

Publicação da Escola Superior de Advocacia Professor Ruy Antunes da OAB/PE

ADVOCATUS

PERNAMBUCO

Ano 4 Outubro 2011 Número 7

Entrevista com o Presidente do TRE-PE, Ricardo Paes Barreto

ARTIGOS:

**A prescrição no processo disciplinar
perante a OAB.**

Empresa individual de responsabilidade limitada.

**O direito marítimo e o desenvolvimento
econômico e intelectual no Nordeste.**

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* DIREITO DO CONSUMIDOR

A OAB-PE, através da sua Escola Superior de Advocacia, ESA-PE, em parceria com a Faculdade Maurício de Nassau e o Procon-PE, oferece curso de Pós-graduação em Direito do Consumidor.

Grade curricular e corpo docente aprovados pelo Procon-PE.

INVESTIMENTO:

22 PARCELAS DE R\$ 170,00

Obs.: Funcionários do Procon-PE e/ou advogados adimplentes na OAB-PE.

MATRÍCULAS

ESA-PE

Fones: (81) 3224.7282 e 3224.2425

LOCAL DO CURSO

FACULDADE MAURÍCIO DE NASSAU

R. Guilherme Pinto, 114, Graças

CEP: 52010-210 - Recife - PE

www.posgraduacao.mauriciodenassau.edu.br

"Nos termos das exigências do MEC, sobretudo, a Resolução CNE/CES nº 1, de 8 de junho 2007".



Promoção:



Certificação:



FAZENDO PARTE DA SUA HISTÓRIA

Grupo Ser Educacional  Gente criando o futuro

Foto: Heliane Rosenthal



Henrique Neves Mariano
Presidente da OAB/PE

Foto: Jorge Gregório



Ronnie Preuss Duarte
Diretor-geral da ESA/PE

Prezado(a) colega,

Ao chegar à 7ª Edição, a Revista *Advocatus* comemora a marca de quase 120 mil exemplares distribuídos gratuitamente aos advogados pernambucanos. É um número que traduz a importância do periódico como veículo difusor do conhecimento jurídico.

Prova do êxito do projeto – e motivo de orgulho de todos que integram a Ordem dos Advogados do Brasil em Pernambuco – é o recente lançamento da “*Advocatus Bahia*” pela seccional baiana. A nova revista foi produzida pela mesma agência que produz a “*Advocatus Pernambuco*”, tendo sido impressa nas oficinas da Gráfica Santa Marta, responsável pela nossa revista desde a primeira edição. Por tal razão, a Revista *Advocatus* será objeto de menção na próxima Conferência Nacional dos Advogados, que terá lugar na cidade de Curitiba no mês de novembro.

A 7ª Edição da Revista *Advocatus* traz como destaque uma entrevista com o Des. Ricardo Paes Barreto, presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco, o qual estará à frente das próximas eleições municipais. Na entrevista, trata da reforma eleitoral, da informatização da Justiça Eleitoral, bem como de temas caros aos advogados pernambucanos.

Nesta edição, a Revista *Advocatus* traz ainda artigos doutrinários versando sobre temas atuais, como a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, o seqüestro relâmpago (elaborado pelo coordenador do curso de pós-graduação da ESA, Bruno Galvão), a prescrição no processo disciplinar, (subscrito pelo Conselheiro Federal Leonardo Accioly) além de um precedente jurisprudencial pioneiro no estado onde o juiz Clécio Bezerra admitiu a conversão de união homoafetiva em casamento. Traz ainda um parecer do advogado Leonardo Carneiro da Cunha tratando da legitimidade da OAB/PE para intervir como assistente simples em recursos onde se discutam os honorários fixados judicialmente.

Como sempre, o material publicado foi criteriosamente selecionado pelo Conselho Editorial no objetivo de possibilitar o aprimoramento técnico-profissional dos colegas advogados.

Ampliando a oportunidade para os membros da OAB/PE divulgarem suas ações, a Revista *Advocatus* conta com a “Palavra da Vice-Presidência”, com o resumo do papel do órgão na gestão, além de uma página apontando as realizações da nossa representação junto ao Conselho Federal, nomeadamente os colegas Leonardo Accioly, Jayme Asfora e Pedro Henrique Reynaldo Alves.

Aproveitem a leitura!

Henrique Neves Mariano
Presidente da OAB/PE

Ronnie Preuss Duarte
Diretor-geral da ESA/PE

BUSINESS SCHOOL MAURÍCIO DE NASSAU

VOCÊ NO CAMINHO CERTO PARA SE TORNAR UM LÍDER.

Todo mundo tem um talento, mas, para se destacar no mercado, você precisa ir além. É por isso que a Business School Maurício de Nassau oferece uma orientação qualificada, professores preparados e a mais moderna estrutura. Aqui você desenvolve seu talento, constrói uma grande carreira e aproveita uma área de 15 mil m² com espaço executivo para empresas, estacionamento interno com segurança, biblioteca completa, wi-fi em todo o *campus* e muito mais. Destaque-se no mercado de trabalho com a Business School Maurício de Nassau.



FOTO MERAMENTE ILUSTRATIVA

COMUNICAÇÃO:

Comunicação Empresarial
Fotografia
MBA em TV Digital

TECNOLOGIA:

Gestão em Tecnologia da Informação
Administração de Redes Linux
Administração de Redes Microsoft
Banco de Dados
Gestão da Inovação

SAÚDE:

Gestão em Saúde
Auditoria em Sistema de Saúde
Terapia Manual e Postural
MBA em Gestão da Qualidade em Saúde

NEGÓCIOS:

MBA em Gestão Pública: Orçamento, Finanças, Contabilidade, Controles e Auditoria no Setor Público
MBA em Marketing Esportivo
MBA em Gestão de Pessoas
MBA Executivo em Gestão Empresarial
MBA em Marketing e Publicidade
MBA Executivo em Logística Empresarial
MBA em Gestão de Varejo de Produtos e Serviços
MBA em Banking
MBA em Auditoria e Controladoria
MBA em Gestão Hoteleira e Eventos Turísticos
MBA em Gestão Portuária
MBA em Gestão de Esportes
MBA em Gestão de Sustentabilidade e Empreendedorismo Social nas Organizações
MBA em Gestão Empresarial de Negócios Eletrônicos
Engenharia de Segurança do Trabalho
Gestão de Qualidade e Segurança de Alimentos

JURÍDICO:

Direito Eleitoral
Direito Ambiental e Urbanístico
Direito Tributário
Direito Processual: Civil, Constitucional, Penal e Trabalhista
Direito Marítimo e Portuário
Direito Material e Processual do Trabalho
Direito e Gestão do Trânsito

POSGRADUACAO.MAURICIODENASSAU.EDU.BR

(81) 3413.4603 | RUA TREZE DE MAIO S/N – SANTO AMARO

EXPEDIENTE

Diretoria da OAB/PE**Presidente**

Henrique Neves Mariano

Vice-presidente

Catarina Almeida de Oliveira

Secretário-geral

Pelópidas Soares Neto

Secretário-geral Adjunto

Bruno de Albuquerque Baptista

Tesoureiro

Hebron Costa Cruz de Oliveira

*

Diretoria da ESA-PE**Diretor-geral**

Ronnie Preuss Duarte

Diretor-tesoureiro

Gustavo Ramiro Costa Neto

Diretor-secretário

José Pandolfi Neto

Diretor Cultural

Venceslau Tavares Costa Filho

Diretor de Comunicação

William Ferreira de Melo

*

Conselho Editorial**Presidente**

Ronnie Preuss Duarte

Membros

Gustavo Ramiro Costa Neto

José Pandolfi Neto

Venceslau Tavares Costa Filho

William Ferreira de Melo

Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

André Regis de Carvalho

Leonardo Carneiro da Cunha

*

Projeto gráfico e realização

Mais Comunicação

Coordenação do projeto:

Fábio Ferreira Gueiros

Jornalismo

Executiva Press

Fotografia

Ricardo Almoêdo, Léo Caldas (Ag. Titular)

Diagramação

Luís Damário

Tiragem: 16.000 exemplares**Impressão:** Gráfica Santa Marta**ISSN:** 2177-3416

*

A revista *Advocatus Pernambuco* é uma publicação da Escola Superior de Advocacia Professor Ruy Antunes da OAB/PE.

A revista *Advocatus Pernambuco* não se responsabiliza pelos conceitos emitidos em artigos assinados. A reprodução, no todo ou parcialmente, de suas matérias só é permitida desde que citada a fonte.

**ESA/OAB/PE**

Rua do Imperador Dom Pedro II, 307
Edf. Armando Monteiro Filho, 1º Andar
Santo Antônio - Recife-PE - CEP: 50010-240
e-mail: esape@smartsat.com.br
Fone: (81) 3224-7282
Fax: (81) 3224-2604

APRESENTAÇÃO	03
EDITORIAL	07
Honorários esmolares Ronnie Preuss Duarte	
PALAVRA DA VICE-PRESIDENTE	10
Catarina Almeida de Oliveira	
ESPAÇO DO CONSELHO FEDERAL	11
ENTREVISTA	12
Ricardo Paes Barreto	
ARTIGOS	
Aspectos destacados do Direito Marítimo, <i>Lex mercatoria</i> e <i>Lex maritima</i> Osvaldo Agripino de Castro Junior	14
A prescrição no processo disciplinar perante a OAB Leonardo Accioly da Silva	23
Dialética nos contraditórios judicial e arbitral: a arte do Direito e sua regulação Carlos Eduardo de Vasconcelos	28
Conceito de ofensa direta à Constituição para fins de cabimento de recurso extraordinário – normas constitucionais abertas de Direito Processual, inafastabilidade da tutela jurisdicional e motivação das decisões judiciais Hugo Filardi	40
Nacionalidade (à) brasileira: problemas e desencontros normativos João Cláudio de Carvalho	49
A adequação e a aplicabilidade da Lei nº 11.923/2009 (sequestro relâmpago) frente à lei dos crimes hediondos Érico Bruno Galvão de Freitas	60
Empresa individual de responsabilidade limitada Frederico Garcia Pinheiro	69
Incidência da norma jurídica: a questão da imunidade tributária cultural Isabel Arruda Matheos de Lima	79
Da suscitação de dúvida na atividade registral Maria José do Amaral	88
Modulação dos efeitos das decisões em direito tributário, segurança jurídica e os julgados do STF Karina Kauffman	91
As correntes doutrinárias sobre a natureza jurídica do <i>amicus curiae</i> Diogo Souza Moraes	97
A legalização do aborto e sua consequente descriminalização no cenário norte-americano: um comparativo com a realidade brasileira Ângela Simões de Farias e Marcela Neves Baptista Lins	100
O Direito Marítimo e o desenvolvimento econômico e intelectual no Nordeste Ingrid Zanella Andrade Campos	105
Breves anotações sobre a publicidade dirigida ao público infantil no Brasil Raíssa Alencar de Sá Barbosa	110
MODELOS E PARECERES	
Modelo: <i>Habeas corpus</i> impetrado pela OAB/PE em favor de advogado para trancamento de ação penal por ausência de justa causa Emerson Davis Leônidas Gomes	115
Parecer: Habilitação da OAB/PE como assistente simples em causas que versem sobre fixação módica de honorários advocatícios sucumbenciais Leonardo Carneiro da Cunha	120
PRECEDENTE	124
Decisão judicial de conversão de união estável em casamento Clicério Bezerra e Silva	

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A ESA/OAB-PE assegura a educação continuada e o aperfeiçoamento profissional dos advogados pernambucanos. Estamos lançando mais duas turmas dos Cursos de Especialização em:

- ✦ DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL
- ✦ DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

Inscrições abertas

Início das aulas: NOVEMBRO (aulas quinzenais sempre aos sábados)

Horário: 8h às 17h

Local: Faculdade Joaquim Nabuco/Recife

Carga horária: 360h/aula

Investimento:

Matrícula de R\$ 180,00 + 18 mensalidades de **R\$ 180,00**
(pagamento com cheques pós-datados)

Documentação necessária:

- Cópia do RG e CPF (com original para conferência)
- Comprovante de Residência (com original para conferência)
- 02 Fotos 3 x 4 (Recente)
- Currículo do aluno
- Diploma ou Certificado de Conclusão do Curso de Graduação (cópia autenticada)
- Histórico da graduação (cópia autenticada)



Ronnie Preuss Duarte

Honorários esmolares

No Brasil de hoje, a magistratura é indiscutivelmente bem remunerada. Os salários dos magistrados brasileiros, em termos absolutos, são maiores que aqueles percebidos pelos seus congêneres europeus ou estadunidenses. Comparando-se com a remuneração média do trabalhador, a diferença é ainda maior. Aqui, os juízes ganham muito, muito mais que um cidadão da classe média.

