justiça. Dessa forma, sem a existência de órgãos que possam ser consultados pela população quando houver dúvidas jurídicas sobre determinadas situações de fato, e ficando o cidadão sem a imediata resposta aos seus anseios, a possibilidade da plena efetividade do Direito se torna acanhada.

A informação é peça fundamental para a comunicação do homem em sociedade, pois a partir dela ele pode expressar suas críticas, buscar soluções e ser compreendido pelo outro e pelo próprio Estado, contribuindo para que a máquina estatal se utilize dos mecanismos de solução de conflitos que lhe são inerentes.

Relacionando o processo de comunicação com o ambiente jurídico, frequentemente encontramos os operadores do Direito (juizes, promotores, procuradores, defensores e os próprios advogados) envolvidos num “mundo” alheio às partes.

Os níveis de habilidade comunicativa dos seres humanos determinam de duas formas a fidelidade da comunicação. Primeiro, influenciam a capacidade de analisar os próprios objetivos e intenções, de dizer alguma coisa no ato de comunicar. Segundo, influenciam a capacidade de codificar mensagens que expressem o que se pretende efetivamente exprimir.

Ou seja, o juiz deve ter a exata ciência do seu papel de comunicador entre as partes, devendo ter o cuidado de ser corretamente compreendido, já que seu objetivo é mostrar o direito para aqueles que estão em litígio.

Um juiz deve analisar cada caso separadamente, levando em conta tudo o que circunda os fatos. Dessa maneira, deve conhecer o meio em que o réu vive, suas condições financeiras, sua cultura, escolaridade e o que for possível, para que a decisão seja o mais compatível possível com o caso em questão. (MORAIS; OLIVEIRA, 1998, p. 43)

Mauro Wolf (1995, p.12) destaca a importância da efetividade da comunicação e o estímulo que ela pode causar às pessoas:

Se aqueles que manifestam interesse sobre determinado assunto, o fazem depois de a ele terem sido expostos, aqueles que demonstram desinteressados e desinformados fazem-no porque nunca foram expostos à informação referente a esse mesmo assunto. Quanto mais expostas as pessoas são a determinado assunto, mais o seu interesse aumenta e, à medida que o interesse aumenta, mais as pessoas se sentem motivadas para saberem mais acerca dele.

As atitudes da fonte para com o receptor influenciam a comunicação. Quando os destinatários da mensagem percebem que o emissor apresenta empatia e há interação, mostram-se muito menos críticos quanto à mensagem e muito mais propensos a aceitar o que ele diz. Assim acontece, por exemplo, quando juízes tentam abrir o diálogo entre as partes, quando as olha no olho, de frente, e não sob o manto “intocável” da toga, que bloqueia a captação pelo transmissor de qualquer efeito regressivo, já que não abre possibilidade, para o retorno.

Para transmitir a mensagem, é necessário ter o vocabulário adequado para revelar as ideias, usando palavras que expressem com a maior clareza o sentido a ser repassado – a fim de que o receptor possa decodificá-las com facilidade. Escrever “corretamente” apenas para cumprir as leis da grafia ou do vocabulário culto acaba por interferir na recepção da mensagem pelo homem comum. Ao falar, é preciso saber como pronunciar as palavras, como gesticular, como interpretar as mensagens no decorrer do discurso. A comunicação ideal é aquela que codifica mensagens que tenham boas possibilidades de serem corretamente decodificadas, de forma que fique claro o pensamento de quem está emitindo.

Muitos juízes, defensores públicos e advogados esquecem que o seu objetivo original é se fazerem entendidos para as partes, buscando a maior nitidez e esclarecimento de seus direitos – ficam por demais ocupados em “dramatizar” o Direito ou em pronunciar expressões eruditas ou em latim. Deixam de se colocar na posição de parte e se concentram em “parecer” donos do saber e, conseqüentemente, incontestáveis. Para Moraes e Oliveira (1998, p. 153),

No exato instante da oferta da prestação jurisdicional, exerce o magistrado sua função precípua de dizer o direito que deve reger aquela lide, geralmente esgotando sua intervenção. Sobretudo, cumpre ao juiz ater-se aos fundamentos de sua decisão, procurando imprimir-lhe eficácia social, isto é, capacidade de transformação da realidade.

Tais prioridades e inversões de valores acabam por ocasionar colapsos na comunicação, falha esta que resulta na forma de absorver o conteúdo pelo receptor da mensagem.

O conhecimento da fonte sobre o assunto também influencia na mensagem. Ninguém é capaz de comunicar aquilo que não sabe; ninguém comunica com a máxima efetividade material que não conhece. De outro lado, se a fonte sabe “demais”, se é ultra-especializada, poderá errar pelo fato de suas habilidades comunicadoras serem empregadas de maneira tão técnica que o receptor acabe não entendendo.

Ada Pellegrini Grinover (1990, p.18) aponta alguns dos principais problemas que contribuem para a crise da mentalidade do julgador:

[...] o esquema burocrático e verticalizado da magistratura brasileira, [...] o próprio método de recrutamento dos juízes, a incoerência, até pouco tempo atrás, de cursos de aperfeiçoamento e especialização para os membros do Judiciário, o distanciamento dos julgadores, que tem reflexos até mesmo na linguagem, tudo isto tem levado, no curso dos tempos, ao excessivo corporativismo dos juízes, encastelados em posições de gabinete que pouco ou nada têm a ver com a realidade de uma sociedade em transformação. Eis a razão pela qual poucos magistrados têm se demonstrado sensíveis aos desafios criados pelos novos tempos e nem todos têm sabido dar as necessárias respostas a conflitos diversos dos tradicionais, a serem solucionados por instrumentos processuais antes inexistentes, esboçados pela Constituição de 1988 e, em alguns casos, por leis recentes.

O conhecimento do processo de comunicação por si só influencia o comportamento da fonte. Como afirma Berlo (1997; p. 56), “O conhecimento *da* comunicação influencia o *comportamento* de comunicação”. O comportamento de comunicação é influenciado pelo

quanto a fonte sabe sobre as próprias atitudes, sobre as características do receptor, sobre os meios pelos quais poderá produzir ou tratar as mensagens, sobre as várias escolhas que poderá fazer de canais de comunicação, etc. A fonte precisa conhecer o tema. Precisa saber também como ensiná-lo efetivamente.

Os sistemas social e cultural determinam em boa parte as escolhas de palavras que as pessoas fazem, os objetivos que têm para comunicar, os meios e formas que usam para esta ou aquela espécie de mensagem, com relação ao receptor/parte. A fonte/juiz cumpre muitos papéis e tem percepções ou imagens variáveis sobre a posição social e cultural do receptor.

Estas percepções influenciam o seu comportamento de comunicação. Por exemplo: o juiz pode e deve falar de um modo ao dirigir-se a um grupo de advogados, defensores e promotores (aplicadores do Direito), e de outro diametralmente inverso quando aos litigantes, que são cidadãos muitas vezes ignorantes com relação às leis e deficientes em termos de conhecimento ou integrantes de culturas diferentes e socialmente desprestigiadas. Os primeiros conhecem a técnica jurídica, expressões peculiares à ciência. Os últimos necessitam de maior atenção, objetividade e clareza na comunicação.

Como observa Heliana Maria de Azevedo Coutinho (1998, p.95):

Muitas vezes, os juízes mais conscientes das injustiças sociais decorrentes tanto da ineficiência da legislação (material e processual) de nosso ordenamento jurídico quanto da burocracia cartorial procuram alternativas na simplificação das formas e nos Princípios do Direito para flexibilizar a interpretação das normas, aplicando-as de modo mais adequado e justo aos casos concretos. O juiz que funciona como agente político tem buscado maior aproximação com a população, objetivando manter a credibilidade e o prestígio da Instituição e o fortalecimento da legitimidade do poder jurisdicional, com decisões respeitadas e materialmente exequíveis no seio da sociedade.