Há umas semanas, o noticiário jornalístico deu conta da iminência da deflagração de um movimento de paralisação por parte da magistratura federal, objetivando dentre outras reivindicações, um incremento na respectiva remuneração.

Deixando de lado maiores considerações sobre a legitimidade desse movimento paredista togado, não deixa de ser curioso que ele é integrado por segmento da magistratura que é recorrente na fixação de honorários irrisórios. Querem ganhar mais, enquanto impõem aos advogados honorários aviltantes. Ao que parece, há uma percepção equivocada no tocante às dificuldades que recaem sobre os ombros dos profissionais da advocacia.

Há juízes jovens que jamais puderam conhecer com maior proximidade os meandros da atividade advocatícia, o que impede o reconhecimento das responsabilidades e dos riscos profissionais aos quais o causídico se expõe. Outros, são tomados por um desconforto decorrente da iminência de o advogado auferir em uma única oportunidade um valor significativo.

Advogar é uma atividade de risco. Só quem advoga sabe a sobrecarga de responsabilidades acrescidas nas causas de maior vulto. Só o advogado conhece as ansiedades e incertezas que são recorrentes no exercício da

profissão liberal, notadamente no que toca à necessidade de auferir mês a mês o ganho necessário à garantia do próprio sustento e dos colaboradores da banca.

O advogado não ganha salário ou possui garantia de remuneração fixa; não tem jornada de seis horas; não tem férias em dobro (os liberais, nem as simples, aliás!); não pode fazer greve para incrementar a remuneração e é o primeiro destinatário das tensões que afligem uma sociedade que anseia por serviços judiciários de maior qualidade.

Preocupada com o estado de coisas – e calçada em parecer do Prof. Leonardo Carneiro da Cunha – a Ordem dos Advogados do Brasil passará a intervir como assistente nas demandas onde se verificar a fixação de honorários irrisórios, no objetivo de assegurar aos advogados uma remuneração condigna pela respectiva atuação profissional.

A atividade do advogado merece respeito. Que os óbolos sejam guardados para a saída da missa domingueira.

Ronnie Preuss Duarte

Presidente do Conselho Editorial
da Revista Advocatus

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

4ª Edição



APRESENTAÇÃO INSTITUCIONAL

Incontestável

Isenta, independente e relevante, a Apresentação Institucional das Sociedades dos Advogados é reconhecida como documento útil e indispensável ao relacionamento entre os advogados e a comunidade empresarial. Foram quatro edições publicadas desde 2008 pela revista Negócios PE, que atingiram o crescente universo de bancas especializadas e respeitadas de Pernambuco. Capital intelectual, foco de atuação e credibilidade fazem da Apresentação Institucional das Sociedades dos Advogados um produto diferenciado, o que já foi comprovado pelos mais de setenta escritórios que já estamparam seus serviços nas páginas dela.

Negócios PE

Empresas, Mercados, Empresários e Executivos





Catarina Almeida de Oliveira

AOAB é uma entidade colegiada que se apresenta ao público, marcadamente, na figura de seu presidente. Principalmente, quando se trata de um líder atuante e competente, como encontramos, atualmente, à frente do Conselho Federal, na pessoa de Dr. Ophir Cavalcante, assim como, à frente de nossa Seccional Pernambucana, Dr. Henrique Mariano. Daí, muitas pessoas questionarem qual é, efetivamente, o papel do Vice-presidente, além de substituir o presidente, quando necessário, e cumprir as atribuições por ele, eventualmente, delegadas.

A própria estrutura da OAB responde essa pergunta, ao estabelecer competências e responsabilidades coletivas de acordo com as finalidades de cada órgão que a integra, da seguinte forma:

Em Pernambuco, a seccional da OAB é composta pelo Conselho Seccional Pleno, pelas 1ª e 2ª Câmaras, pela Diretoria, pela Caixa de Assistência aos Advogados de Pernambuco, pelas Subseções, pela Escola Superior de Advocacia Ruy Antunes e pelo Tribunal de Ética e Disciplina.

A Diretoria, por sua vez, é composta pelo Presidente do Conselho, pelo Vice-presidente, pelo Secretário-geral, pelo Secretário-geral Adjunto e pelo Tesoureiro, com competência colegiada elencada no artigo 49 do Regimento Interno da OAB/PE¹.

Para cumprir, coletivamente, suas atribuições, é necessário que a Diretoria cumpra uma agenda de reu-

niões que viabilizem decisões refletidas e democráticas como as que marcam a atual gestão. Além do contato diário que faz dos cinco dirigentes, uma verdadeira equipe trabalhando pelos objetivos e finalidades da OAB.

Compete ainda, ao Vice-presidente, presidir a Primeira Câmara do Conselho Seccional que é composta pelos conselheiros titulares e suplentes, em número que não exceda à metade do total, e secretariada pelo Diretor Tesoureiro, tendo as seguintes atribuições, conforme o Regimento Interno da OAB/PE:

Art. 28

“Compete à Primeira Câmara:

I – Originariamente, conhecer, discutir, deliberar e decidir processos relativos a:

a) Pedidos de inscrição nos quadros de advogados e estagiários;

b) Atividade de Advocacia e direitos e prerrogativas dos advogados e estagiários, ressalvada a competência privativa do Conselho Seccional Pleno de processar e decidir desagravos públicos de advogados inscritos na Seção na forma do disposto no Regulamento Geral;

c) Incompatibilidades e Impedimentos;

d) Sociedade de advogados;

e) Representações sobre matéria de sua competência;

f) Impedimentos e suspeições de seus membros;

g) Incidentes de uniformização das decisões de sua competência.

II – Julgar os recursos interpostos contra decisões de seu Presidente.

As sessões da Primeira Câmara acontecem, ordinariamente, nas últimas terças-feiras de cada mês, excetuando Janeiro e Julho, no auditório localizado na sede da OAB/PE.

Pessoalmente, minha experiência na Vice-presidência da OAB/PE, especialmente por integrar um grupo sólido, ético, destemido e leal, que inclui os funcionários do quadro permanente da Instituição, me permite afirmar a importância da OAB, para além dos interesses da classe, na construção da sociedade justa que tanto queremos.

Catarina Almeida de Oliveira

Vice-presidente da OAB/PE

1. Art. 49. Cabe à Diretoria, coletivamente:

I – Expedir Instruções para execução das decisões do Conselho Seccional;

II – Apresentar ao Conselho Seccional, balancetes trimestrais, o balanço geral e as contas da administração do exercício anterior, bem como relatório circunstanciado dos trabalhos do ano decorrido, inclusive dos processos julgados, para fins de estatística;

III – Elaborar a proposta orçamentária;

IV – Distribuir ou redistribuir atribuições e competências entre os seus membros;

V – Elaborar e aprovar o plano de cargos e salários e a política de administração do pessoal à luz de proposta do Secretário Geral;

VI – Estabelecer critérios para cobertura das despesas dos Conselheiros e, quando for o caso, dos membros das Comissões e de convidados da Diretoria, para o comparecimento à reunião ou a outras atividades;

VII – Fixar critérios para aquisição e utilização de bens ou serviços de interesse da Seção;

VIII – Disciplinar o funcionamento da Escola Superior de Advocacia e designar os respectivos diretores;

IX – Alienar ou onerar bens imóveis;

X – Eleger a Comissão Eleitoral;

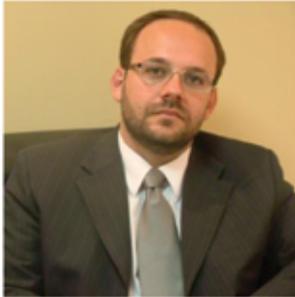
XI – Designar o grupo gestor para auxiliá-la na utilização dos recursos do Fundo Cultural;

XII – Declarar extinto o mandato de Conselheiros e demais dirigentes eleitos na Seção, quando ocorrer quaisquer das hipóteses previstas no art. 66 do Estatuto da Advocacia e da OAB, observado o que, a respeito, dispõe o seu Regulamento Geral;

XIII – Resolver os casos omissos no Estatuto, no Regulamento Geral e neste Regimento, “ad referendum” do Conselho e exercer as demais atribuições previstas neste Regimento.

CONSELHEIROS FEDERAIS DA OAB-PE: A VOZ DE PERNAMBUCO NA OAB NACIONAL

CAMPANHA EM DEFESA DO CNJ TEM PARTICIPAÇÃO DIRETA DO CONSELHEIRO LEONARDO ACCIOLY



O conselheiro federal Leonardo Accioly integra a Segunda Câmara do Conselho Federal da OAB, onde tem contribuído com a redução do número de processos disciplinares pendentes de julgamento.

Também responde pela vice-presidência da Comissão Nacional de Relações Institucionais do Conselho Federal, tendo

participação fundamental na campanha em favor do fortalecimento do Conselho Nacional de Justiça.

A campanha – lançada no dia 21 de março – foi apresentada durante um encontro entre a Corregedora Nacional de Justiça, Ministra Eliana Calmon; o presidente da Comissão, José Norberto Lopes Campelo; e o vice-presidente, Leonardo Accioly. A proposta é alertar a sociedade brasileira para situações que podem enfraquecer e até esvaziar o CNJ. Segundo Accioly, uma das questões preocupantes é a atuação de ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) que suspenderam decisões do CNJ. “Se houver um entendimento do STF de que o Conselho não tem competência para processar e julgar originalmente os magistrados, o CNJ deixará de ter razão de ser, já que os principais avanços até aqui observados, tem se dado no campo da Corregedoria, que tem tido atuação exemplar, merecendo os aplausos de toda a sociedade brasileira”, afirma.

O conselheiro também foi o autor do voto, proferido no pleno da entidade, que resultou no apoio oficial da OAB Nacional à Proposta de Emenda Constitucional que passa a exigir a obrigação de diploma de jornalista para o exercício profissional.

CELERIDADE – Já o trabalho realizado pelo conjunto da Segunda Câmara, sob a presidência da Secretária Geral Adjunta, Márcia Melaré, vem resultando na redução significativa da pauta de processos para apreciação. Segundo ele, o trabalho teve início em janeiro de 2010, quando havia 1.284 processos remanescentes. Além disso, 832 novos processos ingressaram na Câmara em 2010. Desse total, apenas 649 estavam ainda pendentes em 31 de dezembro de 2010. [i]

(i) Dados oficiais fornecidos pelo CFOAB

ACOMPANHAMENTO DO LEGISLATIVO É UM DOS TRABALHOS FUNDAMENTAIS DA OAB NACIONAL A CARGO DO CONSELHEIRO PEDRO HENRIQUE REYNALDO

Presidente da Comissão Especial de Acompanhamento do Legislativo da OAB, o conselheiro federal Pedro Henrique Reynaldo Alves, explica que a advocacia possui extensa pauta de interesses em discussão no Congresso Nacional, em diversos Projetos de Lei que tratam desde a reforma do CPC até as questões mais específicas como a instituição de férias para os advogados, criação dos honorários de sucumbência na Justiça do



Trabalho e atribuição de competência para a OAB promover ação penal nos casos de abuso de autoridade, em casos de violações às prerrogativas dos advogados.

“A missão dessa Comissão é a de acompanhar a tramitação dos projetos de lei de interesse da classe no Congresso Nacional, em constante interação com os parlamentares. É uma atividade essencial para o fortalecimento da advocacia, seja no apoio as nossas conquistas como para prevenir e evitar retrocessos em relação aos direitos e prerrogativas dos advogados”, explica.

Pedro Henrique vem atuando junto ao Conselho Federal pela segunda vez. Na primeira, durante a gestão de Jayme Asfora à frente da OAB-PE, ocupou os cargos de secretário-geral da Comissão Nacional da Advocacia Pública e de relator da Comissão Especial de Revisão do Quinto Constitucional. Atualmente, além da Comissão de Acompanhamento do Legislativo, o conselheiro atua na Primeira Câmara – que cuida do julgamento dos recursos em processos de inscrição nos quadros da OAB, impedimentos, incompatibilidades e desagravos dos advogados. Nas suas atividades plenárias, teve destaque como um dos membros da Comissão de Arguição dos candidatos às três vagas de ministro do STJ, recentemente providas por indicação da OAB Federal.

JAYME ASFORA COMANDA COMISSÃO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DA OAB

Uma das principais comissões temáticas do Conselho Federal da OAB, a de Direitos Humanos, tem à frente o



conselheiro federal da OAB-PE e ex-presidente da Seccional, Jayme Asfora. Entre as diversas ações já realizadas por ele desde que assumiu o posto, no início da gestão do presidente Ophir Cavalcante, está, por exemplo, a elaboração de um projeto de Humanização do Sistema Penitenciário, que visa pressionar os governos federal e estaduais para que o sistema carcerário torne-se prioridade de gestão.

Também coube à Asfora, acompanhar os trabalhos realizados pelo Senado Federal sobre a questão da violência no campo e os recentes assassinatos de lideranças camponesas nos Estados do Pará, Amazonas, Rondônia e do Acre. “Esses são alguns exemplos do trabalho da Comissão que tem uma vasta atuação, lembrando que o próprio Estatuto da Advocacia e da OAB determina, em seu artigo 44, que é papel da entidade, defender os direitos humanos”, ressalta Asfora. Segundo ele, a OAB tem a função não só de fazer valer os direitos humanos, como também ser um dos principais articuladores de projetos e iniciativas que objetivem o respeito aos princípios básicos previstos na Constituição.

Jayme Asfora também procura priorizar todas as ações que visem consolidar e ampliar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos homossexuais, como é o caso do projeto de lei do “Estatuto da Diversidade”.

RECONHECIMENTO– Ainda este ano, Jayme Asfora foi agraciado com a medalha Ruy Antunes, outorgada pela Escola Superior de Advocacia (ESA) elo seu trabalho em favor dos advogados pernambucanos durante sua gestão à frente da OAB-PE.

A bancada pernambucana também é composta pelos conselheiros federais suplentes Emerson Leônidas, Misael Montenegro e Mozart Borba



Ricardo Paes Barreto

Presidente do TRE/PE

O desembargador Ricardo Paes Barreto foi eleito para a presidência do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco (TRE/PE) pelos membros da corte no dia 23 de março deste ano, para o biênio 2011/2013. Entre as prioridades da sua gestão está a instalação dos serviços da biometria (voto a partir da impressão digital dos eleitores), o que significaria 100% de atuação sem a possibilidade de fraude.

Nesta entrevista à Revista Advocatus, ele defende a importância do TRE para o fortalecimento da democracia brasileira, destaca a importância da formação continuada dos advogados e opina sobre temas como o quinto constitucional e o tempo de mandato na presidência do Tribunal. Ele afirma que o processo judicial eletrônico já está em fase de implantação no órgão e fala sobre a nova publicação especializada da Escola Judiciária Eleitoral, que deve ser lançada ainda neste ano.

REVISTA ADVOCATUS - O TRE é mesmo necessário? Nas discussões do projeto de reforma política e eleitoral, isso já foi colocado em causa, já que seria uma particularidade brasileira.

RICARDO PAES BARRETO - *Eu penso que o TRE é essencial ao fortalecimento de nossa democracia, tanto que hoje temos o serviço eleitoral mais moderno do mundo, em breve isento de qualquer possibilidade de fraudes com o sistema biométrico de cadastramento dos eleitores. Essa é a particularidade, diferente do mundo afora, inclusive as grandes potências, em que o sistema de coleta de votos é quase*

arcaico. Portanto o raciocínio é exatamente ao contrário. Toda reforma política tem temas comuns, que quase todos os seguimentos aprovam, mesmo com algumas ressalvas, e outros polêmicos, como é o caso dessa proposta, para mim totalmente casuísta para resguardar interesse escusos sabe-se lá de quem. Serei contrário sob qualquer circunstância.

RA – Se o TRE é um órgão federal, porque manter uma estrutura que é majoritariamente composta por magistrados estaduais?

RPB – *Por uma questão muito simples, os juízes que exercem jurisdição no interior são estaduais e cuidam das eleições em sua grande maioria. Poucos são os municípios que possuem Vara Federal. Ademais, o TRE é uma Corte plural, com composição de magistrados estaduais, federal e advogados, com mandato certo, para que não haja enraizamento e vinculação de seus membros com a política do momento.*

RA – Quais as principais diferenças entre o TRE e o TJPE no que concerne ao respectivo funcionamento?

RPB – *O TRE cuida de matéria eleitoral pura, tem composição plural e seus membros possuem mandato, enquanto que o TJPE cuida das matérias comuns previstas em seu regimento e nas normas de competência, tem composição parcialmente plural, dos quintos do MP e da advocacia, todos com mandato vitalício até os 70 anos.*

RA – O senhor já advogou? O que acha da profissão? Qual o tratamento que os advogados podem esperar da presidência do TRE-PE?

RPB – Já advoguei com muita honra e acho a advocacia uma profissão maravilhosa. Minha esposa e meus três filhos são dessa área e eu me orgulho muito disso. Acho apenas que é preciso uma melhor formação continuada dos advogados em geral, missão que deve ser confiada à Escola da Advocacia, do mesmo modo que a Escola da Magistratura vem treinando constantemente os magistrados, como forma de prestarmos todos um melhor serviço judicial aos que da Justiça necessitam..

RA – O que o senhor acha do instituto do quinto constitucional e como tem sido a atuação dos magistrados oriundos da advocacia? O senhor acha que o fato de a nomeação partir do Poder Executivo compromete a parcialidade do magistrado oriundo do quinto?

RPB – O quinto constitucional é muito criticado dentro da magistratura, especialmente pelas nossas Associações de Classe, sob fundamento de que se retira do magistrado de carreira o direito de acesso aos tribunais, em detrimento de indicações políticas. Isso é um fato. Eu pessoalmente acho que o quinto oxigena os tribunais e não tenho restrições à sua manutenção, acho apenas que o instituto deveria ser aperfeiçoado, mediante amplo debate envolvendo os segmentos interessados no assunto.

RA – O que o senhor acha do mandato de dois anos para os magistrados do TRE? É suficiente?

RPB – Sim, pois como disse o TRE lida sempre com a política, recomendando uma constante renovação de seus membros, sendo certo que este mandato pode ser renovado por mais dois anos, quando assim desejarem os tribunais TJ e TRF, ou mesmo em relação aos advogados.

RA – Há a previsão de alguma inovação em termos administrativos e, sobretudo, tecnológicos no âmbito do TRE-PE?

RPB – O TRE-PE se destaca entre os TREs do país pela excelência de seus serviços e de seu quadro de servidores, e está em constante aperfeiçoamento de seus servidores e serviços, como forma de cada vez mais prestar um serviço melhor a toda nossa população.

RA – Qual o volume de processos que atualmente tramita no TRE-PE?

RPB – De acordo com os dados do Sistema de Acompanhamento de Documentos e Processos, encontram-se, atualmente, tramitando no Tribunal 243 processos, incluindo os de natureza administrativa. O número foi bastante reduzido, desde que implantamos a Meta Zero processual.

RA – Desse total, quantos processos já foram ajuizados e tramitam em meio eletrônico no TRE-PE?

RPB – O processo eletrônico está em fase de implantação, e logo todo o sistema será eletrônico. Há metas estipuladas neste sentido e esperamos concretizá-las o mais rápido possível.

RA – O TRE tem uma Escola Eleitoral. Quais as novidades que a sociedade pode esperar da Escola? Alguma perspectiva de parcerias com a ESA??

RPB – Estamos também procurando dinamizar a Escola e no ano que vem esperamos realizar muitos eventos, procurando envolver nesse projeto todos os seguimentos ligados a tema eleitoral, inclusive a mídia.

RA – Considerando que menos de 5% dos advogados pernambucanos possuem certificado digital, como o TRE-PE pretende contribuir para disseminar a prática do processo eletrônico, sem restringir o acesso dos advogados e da população à justiça, principalmente nas cidades do interior?

RPB – Isso caberá à OAB viabilizar.

RA – Está confirmado que haverá um novo concurso público para o Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco (TRE-PE)? Quando será?

RPB – O edital já foi publicado e as provas serão dia 11 de dezembro.

RA – A ESA-PE publica, há quase quatro anos, a Revista Advocatus, direcionada aos advogados e que é hoje a segunda maior publicação do gênero no país em número de exemplares. Soubemos que a Escola Judiciária Eleitoral deve lançar revista especializada em Direito Eleitoral, ainda este ano. Como o senhor acha que a nova revista do TRE-PE pode servir de suporte para os advogados que atuam na área eleitoral? Qual será a tiragem?

RPB – Não temos ainda a informação acerca da tiragem, mas a revista servirá como instrumento de aperfeiçoamento de todos aqueles que lidam com a matéria eleitoral, bastante especializada. Essa área tem grande possibilidade de oportunidades para os advogados, daí ser importante viabilizar instrumentos materiais que possam servir na preparação dos novos advogados e no aperfeiçoamento dos mais antigos, sempre com a visão voltada para a melhoria da prestação jurisdicional como um todo.

ASPECTOS DESTACADOS DO DIREITO MARÍTIMO, *LEX MERCATORIA* E *LEX MARITIMA*

Oswaldo Agripino de Castro Junior

Advogado (www.adsadvogados.adv.br), Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da UNIVALI (www.univali.br/ppcj), Doutor em Direito (UFSC), onde coordena o Grupo de Pesquisas Regulação da Infraestrutura e Juridicidade da Atividade Portuária (CNPq). Pós-Doutor em Regulação da Infraestrutura – Harvard University, com recursos da CAPES. Coordenador Científico do Curso de Direito Marítimo e Portuário das Faculdades Maurício de Nassau, Recife e Salvador. Oficial de Náutica da Marinha Mercante, ex-piloto de navios da Petrobras, Vale do Rio Doce e Libra e viajou durante quatro anos para 27 países. Endereço eletrônico: agripino@adsadvogados.adv.br.

INTRODUÇÃO

De forma introdutória e conceitual, esse artigo objetiva, em breves notas, contribuir para o Direito Internacional Privado brasileiro por meio do estudo dos principais aspectos do Direito Marítimo¹ e da *Lex Maritima*, ora considerada como os usos e costumes usados no transporte marítimo internacional, bem como indicar bibliografia básica sobre o tema.

Assim, o artigo pretende, ainda, revigorar a Te-

oria Geral do Direito Marítimo e do Direito Internacional Privado brasileiros e difundir o Direito Marítimo, disciplina autônoma² que tem como objeto regular as relações jurídicas que se dão em torno do navio, como contratos de transporte de bens e pessoas, contratos de afretamento de embarcações, responsabilidade civil, ressaltando-se que o navio opera num ambiente de regulação interna (ANTAQ, CONIT³, DPC⁴, dentre outros) e externa (IMO, OMC, OMA - Organização Mundial das Aduanas, dentre outros).