É preciso conhecer o contexto cultural no qual se comunica, as crenças e os valores culturais que lhe parecem dominantes, as formas de comportamento aceitáveis ou não aceitáveis, exigidas ou não exigidas em sua cultura, além das suas expectativas tanto como as de outros a seu respeito. Continua a mesma doutrinadora:

Não se concebe hoje seja o juiz indiferente às mudanças sociais, continuando a adotar postura positivista e legalista, sem tomar consciência de que está em suas mãos a responsabilidade e o poder de extrair das normas constitucionais o significado válido e atual para interpretar outras leis, ou mesmo afastá-las de aplicação, na solução de um caso concreto (COUTINHO, 1988, p.45).

O *status* social do cidadão litigante, os componentes do seu grupo, suas formas habituais de conduta, influenciam os modos pelos quais recebe e interpreta as mensagens. A única justificação para a existência da fonte, para a ocorrência da comunicação, é o receptor, o alvo ao qual tudo é destinado:

Assim sendo, sentida a carência de elementos de subsistência material, que dizer da justiça, transformada em verdadeiro artigo de luxo, acessível a alguns poucos que lutam por ela e estão conscientizados dos seus direitos. Aquele que mais carece da presença do agente estatal, aquele que é analfabeto, desempregado, miserável, desconhecedor dos direitos que lhe assistem, embora continuamente violados, não sabe como recorrer às instâncias cabíveis. E quando sabe, desacredita na sua eficácia, pois não compreende o porquê de tantos papéis, tantos documentos e, sobretudo, tanta demora (MORAIS; OLIVEIRA, 1998, p. 171).

Heliana Maria de Azevedo Coutinho (1998, p. 161) ressalta ainda:

O juiz assume uma função instrutória e integrativa, orientando a participação da discussão entre as partes, na busca de solução do conflito. Age, assim, como formador de opinião, direcionador de condutas sociais das massas e educador do cidadão que busca, na justiça, a solução de seus problemas, colocando-se em posição não de autoridade repressora e executora de regras sociais impostas, mas de informadora do direito e dos deveres inerentes à cidadania.

Quando o juiz escolhe a forma de transmitir a sua mensagem, deve escolher aquela que acha ser a mais íntima e rotineira do receptor. Quando seleciona o conteúdo, a fim de refletir seu objetivo, seleciona um conteúdo que tenha significação para o receptor, chame sua atenção, a fim de minimizar o esforço requerido para decodificar e interpretar a mensagem. Quando trata a mensagem de alguma forma, parte desse tratamento é determinado pela sua análise das habilidades de comunicação (decodificação) do receptor, de suas atitudes, conhecimentos e posição no contexto sociocultural.

Esses são alguns dos aspectos que fazem com que as partes acabem por perceber erroneamente a resposta que os aplicadores do Direito pretendem produzir e o verdadeiro objetivo da comunicação poder estar diferente daquele que é percebido como tal por quem o executa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As questões relacionadas à efetividade do acesso à justiça integram-se definitivamente ao cumprimento da função social do Estado contemporâneo preocupado com a realização da justiça social. Foi com a promulgação da Constituição do Brasil de 1988 que os problemas do acesso à justiça começaram a ser discutidos com maior evidência, em busca de soluções inerentes à eficaz assistência jurídica aos carentes, à maior divulgação de informações ao cidadão e à legitimidade para agir. Novos instrumentos processuais para a garantia dos direitos individuais e coletivos foram criados, acarretando uma nova concepção estrutural ao Poder Judiciário.

Os Juizados Especiais foram criados com o intuito de dar maior autonomia ao cidadão e celeridade ao processo; entretanto, a prática sinaliza que o cidadão sente-se desprotegido e indefeso se não estiver acompanhado por um advogado, pois não sabe como exercer seu direito, quais os procedimentos a serem tomados, desconhece a legislação relativa ao seu caso e não compreende a mensagem jurídica, com seus inúmeros termos técnicos que mais parecem ser utilizados para legitimar o poder dos operadores judiciários.

Entretanto, não se pode ter um efetivo acesso à justiça sem profissionais devidamente qualificados e, naturalmente, não pode haver profissionais qualificados sem um bom nível de ensino, deixando de observar os problemas sobre o acesso à justiça apenas como casos a serem resolvidos através de criação de novos instrumentos técnico-processuais ou da correção dos existentes, o que auxilia na manutenção e reprodução do *status quo*. É preciso que o sistema processual seja visto como instrumento de solução de conflitos e, fundamentalmente, como instrumento político de realização da justiça social.