O Direito Marítimo, como sofre grande influência da economia internacional, é uma disciplina com forte grau de dinamismo e que, portanto, requer um processo constante de atualização. Além disso, há uma preocupação permanente em reconhecer o Direito Marítimo e sua relação com o Direito Regulatório do Transporte Aquaviário e da Atividade Portuária, como instrumentos importantes para a eficácia dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil⁵.

O Direito e a Regulação devem atender, preservado o interesse público, as demandas dos agentes econômicos, nesse caso usuários dos serviços de transportes marítimos, aumentar a eficiência das transações comerciais e, conseqüente, redução dos seus custos, de forma sustentável. Nesse cenário, a crítica da *Lex Maritima*, ou sua incorporação com a filtragem com fundamento na ordem pública, é relevante, não obstante parte da doutrina estrangeira defendê-la como importante para a uniformização do Direito Marítimo.

Pretende-se, dessa maneira, tratar da percepção do Direito Marítimo como disciplina que possa contribuir para defesa dos interesses dos usuários dos serviços de transportes marítimos, vez que o Brasil, ao transportar somente 1 % das mercadorias do seu comércio exterior em navios de bandeira própria, tem alto grau de dependência

1. Sobre o tema, com maior profundidade, com a abordagem de vários temas relevantes para o Direito Marítimo, por meio de treze artigos que tratam da regulação econômica do setor de transportes marítimos, contratos internacionais, cabotagem, NVOCC, Direito Ambiental Marítimo, Representação do Brasil na IMO, dentre outros: CASTRO JUNIOR, Oswaldo Agripino de. (org.) *Direito Marítimo, Regulação e Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

2. Nessa linha de revigoramento do Direito Marítimo brasileiro sem, contudo, aprofundar as relações da disciplina nos ambientes interno (agência reguladora independente – ANTAQ) e internacional (supranacional – OMC, UNCTAD e IMO): DOS ANJOS, José Haroldo; GOMES, Carlos Rubens Caminha. *Curso de Direito Marítimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, do qual tivemos oportunidade de colaborar; MARTINS, Eliane Maria Octaviano.

Curso de Direito Marítimo. Vols. I e II, 3ª. ed. São Paulo: Manole, 2008.

3. Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transportes, criado pela Lei n. 10.233/2001, cuja primeira reunião se deu no segundo semestre de 2009, ou seja, quase uma década após sua criação.

4. Diretoria de Portos e Costas, com sede no Rio de Janeiro, exerce importante atuação na esfera da autoridade marítima brasileira, que é o Comandante da Marinha.

5. Conforme art. 3º, da Lei Maior: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

dos transportadores internacionais.

São várias as razões para tal dependência, mas dentre elas podem ser enumeradas a falta de uma política de Marinha Mercante de longo prazo, ou seja, política de Estado, bem como a concorrência desleal que as empresas de navegação brasileiras sofrem dos navios de bandeira de conveniência e a ineficácia do Poder Público para combater tais ilegalidades⁶, especialmente contrato de transporte de adesão, com cláusulas abusivas, com lei aplicável decorrente de convenção não ratificada pelo Brasil e foro no estrangeiro, fundados na Lex Maritima.

Diante de tais fatos, pretende-se contribuir para a difusão de um Direito Marítimo que procure defender os interesses dos usuários dos serviços de transportes marítimo – cargo owners, tendo em vista que é difícil conciliar em termos convencionais os interesses dos países possuidores de navios (ship owners countries), categoria a qual não pertence o Brasil. A criação e a recepção de uma convenção internacional para equilibrar os interesses dos países ship owners x países cargo owners, não é impossível, mas é um tour de force, que precisa de um foro multilateral cooperativo como a OMC para que se torne realidade. Nesse quadro, a percepção da Lex Maritima de forma crítica é relevante.

Tal assertiva tem fundamento na linha de atuação que o Brasil adotou ao não ratificar qualquer das quatro convenções que regulam a responsabilidade civil no transporte marítimo, apesar dos usuários brasileiros, regra geral, sem opção de transporte ou orientação regulatória, aceitarem as cláusulas do Bill of lading – conhecimento de embarque marítimo – que se fundamentam em tais normas por meio da fonte de direito denominada Lex Maritima⁷.

O texto será desenvolvido de forma interdisciplinar em dois capítulos. O Capítulo 1 trata de alguns conceitos relevantes do Direito Marítimo, conceitua-o e relaciona-o com outras disciplinas ju-

rídicas e ramos do conhecimento. O Capítulo 2 trata da relação da citada disciplina com outros ramos do Direito, a Lex Mercatoria e a Lex Maritima. Por fim, são feitas as conclusões para melhor percepção crítica da Lex Maritima no direito brasileiro⁸.

1. DIREITO MARÍTIMO: CONCEITOS RELEVANTES

1.1. O TRANSPORTE MARÍTIMO NO MUNDO GLOBALIZADO

O globo terrestre possui 27 % da superfície do globo formada por continente e 73 % de espaços marítimos⁹, o que faz com que cerca de mais de 90 % das mercadorias sejam transportadas pelo mar. A atividade comercial que envolve o transporte aquaviário (business shipping) é conceituada como o movimento físico de bens e pessoas de portos fornecedores para portos de demanda assim como as atividades exigidas para apoiar a facilitar tal movimento. Segundo Kendall e Buckley:

o transporte de mercadoria por navios é o que dá vitalidade à economia de muitos países, situados ou não no litoral (...). Com quase três quartos da superfície da terra coberta por água. O transporte marítimo necessariamente possui um papel muito relevante no comércio internacional¹⁰.

1.2. EMPRESA TRANSNACIONAL

Além da concorrência desleal, do cartel e do contexto de liberalização dos transportes marítimo internacional¹¹, nessa indústria, muitas empresas buscam reduzir custos, especialmente com o registro dos seus navios em países de bandeiras de conveniência, de forma que essas empresas podem ser consideradas trans-

6. Sobre o tema da concorrência desleal no setor de transportes e portos, deve-se mencionar o I Seminário UNIVALI e CADE sobre Defesa da Concorrência e Regulação Econômica de Transportes e Portos, inédito no Brasil, realizado no dia 30 de março de 2010, a pedido do CADE, na UNIVALI, Campus de Itajaí, sob coordenação do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da mesma universidade.

7. Considerada como usos e costumes do transporte marítimo internacional que, todavia, não podem prevalecer no direito brasileiro se violarem a ordem pública, nos termos do art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, que assim dispõe: "Art. 17º - As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes." Embora haja autonomia da vontade nos contratos internacionais, essa autonomia não é absoluta, mas relativa, vez que encontra limite no ordenamento jurídico pátrio, seja na LICC, seja na Teoria Geral dos Contratos do Código Civil.

8. Pesquisa de jurisprudência realizada na Jurisprudência Unificada da página eletrônica do Portal da Justiça Federal da expressão Lex Maritima, não encontrou julgado, mas com Lex Mercatoria, obteve-se seis julgados, relativos à homologação de sentença estrangeira e carta rogatória, todavia, nenhum relacionado ao transporte marítimo. BRASIL. Portal da Justiça Federal. Administrado pelo Conselho da Justiça Federal. Jurisprudência Unificada. Disponível em: <www.jf.jus.br/cjf>. Acesso em: 10 abr. 2010.

9. DE MOURA, Geraldo Bezerra. Direito da Navegação. São Paulo: Aduaneiras, 1991, p. 65-66.

10. KENDALL, Lane C.; BUCKLEY, James J. The Business of Shipping. 7th edition. Centreville: Cornell Maritime Press, 2001, p. 7.

11. Numa perspectiva liberal, com base, na política de liberalização do uso dos mares do holandês Hugo Grotius, autor de Mare Liberum sive de iure quod Batavis competit ad Indicana Commercium (1609), a qual não nos filiamos, e com o objetivo de estudar se o Direito Internacional contém regras gerais que, na ausência de tratados específicos (bilateral, regional, internacional), limita a vontade dos governos para desenvolver políticas de transportes protecionistas: PARAMESWARAN, Benjamim. The Liberalization of Maritime Transport Services – With special reference to the WTO/GATS Framework. Hamburg: Springer, 2004. Sobre o tema, com a proposta dos organismos internacionais subsidiarem uma abertura mais ampla e confiável: COSTA, José Augusto Fontoura; DE ANDRADE, Thiago Pedrosa. A Liberalização do Transporte Marítimo Internacional. In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. (Org.) Temas Atuais de Direito do Comércio Internacional. Vol. 1. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004, p. 209-244. A propósito, menciona a obra Mare clausum, seu de domino maris, do político e jurista inglês John Selden (1584-1654), publicada em 1634 para opor-se aos argumentos de Grotius, tendo em vista a pretensão dos holandeses de pescarem na costa inglesa.

nacionais¹². Nesse sentido, é relevante a lição de José Cretella Neto ao conceituar esse tipo de empresa como:

*a sociedade mercantil, cuja matriz é constituída segundo as leis de determinado Estado, na qual a propriedade é distinta da gestão, que exerce controle, acionário ou contratual, sobre uma ou mais organizações, todas atuando de forma concertada, sendo a finalidade de lucro perseguida mediante atividade fabril e/ou comercial em dois ou mais países, adotando estratégia de negócios centralmente elaborada e supervisionada, voltada para a otimização de oportunidades oferecidas pelos respectivos mercados internos*¹³.

Ademais:

*grande parte da transnacionalização (no sentido de transposição a uma dimensão não-nacional, formal ou informal) do direito deve-se ao avanço irrefreável da Lex mercatoria. Este fluido econômico-comercial voga não somente sob a forma de acordos internacionais, mas também se infiltra, tal como a água, em ordens jurídicas nacionais cada vez mais permeáveis. Deste modo, a transnacionalização soaria antagônica ao Estado e ao direito*¹⁴.

1.3. NAVIO

O navio, espécie do gênero embarcação, é a fer-

ramenta principal desse setor relevante da economia mundial, no qual o Direito e a Economia devem navegar juntos para que haja o seu desenvolvimento, mas para que isso ocorra é preciso que as instituições funcionem com eficácia¹⁵, tendo como marco fundamental a Constituição Federal¹⁶. Assim, as agências reguladoras, como ANTAQ, ANVISA e ANTT, dentre outras, bem como departamentos do governo, como DPC (Diretoria de Portos e Costas) e SEP (Secretaria Especial dos Portos), possuem papel relevante, dialógico.

1.4. DIREITO MARÍTIMO: ASPECTOS DESTACADOS

A origem do Direito Marítimo é incerta, mas historiadores mencionam que normas jurídicas regulando o transporte marítimo datam do século XVIII A.C, no Código de Hamurabi. Pesquisadores sustentam que um sofisticado sistema internacional de Direito Marítimo existe desde a Idade Antiga no Mediterrâneo¹⁷.

O Direito Marítimo é o conjunto¹⁸ de normas jurídicas que disciplinam as atividades necessárias para que as embarcações efetuem o transporte pela via aquaviária. É uma disciplina jurídica autônoma¹⁹, tendo inclusive, em face da sua relevância, obtido assento constitucional (art. 22, inciso I, da CF/88), e tem como objeto principal regular as relações jurídicas que se dão em torno do navio²⁰⁻²¹, aqui considerado espécie de embarcação²², por meio das relações jurídicas que se dão através dos contratos de transportes²³ e de afretamento

12. Tais empresas buscam atuar em espaços deslegalizados, a fim de reduzir custos com tripulação, segurança, manutenção da embarcação e tributação, com grave risco ao meio ambiente e a vida humana no mar, bem como ofensa ao interesse público. Nesse sentido, é relevante mencionar a criação de uma linha de pesquisa no Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da UNIVALI denominada Direito e Transnacionalidade. Sobre o tema: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (orgs.). Direito e Transnacionalidade. Curitiba: Juruá, 2010. Mencione-se, ainda, a disciplina lecionada em 2009-II, juntamente com o Prof. Dr. Zenildo Bodnar, no Programa de Doutorado, denominada Dimensões Jurídicas Transnacionais, onde se discute o papel do direito no mundo pós-crise de 2008 e do resgate do papel do Estado, dos organismos internacionais e dos atores não estatais na regulação dos espaços deslegalizados, por meio da reconstituição do Domínio Público Global, especialmente em face da estratégia da indústria de transportes marítimos, com as bandeiras de conveniência, dos crimes do sistema financeiro e dos poluidores do meio ambiente terrestre e aquático.

13. NETO, José Cretella. Empresa Transnacional e Direito Internacional. Exame do Tema à Luz da Globalização. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 27.

14. VENTURA, Deisy. Hiatos da Transnacionalização na Nova Gramática do Direito em Rede: Um esboço de conjugação entre estatalismo e cosmopolitismo. Mimeo, 2009, p. 3.

15. Nesse sentido, a Análise Econômica do Direito é relevante. A economia institucional tem sido frequentemente descrita como uma revolta contra o formalismo. SPIEGEL, 1971, p. 629 Apud MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. Economics and the Law – From Posner to Post Modernism and Beyond. 2nd. edition. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 209.

16. Sobre o tema: BUCHANAN, James M. The Domain of Constitutional Economics. In: MERCURO, Nicholas. (Ed.) Law and Economics. Critical Concepts in Law Public Choice. Vol. II. New York: Routledge, 2007, p. 57-71. Acerca da teoria da escolha pública e a regulação dos contratos: O'HARA, Erin Ann. Opting out of regulation – A public choice analysis choice of Law. In: MERCURSO, Nicholas. (Ed.) Law and Economics. Critical Concepts in Law Public Choice, p. 209-256.

17. SCHOENBAUM, Thomas J. Admiralty and Maritime Law, 3rd. ed., 2001, p. 3 Apud TAYLOR, J. Michael. Evaluating the Continuing GATS Negotiations Concerning International Maritime

Transport Services. In: Tulane Maritime Law Journal. Vol. 27, 2002-2003, p. 148-149.

18. A referência a conjunto indica a ordenação dessas normas em um sistema, evitando as contradição e as lacunas. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.

19. Trata-se do mesmo entendimento de: ARROYO, Ignacio. Compendio de Derecho Marítimo. Segunda edición. Madrid: Tecnos, 2002, p. 22.

20. Possui três requisitos não comuns a todas as embarcações: robustez, estanqueidade e vencer as fortunas do mar. Como espécie do gênero embarcação, todo navio é embarcação mas nem toda embarcação é navio. Essa diferença é relevante, especialmente quando se trata de competência, tal como o art. 109, IX, da CF/88: "Art. 109 - Aos juízes federais compete processar e julgar: IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;" Nesse caso, deve-se ter cautela, pois um crime ocorrido a bordo de uma embarcação de recreio, como iate ou lanche, não será julgado na Justiça Federal, por não se tratar de navio, mas de embarcação, sendo cabível o julgamento pela Justiça Estadual.

21. Na terminologia náutica inglesa, o pronome pessoal é she (ela) e não it (coisa). O navio was nearer and dearer to the sailor than anyone except his mother. Acreditava-se que um navio era mais próximo e querido para o marinheiro do que qualquer pessoa, com a exceção de sua mãe. Segundo a tradição, haveria razão melhor do que essa para chamar seu navio de "ela"? A tradição marítima menciona, ainda, que o navio é o bem mais guardado no cais, por vários grupos de homens, além de sua manutenção ter alto valor.

22. Segundo o art. 2º, inciso V da Lei n. 9.537, de 11 de dezembro de 1997, que dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências (Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário - LESTA): "V - Embarcação - qualquer construção, inclusive as plataformas flutuantes e, quando rebocadas, as fixas, sujeita a inscrição na autoridade marítima e suscetível de se locomover na água, por meios próprios ou não, transportando pessoas ou cargas."

23. Considerado como aquele celebrado entre o embarcador (shipper) e o transportador (carrier) por meio do qual esse se obriga, sob sua custódia, a transportar pela via aquaviária, de um porto a outro, mercadoria ou pessoa, e aquele se obriga a pagar uma remuneração por esse serviço, denominado frete.

de embarcações, hipoteca naval²⁴, registro de embarcação²⁵, dentre outras.

Se no Direito Marítimo, no Direito do Mar e Direito da Navegação Marítima, a diferença entre navio e embarcação é relevante, para o Direito Tributário Marítimo, segundo Helene Taveira Tôres, ela inexistente:

*A navegação marítima opera-se por navios e embarcações, mesmo que discutível essa distinção, e em matéria tributária completamente despicienda. Navio, usa-se para indicar o meio de realização dos atos constituídos nos respectivos contratos de transporte marítimo*²⁶.

Mencione-se a relevância desse ramo do Direito Marítimo, vez que a carga da tributação no transporte marítimo no Brasil é alta. A tributação setorial não tem política nacional, vez que não somente a União e os Estados, mas os municípios também procuram tributar as operações que envolvem indistintamente o modal.

Como o Direito Marítimo é aquele que trata da navegação comercial pelo meio aquaviário realizado por embarcações, inclui, portanto, a navegação de tais embarcações em rios, lagoas, canais, estreitos e baías.

Deve-se mencionar que o Direito Marítimo, direito misto, pois possui normas de direito privado e direito público, engloba o tráfico marítimo, que compreende a atividade de exploração comercial do navio, não se confunde, portanto, com o Direito da Navegação Marítima, inserido no direito público, porque possui como objeto o tráfego marítimo, que abrange o trânsito das embarcações, visando a segurança da navegação. Trata-se de disciplina que, tendo em vista a natureza internacional do transporte aquaviário, possui alto grau de internacionalidade e complexidade²⁷, e que exige profissionais capacitados para lidar com as suas especificidades.

Nesse quadro, a Lei n. 9.537/97 – LESTA – Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário – é a principal norma que regula a segurança da navegação marítima e que deve ser regulamentada por decreto, o que foi feito pelo Decreto n. 2.256/98 (Regulamento da LESTA - RELESTA). Ocorre que,

com base na violação ao princípio da legalidade, o TRF da 4ª. Região, declarou que não subsistem multas aplicadas pela Autoridade Marítima à empresa que, segundo essa, violou o RELESTA.

Apelação Cível n. 2006.70.08.001267-3/PR. Relator: Des. Federal Edgard Antônio Lippmann Júnior. EMENTA. INFRAÇÕES. TRÁFEGO AQUAVIÁRIO. DECRETO Nº 2596/98. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. Não subsistem as multas aplicadas à Parte Autora com fundamento no Regulamento de Segurança do Tráfego Aquaviário, aprovado pelo Decreto nº 2596/98, por ofensa ao princípio da legalidade. Decisão 25/09/2008.

Acerca, ainda, do Direito Marítimo, no direito espanhol, segundo Ignacio Arroyo:

*El Derecho marítimo es el conjunto de relaciones jurídicas que nacen o se desarrollan con el mar. Por consiguiente, el mar y lo marítimo constituyen los criterios delimitadores de la materia. Esa definición significa reconocer la autonomía de la disciplina, primero en el plano científico y después en los niveles legislativo, judicial y académico o universitario; Y, por otra parte, el Derecho marítimo se concibe con un derecho general que incluye tanto aspectos de Derecho privado como público, nacional e internacional. Esa idea supone una concepción más amplia que la contemplada en los textos positivos (Código de Comercio principalmente) y en los planos de estudios de nuestras Facultades de Derecho que trocean en Derecho marítimo entre Derecho Mercantil (las relaciones marítimas privadas) y el Derecho internacional público (El denominado Derecho público del mar)*²⁸.

2. DIREITO MARÍTIMO: RELAÇÃO COM OUTROS RAMOS DO DIREITO, A LEX MERCATORIA E A LEX MARITIMA

O Direito Marítimo, em função da sua complexidade e regulação feita por organismos internacionais, é

24. É efetuada no Tribunal Marítimo, conforme Lei n. 2.180/54.

25. Nos termos do art. 2º, inciso XVIII da LESTA: "Registro de Propriedade da Embarcação - registro no Tribunal Marítimo, com a expedição da Provisão de Registro da Propriedade Marítima;"

26. TÔRES, Helene Taveira. Regime Jurídico das Empresas de transporte aéreo e marítimo e suas implicações fiscais. In: TÔRES, Helene Taveira (coord.). Comércio Internacional e Tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 397.

27. No direito comparado, é relevante mencionar, em face da complexidade do Direito Marítimo, a diversidade de temas regulados: ROSE, F.D. General Average: Law and Practice. 2nd. Ed. London: LLP, 2005, a obra compara os dispositivos que tratam da avaria geral das Regras de York-Antuérpia de 2004, 1994 e 1974, com base na Association of Average Adjuster's Rules of Practice; CLARKE, Malcolm; YATES, David. Contracts of Carriage by Land and Air. London: LLP, 2004, o livro analisa com profundidade as cláusulas e comenta as principais convenções e contratos internacionais do setor; GLASS, David A. Freight Forwarding and Multimodal Transport Contracts. London: LLP, 2004, o livro através de estudo de casos trata dos contratos usados pelos operadores de transportes marítimos

relacionados ao movimento de mercadorias, incluindo freight forwarders, fornecedores, operadores multimodais e operadores de contêineres, e abrange as convenções aplicadas aos contratos internacionais; ROSE, F.D. Marine Insurance: Law and Practice. London: LLP, 2004, o livro é um dos que melhor trata o tema do seguro marítimo à luz dos princípios tradicionais e direito comercial, bem como aborda as cláusulas-padrão de seguro marítimo, especialmente o International Hull Clauses 2002, revisada em 2003, e Institute Clauses; OZÇAYIR, Z. Port State Control. 2nd Ed. London: LLP, 2004; MICHEL, Keith. War, Terror and Carriage by Sea. London: LLP, 2004, trata da cobertura de seguro marítimo no International Hull Clauses, the International War and Strikes Clauses, e pelas P & I and War Risk Associations, incluindo uma análise do dever da boa-fé e uma análise detalhada das emendas de dezembro de 2002 à SOLAS 1974 Convention e dispositivos do International Ship and Port Facility Security (ISPS) Code relativos aos problemas de segurança (safety) e combate ao terrorismo (security) marítimo e seus impactos jurídicos; TODD, Paul. Maritime Fraud. London: LLP, 2003, a obra abrange todas as variedades de fraude marítima e descreve os métodos usados e riscos aos comerciantes (traders) e transportadores (carriers).

28. ARROYO, Ignacio. Compendio de Derecho Marítimo, p. 22.

uma disciplina jurídica que se relaciona como vários outras disciplinas, como Direito do Mar²⁹, que envolve casos envolvendo os Estados, julgados pelo Tribunal Internacional de Direito do Mar³⁰ e a proteção das riquezas no Domínio Marítimo³¹ Direito da Navegação Marítima³², Direito Portuário³³, Direito da Concorrência, Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado³⁴, na qual a ordem pública³⁵, a fim de preservar a equidade nas relações contratuais de transporte internacional, possui um relevante papel, Direito Ambiental, Direito Aduaneiro³⁶, Direito Civil, Direito Comercial, bem outros ramos do conhecimento, como Engenharia Naval, Meteorologia, Física, Oceanografia, dentre outras.

Mencione-se, ainda, a lição de Michael Taylor ao discorrer sobre a doutrina da liberdade dos mares³⁷, que é regulada pelo Direito do Mar, e sua importância para a economia dos países, da seguinte forma:

Liberdade dos mares, também conhecida como liberdade de navegação, está bastante consolidada no mundo atualmente. Ela vem sendo graduada com a aplicação histórica de doutrinas como a regra do tiro de canhão (agora incorporada pelo conceito de águas territoriais) e temas de preocupação nacional (como segurança da nação e meio ambiente), e o direito internacional determina que os Estados permitam o movimento dos navios. Contu-

do, a história demonstra que a doutrina da liberdade dos mares se funda num tenuous equilíbrio entre o objetivo multilateral de promover o comércio e a auto-promoção dos interesses dos próprios Estado. Como discutido adiante, as fortes nações marítimas dos tempos modernos, ao contrário de usarem o poder naval, possuem a habilidade para usar ferramentas de comércio e medidas econômicas para promover suas agendas nacionais³⁸.