Somente com aplicadores do Direito conscientes, sabedores da realidade política, econômica, cultural e sociológica da realidade brasileira e esclarecidos quanto à dignidade da arte de aplicar o Direito, é que suas decisões serão mais adequadas ao mundo atual e, consequentemente, mais justas.

A falta de instrução e a deficiente informação geram a dominação. De fato, a razão será dada àquele que souber trabalhar seus argumentos com maior potencial retórico. Para isso, é necessário conhecer as técnicas argumentativas e também as opções que a língua oferece para que se mostre um mesmo fato de um modo ou de outro. Sabe-se, entretanto, que o cidadão comum e o estudioso do Direito encontram-se em completo desequilíbrio na hierarquia social, cultural e política.

Torna-se difícil achar mecanismos efetivamente viáveis para construir uma realidade comunicativamente democrática quando se tratam de questões envolvendo ideologia e poder. A realidade judiciária brasileira fez necessária a instalação de juizados especiais como uma forma de tornar a justiça mais próxima ao cidadão. Se a lei permite que o homem comum possa lutar sozinho por seus direitos no JEC, por exemplo, que sejam formados cidadãos que estejam seguros e preparados para elaborar essa defesa de forma efetiva e real.

A fórmula de democratização da justiça é aproximá-la do povo, principalmente dos mais carentes, que têm fome e sede de justiça, a começar pela própria situação de extrema desigualdade que sofrem com a falta de distribuição de renda. Adotar mecanismos para incluir os mais necessitados no acesso à justiça estimula nossa frágil democracia e resgata a cidadania.

Esperamos que, um dia, todos os Estados garantam eficazmente a plena liberdade de expressão e ação, dentro dos limites estabelecidos pela própria sociedade ou por ela referendados, não encobrimo as contradições e a pluralidade inerentes a qualquer agrupamento humano, sendo estruturados segundo um modelo de organização social que assegure a todos os seus membros uma existência digna e saudável, caracterizada pelo suprimento de suas necessidades básicas e pela existência de condições concretas de sua realização enquanto pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **O estado de Direito e o direito de ação (a extensão do seu exercício)**. Rev. Bras. de Dir. Processual. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- BAKHTIN, Mikhail Mikhailo. **Marxismo e filosofia da linguagem**. 8. ed. São Paulo: Hucitec, 1997.
- BERLO, David K. **O processo da comunicação: introdução à teoria e à prática**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1994.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF: Senado, 2011.
- BRASIL. **Lei nº 9.099/95**, Brasília, DF: Senado, 2011.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época**. In: *CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, XII, 1990, Belo Horizonte. Anais*. Brasília: OAB, 1991, p. 123-140.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e prática dos juizados especiais cíveis**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COUTINHO, Heliana M. de A.. **O juiz agente político**. Campinas: Copola, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

FADEL, Evandro. **OAB recomenda 90 dos 1.210 cursos de Direito do País**. O Estado de S. Paulo. Curitiba, 23 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/vida,oab-recomenda-90-dos-1210-cursos-de-direito-do-pais,802016,0.htm>>. Acesso em: 04 abr. 2012.

FALCÃO, Joaquim. **Os advogados – a tentação monopolística**. São Paulo: Folha de São Paulo, 1988.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. 9 ed. São Paulo: Loyola, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

KELSEN, Hans. **O que é Justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

MEDINA, Paulo Roberto de Golvêa. **Direito Processual Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MORAIS, Lília Maia de; OLIVEIRA, Marcus Vinicius Amorim de. **O Poder Judiciário e os desafios do Estado contemporâneo**. Fortaleza: tribunal de justiça/ESMEC, 1998.