2.1. DIREITO MARÍTIMO E LEX MERCATORIA

Insiste-se, o Direito Marítimo não se confunde com o Direito Portuário, embora no cotidiano, por exemplo, muitas avarias ocorrem na armazenagem portuária ou no manuseio da carga fora do navio, de forma que é relevante identificar o INCOTERMS (International Commercial Term) para analisar as responsabilidades³⁹.

Nesse cenário, segundo Tetley:

O transporte marítimo tem provocado o desenvolvimento de um importante parte do Direito Público e do Direito Privado. No Direito Privado, avaria geral, salvamento, afretamento e seguro marítimo estão entre os mais antigos princípios desenvolvidos como resposta a tais lutas do comércio marítimo, e que se difundiram princípios equivalentes nos países de tradição romano-ger-

29. Tem como objeto as relações jurídicas que se dão em torno do mar e como fontes do direito, a Convenção de Montego Bay, já ratificada pelo Brasil, pelo Decreto n. 1.650 e a Lei n. 8.617/1993, que dispõe sobre o Domínio Marítimo brasileiro. Essa disciplina tem potencial e assumirá cada vez mais importância com a exploração de petróleo e dos recursos marinhos da Amazônia Azul, expressão criada para simbolizar o tamanho do domínio marítimo brasileiro após o acréscimo de cerca de 1.000.000km² à plataforma continental brasileira pela Comissão de Plataforma Continental da ONU.

30. Criado pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, em 1982, foi formalmente instalado em 1996. Dentre outras atribuições, no que tange à competência *ratione materiae*, o Tribunal tem competência para julgar i) casos litigiosos (sobre quaisquer disputas que: a) envolvam a interpretação ou aplicação da convenção, b) envolvam a interpretação ou aplicação de outros acordos, desde que tenham relação com a Convenção, c) envolvam a Câmara de Disputas dos Fundos Marinhos, d) envolvam a pronta liberação das embarcações e suas tripulações e ii) competência consultiva. MICHELS, Gilson Wessler. Tribunal Internacional do Mar. In: BARRAL, Welber. (Org.). Tribunais Internacionais – Mecanismos Contemporâneos de Solução de Controvérsias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 98-100.

31. Sobre o processo histórico para chegar à cooperação internacional no mar, desde as consequências dos Tratados de Westfália, da Convenção Ramoge e Convenção de Montego Bay, com ênfase na proteção do meio ambiente marinho: DE BARROS, José Fernando Cedeño. Direito do Mar e do Meio Ambiente – A proteção das zonas costeiras e litorais pelo Acordo Ramoge: Contribuições para o Brasil e Mercosul. São Paulo: Lex, Aduaneiras, 2007.

32. Tem como objeto as relações jurídicas que se dão em torno da segurança da navegação marítima, especialmente da salvaguarda da vida humana no mar. Suas principais fontes de direito são a Lei n. 9.537/97 – Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário – LESTA, bem como convenções da International Maritime Organization, dentre os quais RIPEAM – Regulamento Internacional para evitar abaloamento no mar. A autoridade marítima brasileira, ou seja, o Comando da Marinha, por meio da Diretoria de Portos e Costas, é competente para a efetividade da normas. Sobre a disciplina: NETO, Pedro Duarte. A Autoridade Marítima e a Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário. In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. (Org.) Direito Marítimo Made in Brasil. São Paulo: Lex, 2007, p. 375-426; FILHO, Guilherme Alves de. O processo administrativo na Capitania dos Portos e no Tribunal Marítimo. In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. (Org.) Direito Marítimo Made in Brasil, p. 427-256.

33. Tem como objeto o porto e como principais fontes do direito, a Lei n. 8.630/93, Lei

de Modernização dos Portos, Lei n. 10.233/2001 – Lei de criação da ANTAQ, Convenções Internacionais da OIT e da IMO, dentre as quais ISPS Code, bem como resoluções e atos administrativos da ANTAQ e da Secretaria Especial dos Portos. Sobre o tema, com 14 artigos: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de; PASOLD, Cesar Luiz (orgs.). Direito Portuário, Regulação e Desenvolvimento. Prefácio Pedro Calmon Filho. Belo Horizonte: Forum, 2010, 474 p.

34. Para maior aprofundamento: ARROYO, Diego P. Fernández. Derecho Internacional Privado Comparado – Conceptos y Problemas Básicos del Derecho Internacional Privado. In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. (Org.) Temas Atuais de Direito do Comércio Internacional. Vol. I. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004, p. 245-280; SALEME, Edson Ricardo; NIARARDI, George Augusto. Das cláusulas de hardship nos contratos internacionais. In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (Org.). Temas Atuais de Direito do Comércio Internacional. Vol. II. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005, p. 389-406.

35. Acerca do aspecto transnacional da ordem pública, embora sustentemos que supranacionalidade é diverso de transnacionalidade, vez que aquela ocorre quando o Estado transfere o poder de regular para um organismo regional e essa, ocorre quando há espaço deslegalizado. JAYME, Erik. Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne – Cours Général de Droit International Privé. The Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff, 2000, p. 231. Sobre o dialogo das fontes – Le dialogue de sources – (p. 259).

36. Acerca do tema, sob nossa orientação, inclusive com abordagem da pena de perdimento de embarcação: MADEIRA, Carlos Eduardo Camargo. A natureza jurídica da pena de perdimento por dano ao Erário no Direito brasileiro. Monografia de Especialização em Comércio Exterior – Universidade do Vale do Itajaí e Secretaria da Receita Federal. Itajaí: UNIVALI, 2007. Sobre o potencial de pesquisa da disciplina, com bibliografia básica: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito Aduaneiro: Limites e possibilidades nas pesquisas dos Cursos de Direito. In: Consulex, v. 35, 2005, p. 22-24.

37. Deve-se mencionar, contudo, que para as potências marítimas, essa doutrina era bastante permissiva, porque permitia a países como a Grã-Bretanha, usarem o máximo do seu poder marítimo para maximizar os seus interesses nacionais no exterior.

38. TAYLOR, J. Michael. Evaluating the Continuing GATS Negotiations Concerning International Maritime Transport Services, p. 154.

39. Acerca da integração das prestações próprias do operador portuária (na carga e descarga) no transporte marítimo de mercadorias e responsabilidades no direito espanhol: VARONA, Francisco Javier Arias. Manipulación Portuaria Y Daños a las Mercancías – La responsabilidad extracontratual del operador portuario. Granada: Comares, 2006, p. 20-35.

mânica e anglo-saxônica. Esse conflito de leis cresceu, em larga medida, do comércio internacional em mares diversos, o que provocou na Europa Medieval, o nascimento da transnational Lex mercatoria (Law Merchant), incluindo a transnacional Lex maritima (maritime Law)⁴⁰.

Acerca da Lex Mercatoria, Teubner sustenta que se trata de um direito corrupto, vulnerável a toda sorte de ataques⁴¹. Indo além, Neves estima que as ordens correspondentes aos governos privados constituem direito trivializado pela economia mundial⁴², o que requer ainda mais a intervenção do Estado na defesa do interesse público, caso haja conexão com o direito brasileiro, com base no princípio da ordem pública brasileira disposto no art. 17 da LICC.

Uma sociedade hiper-complexa exige, ao menos, procedimentos complexos, o que demanda micro-sistemas jurídicos e, dessa forma, disciplinas jurídicas mais especializadas como o Direito Marítimo, com fontes específicas e distintas de ramos tradicionais do direito, como Direito Penal, Direito Civil e Direito do Trabalho.

No Brasil, essas fontes do Direito Marítimo (quase 100 % dependente das frotas de bandeiras estrangeiras, especialmente de conveniência) operadas e aplicadas de forma automática e acrítica pelos operados de direito, em regra, são decorrentes da produção feita no exterior da Lex Maritima. Tais usos e costumes carecem, portanto, de filtragem jurídica crítica que contemple a eficácia dos interesses, pela ordem, dos usuários brasileiros de transporte aquaviário e dos carriers de nacionalidade brasileira, também chamados na terminologia regulatória setorial de EBN's (Empresas Brasileiras de Navegação).

Nesse contexto, é relevante a lição de Arruda Junior:

O espaço acadêmico é importante, se não crucial, ao avanço compreensivo da realidade que se pretende conhecer. Problemática é a tendência acadêmica acadêmica (um contra-senso), a tal que do alto de confortável abrigo institucional ou, pretensamente sem partido da arena social, reduz a realidade que daí se vê contemplativa e isoladamente o artífice do trabalho intelectual universitário. O lugar da universidade é em essência o lugar de universalidades. O seu chão não paira sobre a realidade,

de, a vida, ao contrário, só pelo estado das coisas como estão e são conservadas pode o mandarinato acadêmico, tendência diretiva na burocracia universitária, manter-se legítima e justificadamente como casta gratificada com o numerário dos contribuintes⁴³.

O Direito Internacional Privado é disciplina relevante para o Direito Marítimo, especialmente pelo grande quantidade de nacionalidades existentes na expedição marítima, com grande potencial de conflito, o que demanda a necessidade de identificar lei e foro aplicáveis⁴⁴.

Dessa maneira, deve-se mencionar que é comum a cláusula de eleição de foro no estrangeiro em contrato de transporte marítimo, todavia, o Supremo Tribunal Federal, historicamente tem interpretado a autonomia da vontade para eleição de foro, a fim de observar se o acordado foi a expressão inequívoca da vontade das partes.

Como exemplo, ao revisar decisão de instância inferior, o STF ao analisar o Recurso Extraordinário n. 18.615, julgado em 21 de junho de 1957, não considerou a citada cláusula de eleição de foro para Amsterdã, na Holanda, em contrato de adesão de transporte marítimo⁴⁵, vez que, de acordo com a doutrina francesa, a vontade é presumida e ocorre uma ficção, não há, portanto, concurso de vontades. Assim, segundo Nádya de Araújo:

No seu voto, o Min. Villas Boas esclareceu que tinha como perfeitamente válida a convenção que transfere o conhecimento das questões do gênero a uma jurisdição estrangeira, mas no caso não podia admiti-la porque inexistia uma prova cabal da vantagem que uma determinada cláusula daria a uma das partes no foro de Amsterdã, e por isso achou que a parte estaria mais protegida na jurisdição brasileira⁴⁶.

Sobre o tema, a jurisprudência do STF está consolidada no sentido de admitir a eleição do foro e a prorrogação, mas com algumas particularidades, cabendo destacar, segundo Franceschini:

(...) os acórdãos dos eminentes e saudosos Mins. Carlos Maximiliano, Sent. Estr. 993, de Portugal, RT 136/824; Hahnemann Guimarães, Sent. Estr. 1.080,

40. TETLEY, William. *International Maritime and Admiralty Law*. Québec: Éditions Yvon Blais, 2002, p. 4. Acerca da história do Direito Marítimo e do Almirantado: p. 3-30.

41. Apud NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 267.

42. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil*, 268.

43. ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Direito Alternativo e Contingência – História e Ciência – Manifesto*. Florianópolis: IDA-CESUSC, 2007, p. 8.

44. Com ênfase nos problemas envolvendo os contratos de transporte marítimo, inclusive na União Europeia: LAMY, Eduardo de Avelar. *Contrato de Transporte Marítimo Internacional: Legislação aplicável e competência*. In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (Org.). *Temas Atuais de Direito do Comércio Internacional*. Vol. II, p. 407-431; SILVÉRIO, Fernando; MAY, Otávia de Oliveira. *A Cláusula de Eleição de Foro no Conhecimento de Transporte Marítimo (Bill of Lading)*. In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. (Org.)

Direito Marítimo Made in Brasil. São Paulo: Lex, 2007, p. 121-164; CALABUIG, Rosario Espinosa. *Resolución de controversias y derecho aplicable em el transporte marítimo internacional: El caso de La Unión Europea*. In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (Org.) *Temas Atuais de Direito do Comércio Internacional*. Vol. II, p. 433-466.

45. Ressalte-se que tal prática vem sendo efetuada até hoje pelos países que possuem grande frota mercante aos exportadores e importadores de países com pequena frota mercante, como o Brasil, inclusive determinando como lei aplicável a Convenção para Unificação de Certas Regras de Direito concernentes aos Conhecimentos Marítimos, provenientes da Convenção de Bruxelas, de 25 de agosto de 1924, assinada mas não ratificada pelo Brasil e as Regras de Haia, de 1968.

46. ARAÚJO, Nádya de. *Contratos Internacionais e a Jurisprudência Brasileira: Lei Aplicável, Ordem Pública e Cláusula de Eleição de Foro*. In: RODAS, João Grandino. (coord.). *Contratos Internacionais*. 3a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 219.

DJ 09.08.1949, p. 2.035; *Annibal Freire, Sent. Estr. 1095, DJ 24.09.1949, p. 3.003-3.004 com referência a minha opinião, Estudos, 726, e José Linhares, Arq. Jud. 45/298-300, 'mas sempre com as restrições da ordem pública e da fraude à lei' (parecer Proc. Geral acolhido, Arq. Jud. 73/88). Perdurou nessa diretriz, Sents. Estrs. 1.546, RTJ 10/401, 1.855, RTJ 34/404, 1.820, RTJ 35/155. E continuou nos últimos acórdãos, avultando-se os de lavra do eminente Min. Luiz Gallotti, Rec. Extr. 10.419, DJ 09.12.1950, p. 3.218, 'reconhecendo plenamente a submissão voluntária'; no Rec. Extr. 34.606, RTJ 4/313, não admitindo com toda a procedência, 'nos contratos de adesão' (transportes, seguros etc) 'onde não existe um verdadeiro e inequívoco acordo de vontade'; e Sent. Estr. 1.649, DJ 23.04.1959, 380, 'prorrogação pelo comparecimento sem alegar a incompetência'⁴⁷*

Diante de tal quadro, pode-se sustentar que no Brasil é permitido o pactum de foro prorrogando expresso ou tácito, quando inexistir fraude à lei, violação aos princípios de ordem pública, desatenção aos limites da liberdade contratual em tema de Direito Processual Internacional ou ofensa aos princípios fundamentais de Direito das obrigações em matéria contratual⁴⁸.

Não se deve, portanto, aceitar a eleição de foro sem qualquer conexão de caráter objetivo ou subjetivo admitido pelo Direito Processual Internacional⁴⁹, tão somente em decorrência da experiência ou tradição de um determinado foro em face da exigência da especialização de certas matérias, tais como a do foro inglês para as questões de Direito Marítimo, empréstimos em eurodólares ou relativas ao comércio internacional de grãos, dentre outros⁵⁰.

A única exceção refere-se à possibilidade de eleição de juízo arbitral em país neutro diverso daquele a cuja jurisdição esteja submetida cada uma das partes litigantes, desde que se trate de disputa a respeito de matéria comercial e que envolva Estados ratificantes do Protocolo relativo às Cláusulas de Arbitragem, assinado em Genebra aos 24.09.1923 (art. 1º do Protocolo), e ratificado no Brasil

pelo Decreto n. 21.187, de 22 de março de 1932.

Vale ressaltar que numa compra e venda internacional, por exemplo, há várias espécies de relações jurídicas, todas elas gerando direitos e deveres para as partes. Dentre as relações, podemos citar: a) as que ocorrem entre os operadores e o fisco, em face da ocorrência dos fatos geradores que geram obrigação tributária, tal como o imposto de renda, e o Imposto de Importação; b) aquelas envolvendo operadores de comércio exterior, transporte marítimo e os operadores portuários que, algumas vezes, causam avarias às cargas e possuem o dever de indenizar; c) entre os exportadores e os importadores que, por estarem no exterior e acreditarem na impunidade, não honram o contrato com as empresas brasileiras, dentre outras.

Por sua vez, o Direito Internacional Público⁵¹ que tem como objeto regular e uniformizar as relações jurídicas entre Estados e/ou organismos internacionais, por meio de tratados, considerados acordos celebrados por escrito entre dois ou mais Estados e/ou organismos internacionais.

Trata-se da disciplina jurídica que, depois desde a fundação da ONU em 1945, com a assinatura da Carta da ONU, mais afetou o direito interno dos países. Com o aproveitamento para fins domésticos e pacíficos das tecnologias criadas na busca armamentista da Guerra Fria, como internet, jato, radar, computador, laser, dentre outras, os custos das comunicações e de transportes reduziram sobremaneira. Isso fez com que houvesse um aumento no comércio de bens e serviços bem como de viagens de pessoas.

Além disso, o DIP por meio do procedimento de aceitação tácita criado pela IMO, faz com que as convenções possam ser emendadas e implementadas, com um tempo mínimo, desde que não sofram oposição de uma quantidade de países. Assim, esse instituto tem sido outro instrumento do DIP, dentre outros. Sem tais procedimentos, novos institutos que revolucionaram o Direito Internacional Público e Privado, a IMO não teria cumprido o papel relevante que vem exercendo desde sua criação e seria, tão somente, um organismo internacional sem efetividade e desatualizado⁵².

O Direito Internacional Público, portanto, é essen-

47. FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. A Lei e o Foro de Eleição em tema de Contratos Internacionais. In: RODAS, João Grandino. (coord.). Contratos Internacionais. 3a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 101.

48. Sobre o tema, com maior profundidade especialmente no que tange aos contratos internacionais de compra e venda celebrados na internet, ver: CASTRO JR, Osvaldo Agripino de. Direito das Obrigações. Os Contratos Internacionais de Compra e Venda. In: FERREIRA JUNIOR, Lier Pires; CHAPARRO, Verônica Zarate (Coord.) Curso de Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006, p. 361-408.

49. Os elementos de conveniência de foro indicativos da competência internacional *ratione loci* em matéria contratual, devem ser reconhecidos como razoáveis pela ordem jurídica pátria, dentre os quais, o domicílio, o local do cumprimento da obrigação, a nacionalidade, o local da ocorrência do fato que gerou a obrigação.

50. Dentre os quais, citam-se os contratos de trabalho de estrangeiros residentes no Brasil, celebrados por agências situadas em Macaé, Rio de Janeiro, representantes de empresas

norte-americanas que operavam para a Petrobrás na Baía de Campos na década de 1990, nos quais tivemos oportunidade de atuar como advogados. Tais *working agreements* dispunham como foro de eleição a cidade de Cingapura, sem que houvesse qualquer elemento de conveniência para determinar a competência (foro) *ratione loci*, vez que a prestação de serviços se dava no domínio marítimo brasileiro (*lex loci executionis*), portanto, aplicáveis o foro brasileiro e a legislação trabalhista pátria, para dirimir as controvérsias decorrentes do descumprimento das convenções coletivas de trabalho das categorias profissionais dos trabalhadores marítimos estrangeiros que atuam no offshore.

51. Acerca da relação do mar com o Direito Internacional Público, inclusive com menção às bandeiras de conveniência e ao meio ambiente marinho e à gestão da crise: DE BARROS, José Fernando Cedeño. Direito do Mar e do Meio Ambiente – A proteção das zonas costeiras e litorais pelo Acordo Ramoge: Contribuições para o Brasil e Mercosul. São Paulo: Lex, Aduaneiras, 2007, p. 51-194.

52. PAMBORIDES, George P. International Law and Its Impact on Private Shipping Law. In: RDHI, vol. 50, p. 203-204.

cial no processo de segurança jurídica ao meio ambiente marinho e no combate ao comércio internacional injusto. Para Jacques Guillaume, a instância pública definitivamente deve retomar nas mãos aquilo que jamais deveriam ter perdido: o espírito da regulação⁵³.

Não há, portanto, como confundir o Direito Marítimo com o Direito do Mar e Direito da Navegação Marítima, nem com o Direito Portuário⁵⁴. Aquela é uma disciplina autônoma, com objetos e fontes de direito diversas das disciplinas que foram mencionadas.

Além dessas disciplinas, o Direito Marítimo sofre grande influência do Direito da Regulação do Transporte Aquaviário e da atividade portuária, cujo objeto é a regulação setorial da atividade marítima, na qual se insere o navio, e do porto, considerado o pulmão dos mares, local onde o navio carrega e descarrega suas mercadorias (goods).

O Direito da Concorrência também é relevante, especialmente pelas práticas protecionistas dos países desenvolvidos, não obstante participem, regra geral, da OMC. Nesse cenário de desigualdade e práticas desleais, é relevante a lição de Pierre Bauchet: “Com o mercantilismo renascendo, o transporte pode não se tornar um elemento de ‘bom comércio’, mais um instrumento de dominação, como Colbert no passado dizia”⁵⁵.

O Direito Marítimo também se relaciona sobremaneira com o Direito Internacional Público, vez que como o navio navega em vários mares bem como se desti-

na para vários portos em diversos países, além de ter uma nacionalidade própria e tripulação, muitas vezes com várias nacionalidades, sofre grande regulação dos tratados internacionais, especialmente os editados pela IMO, OIT (Organização Internacional do Trabalho) e OMC (Organização Mundial do Comércio), dentre outras.

O Direito Marítimo atua em espaços jurídicos diversos, e encontra tensão dialética entre o direito nacional e o direito internacional⁵⁶. Cabe acrescentar que o Direito Marítimo ainda possui ramos do direito voltados para os objetos das especificidades da atuação do navio, como Direito do Trabalho Marítimo⁵⁷, Direito Tributário Marítimo⁵⁸, Direito Previdenciário Marítimo e Direito Ambiental Marítimo⁵⁹.

CONCLUSÃO

Por fim, pode-se concluir que:

a) O Direito Marítimo brasileiro é disciplina de direito privado que tem como objeto regular as relações jurídicas em torno do navio, como contrato de transporte, contrato de afretamento e responsabilidade civil, e que tem como fontes as convenções internacionais, Código Civil, Código Comercial e Lex Maritima.

b) O Direito Marítimo não se confunde com o Direito da Navegação Marítima, Direito do Mar e Direito Portuário, que possuem como objeto, regular, respecti-

53. GUILLAUME, Jacques. Les transports maritimes dans La mondialisation. In: GUILLAUME, Jacques (org.). Les transports maritimes dans La mondialisation. Paris: Harmattan, 2008, p. 22.

54. Sobre a disciplina, decorrentes da produção do Grupo de Pesquisa Regulação da Infraestrutura e Juridicidade da Atividade Portuária: PASOLD, Cesar Luiz. Lições Preliminares de Direito Portuário. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009; CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. Aspectos jurídicos e políticos do processo de municipalização do Porto de Itajaí: uma experiência de luta pela cidadania. In: Revista Marítima Brasileira, v. 127, 2007, p. 153-165; e as seguintes dissertações de Mestrado em Ciência Jurídica: HAECKLER, Gabriela. Portos Secos: Aspectos Jurídicos e Polêmicos destacados, 2009; RAMONIGA, Miriam. A natureza jurídica do órgão gestor de mão de obra: uma análise a partir da Lei n. 8630, de 25 de fevereiro de 1993, 2008; sob nossa orientação no Programa de Mestrado: DE OLIVEIRA, Jackeline Daros Abreu. Responsabilidade Civil da União na Atividade Regulatória Portuária, 2009; COLLYER, Wesley Oliveira. A Lei de Modernização dos Portos e o Conselho de Autoridade Portuária: Estudo de caso de Itajaí, 2007; FRIEDRICH, Marlo Froelich. Limites e Possibilidades da Nova Lex Mercatoria no Direito Brasileiro, 2007; PLATCHEK, Ricardo Moisés de Almeida. Limites e Possibilidades de Aplicação do Código de Defesa do Consumidor no Contrato de Transporte Marítimo, 2007; TOMAZ, Roberto Epifanio. Limites e Possibilidades do Diálogo entre o Direito Empresarial e o Direito Comercial, 2006.