MORILAS, Luciana Romano. **Técnicas argumentativas no discurso jurídico**. In: Boletim da ABRALIN, v. 26, nº especial II, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed.rev. e atual. com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “O aprimoramento do Processo Civil como garantia da cidadania”. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

WANTANABE, Kazuo. “Acesso à justiça e sociedade moderna”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WANTANABE, Kazuo (coords.) **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WOLF, Mauro. **Teorias da comunicação**. 4.ed. Lisboa: Presença, 1995.

CITIZEN AND FALSE LIBERTY BEFORE THE FUNDAMENTAL RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE

Abstract: This article aims to discuss the relationship between the fundamental right of access to justice, proclaimed by Brazil’s Federal Constitution of 1988 and the prerogative of freedom that is given to the citizen in causes of low monetary value. It tries to analyze the fragility of the discourse of realization of justice without offering to the citizen the real understanding of the problem, along with the need for a Judiciary conscious of its constitutional, political and social functions.

Keywords: Access to justice. Freedom. Citizen. Judicial. Power relations.



CURSO DE DIREITO

REVISTA JURÍDICA DA FA7

— Normas para publicação —

- I. A REVISTA JURÍDICA DA FA7 propõe-se a publicar artigos jurídicos, cujos originais serão submetidos a exame pelo Conselho Editorial.
 - a) Os textos publicados expressam a opinião de seus autores e são de sua exclusiva responsabilidade.
 - b) Os textos deverão caracterizar-se pelo uso adequado do vernáculo, pela concisão, pela precisão e pela clareza.
- II. O Conselho Editorial informará aos autores se seus textos submetidos para publicação foram ou não aprovados.
 - a) Os originais não serão devolvidos.
 - b) Pequenas alterações no texto serão feitas pelo Conselho Editorial.
 - c) Alterações substanciais serão solicitadas pela Comissão Editorial ao autor, que terá sete dias úteis, a contar da data do recebimento da solicitação, para fazê-las. Caso o autor não as faça, seu texto será desconsiderado para publicação.
 - d) Não serão aceitas modificações após o envio dos textos para a gráfica.
- III. Os originais submetidos para publicação deverão ser enviados à coordenação do curso de Direito da FA7, conforme abaixo:
 - a) em uma via impressa em papel tamanho A4, letra Arial, corpo 12, espaço 1,5 entre linhas e entre parágrafos, folhas numeradas e impressas em um só lado;
 - b) em MS Word (.doc), em versão 6.0 ou superior, gravado em cd;

- c) em total obediência às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e do Manual de formatação de monografia jurídica, do curso de Direito da FA7, disponível na biblioteca da faculdade e no seu sítio eletrônico;
 - d) para os textos classificados nos itens 'a' e 'b' da cláusula IV abaixo, com resumo, em português, e abstract, em inglês, com extensão de 80 a 100 palavras cada, mais três ou quatro palavras-chave (com respectivas keywords);
- IV. Os originais submetidos para publicação deverão ser classificados conforme abaixo, obedecendo à respectiva extensão:
- a) Estudos teóricos/ensaios – análises de temas e questões fundamentadas teoricamente, levando questionamentos de modos de pensar o Direito e a novas elaborações (extensão em torno de 6.000 palavras);
 - b) Relatos de pesquisa – investigações baseadas em dados empíricos, recorrendo à metodologia quantitativa e/ou qualitativa. Neste caso, é necessário conter, no mínimo, introdução, metodologia, resultados e discussão (extensão em torno 4.000 palavras);
 - c) Comunicações – relatos breves de pesquisas ou trabalhos apresentados em reuniões científicas/eventos culturais (extensão em torno de 3.000 palavras);
 - d) Ressonâncias – resenhas, comentários complementares e réplicas a textos publicados (extensão em torno de 3.000 palavras);
 - e) Resumos – de tese, dissertação ou monografia devidamente aprovada por banca examinadora de instituição de ensino superior, com identificação do professor orientador (extensão: 200 a 600 palavras).
- V. Os originais submetidos para publicação deverão ser acompanhados de termo de declaração preenchido e firmado pelo autor. O referido termo encontra-se no sítio eletrônico da FA7.
- VI. Permite-se a reprodução de textos publicados na revista, desde que seja citada a fonte.

Fortaleza, 27 de novembro de 2012

Conselho Editorial