55. Avec le mercantilisme renaissant, le transport risque de ne plus être un élément du ‘bonne commerce’, mais un instrument de domination, comme Colbert l’avait d’ailleurs conçu. BAUCHET, Pierre. Les transports mondiaux, instrument de domination. Paris: Economica, 1998, p. 274.

56. Sobre o direito nacional e o direito internacional, bem como acerca do Registro Internacional Francês (RIF) e diferença entre o internacional e o intracomunitário no transporte marítimo. CHAUMETTE, Patrick. Marine Marchande. Navigations et espaces juridiques. In: GUILLAUME, Jacques (org.). Les transports maritimes dans La mondialisation. Paris: Harmattan, 2008, p. 233-244.

57. Acerca do tema: ZANINI, Gisele Duro. A Aplicação da Lex Fori nos Processos Trabalhistas dos Marítimos com Conexão internacional que laboram nos Espaços Marítimos Brasileiros. Dissertação de Mestrado – Programa de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí: UNIVALI, 2009.

58. Sobre os aspectos tributários do transporte marítimo, inclusive com abordagem acerca do tonnage tax: TÔRRES, Heleno Taveira. Regime Jurídico das Empresas de transporte aéreo e marítimo e suas implicações fiscais. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). Comércio Internacional e Tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 395-454; ADONNINO, Pietro. Aspectos Impositivos de las Empresas de Transporte Aéreo y Marítimo. In: TÔRRES, Heleno Taveira. Comércio Internacional e Tributação, 455-498.

59. Para maior aprofundamento no tema, no direito brasileiro: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. Aspectos destacados da proteção ao meio ambiente marinho no Brasil. In: Revista de Direito Ambiental, v. 43, 2006, p. 222-245; LEITÃO, Walter de Sá. As convenções internacionais e os esquemas voluntários de responsabilidade e compensação por danos de poluição do mar por petróleo. In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (Org.). Temas Atuais de Direito do Comércio Internacional. Vol. II. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005, p. 233-268; MARTINS, Eliane Maria Octaviano. A responsabilidade internacional por danos causados ao meio ambiente marinho. In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (Org.). Temas Atuais de Direito do Comércio Internacional. Vol. II, p. 207-232; BARBÉRIO, Alessandro Luiz. A proteção da água de lastro no Direito Brasileiro. In: Osvaldo Agripino de. (Org.) Direito Marítimo Made in Brasil. São Paulo: Lex, 2007, p. 331-373; e sob nossa orientação, através de estudo de caso à luz da gestão e da Norma da Autoridade Marítima n. 20 (NORMAM 20): BERTOLDI, Renata Granemann. A importância do controle da água de lastro para o Porto de Itajaí. Monografia de Especialização. Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí: UNIVALI, 2007. No direito internacional: GAUCI, Gotthard. Oil Pollution At Sea. Civil Liability and Compensation for Damage. New York: John Wiley & Sons, 1997; IMO. International Maritime Organization. Civil Liability for Oil Pollution Damage. Texts of Conventions on Liability and Compensation for Oil Pollution Damage. London: IMO, 1996 e na União Européia: KESSEDIAN, Catherine et alii. Le développement durable, quelles limites aux modes de transport ? In: GRARD, Loïc (dir.) L’Europe des transports, p. 709-748; VIALARD, Antoine. Responsabilité limitée et indemnisation illimitée en cas de pollution des mers par hydrocarbures. In: GRARD, Loïc (dir.) L’Europe des transports, p. 749-766; GAUTIER, Marie. Quelles sanctions pénales à l’encontre des pollueurs des mers. In: GRARD, Loïc (dir.) L’Europe des transports, p. 767-774; FARRE-MALAVAL, Margerie. Les nouvelles exigences communautaires relatives à la conception des pétroliers: La “Double-coque” imposée. In: GRARD, Loïc (dir.) L’Europe des transports, p. 775-784.

vamente, as relações jurídicas que se dão em torno da segurança da navegação e da proteção do meio ambiente marinho (DNM), o mar, tal como a plataforma continental (DM) e o porto (DP).

c) As referências sugeridas no artigo visam contribuir para a difusão de tais disciplinas e melhor compreensão e efetividade do Direito Marítimo no Brasil, país com forte dependência desse setor de serviços, numa perspectiva crítica e que defenda os interesses dos usuários de serviços de transporte marítimo (cargo owners) e das empresas de navegação brasileiras (Direito Marítimo Made in Brasil). Além disso, a Ordem dos Advogados do Brasil, por meio das suas Seccionais, tem papel relevante nesse processo⁶⁰.

d) Não obstante o uso da Lex Maritima no Direito Marítimo brasileiro, esse deve ser recepcionado com a filtragem fundada na observância do princípio da ordem pública disposto no art. 17, LICC e no Código de Defesa do Consumidor, especialmente em face das cláusulas abusivas que tais contratos de transportes padronizados (adesão) possuem, com grave prejuízo aos usuários brasileiros.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Nádia de. *Contratos Internacionais e a Jurisprudência Brasileira: Lei Aplicável, Ordem Pública e Cláusula de Eleição de Foro*. In: RODAS, João Grandino. (coord.). *Contratos Internacionais*. 3a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 195-229.
- ARROYO, Ignacio. *Compendio de Derecho Marítimo*. Segunda edición. Madrid: Tecnos, 2002.
- ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Direito Alternativo e Contingência – História e Ciência – Manifesto*. Florianópolis: IDA-CESUSC, 2007.
- BAUCHET, Pierre. *Les transports mondiaux, instrument de domination*. Paris: Economica, 1998.
- DE MOURA, Geraldo Bezerra. *Direito da Navegação*. São Paulo: Aduaneiras, 1991.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *A Lei e o Foro de Eleição em tema de Contratos Internacionais*. In: RODAS, João Grandino. (coord.). *Contratos Internacionais*. 3a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 66-121.
- GUILLAUME, Jacques. *Les transports maritimes dans La mondialisation*. In: GUILLAUME, Jacques (org.). *Les transports maritimes dans La mondialisation*. Paris: Harmattan, 2008.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- KENDALL, Lane C.; BUCKLEY, James J. *The Business of Shipping*. 7th edition. Centreville: Cornell Maritime Press, 2001.
- MICHELS, Gilson Wessler. *Tribunal Internacional do Mar*. In: BARRAL, Welber. (Org.). *Tribunais Internacionais - Mecanismos Contemporâneos de Solução de Controvérsias*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 98-100.
- NETO, José Cretella. *Empresa Transnacional e Direito Internacional*. Exame do Tema à Luz da Globalização. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- PAMBORIDES, George P. *International Law and Its Impact on Private Shipping Law*. In: RDHI, vol. 50, p. 183-204.
- TAYLOR, J. Michael. *Evaluating the Continuing GATS Negotiations Concerning International Maritime Transport Services*. In: Tulane Maritime Law Journal. Vol. 27, 2002-2003.
- TETLEY, William. *International Maritime and Admiralty Law*. Québec: Éditions Yvon Blais, 2002.
- TÔRRES, Heleno Taveira. *Regime Jurídico das Empresas de transporte aéreo e marítimo e suas implicações fiscais*. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Comércio Internacional e Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- VENTURA, Deisy. *Hiatos da Transnacionalização na Nova Gramática do Direito em Rede: Um esboço de conjugação entre estatalismo e cosmopolitismo*. Mimeo, 2009.

60. Mencione-se a obra, por nós organizada, quando atuávamos como membros da Comissão de Relações Internacionais da OAB/SC: MARTINS, Juliano Cardoso Schaefer; CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (Orgs.). *Direito e Comércio Internacional: Aspectos Destacados*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

A PRESCRIÇÃO NO PROCESSO DISCIPLINAR PERANTE A OAB

Leonardo Accioly da Silva

Conselheiro Federal, e membro da 2ª Câmara do CFOAB. Especialista em Direito Processual Civil.

O processo disciplinar perante a OAB, a despeito de ser, em sua essência, processo administrativo, tem caráter eminentemente sancionador, o que justifica, portanto, sua estrita submissão, prevista em lei, às normas processuais penais, notadamente aquelas que privilegiam o mais amplo direito a defesa e o contraditório.

Ao revés, por sua natureza *sui generis*, também deve se orientar pelo princípio da simplicidade, principalmente quanto à forma dos atos praticados, que não devem seguir padrões rígidos ao ponto de tornar nulo o processo quando a ausência de rigor não traz prejuízo às garantias constitucionais próprias dos litigantes.

Diante de tais dificuldades, o instituto da prescrição deve ser aplicado usando-se o princípio da proporcionalidade como fator de equilíbrio entre o direito à ampla defesa e o necessário caráter instrumental do processo.

Seguindo tal premissa, o presente artigo objetiva abordar alguns aspectos controversos do instituto relacionados à sua aplicação no processo disciplinar.

1. O TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO PROCESSO DISCIPLINAR

Importante de logo transcrever o teor do artigo 43 do EAOAB que disciplina a prescrição no processo disciplinar:

“Art. 43. A pretensão à punibilidade das infrações disciplinares prescreve em cinco anos, contados da data da constatação oficial do fato”

§ 1º Aplica-se a prescrição a todo processo disciplinar paralisado por mais de três anos, pendente de despacho ou julgamento, devendo ser arquivado de ofício, ou a requerimento da parte interessada, sem prejuízo de serem

apuradas as responsabilidades pela paralisação.

§ 2º A prescrição interrompe-se:

I – pela instauração de processo disciplinar ou pela notificação válida feita diretamente ao representado;

II – pela decisão condenatória recorrível de qualquer órgão julgador da OAB.

Atualmente, o entendimento prevelente no âmbito do CFOAB é de que o marco inicial do prazo prescricional se daria na data do protocolo da representação ou a data das declarações do interessado, tomadas por termo perante órgão da OAB, ou, no caso de representação de ofício, a data em que o órgão competente da OAB tomar conhecimento do fato, seja por documento constante dos autos, seja pela sua notoriedade.

Recentemente esta matéria foi objeto da súmula 01/2011, editada pelo pleno do CFOAB, com o seguinte teor¹:

“O CONSELHO PLENO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas nos arts. 75, parágrafo único, e 86 do Regulamento Geral da Lei nº 8.906/94, considerando o julgamento da Consulta n. 2010.27.02480-01, decidiu, na Sessão Ordinária realizada no dia 11 de abril de 2011, editar a Súmula n. 01/2011/COP, com o seguinte enunciado: “PRESCRIÇÃO. I - O termo inicial para contagem do prazo prescricional, na hipótese de processo disciplinar decorrente de representação, a que se refere o caput do art. 43 do EAOAB, é a data da constatação oficial do fato pela OAB, considerada a data do protocolo da representação ou a data das declarações do interessado tomadas por termo perante órgão da OAB, a partir de quando começa a fluir o prazo de cinco (5) anos, o qual será interrompido nas hipóteses dos incisos I e II do § 2º do art. 43 do EAOAB, voltando a correr por inteiro a partir do fato interruptivo. II – Quando a instauração do processo disciplinar se der *ex officio*, o termo a quo coincidirá com a data em que o órgão competente da OAB tomar conhecimento do fato, seja por documento constante dos autos, seja pela sua notoriedade. III - A prescrição intercorrente de que trata o §1º do art. 43 do EAOAB, verificada pela paralisação do processo por mais de três (3) anos sem qualquer despacho ou julgamento, é interrompida e recomeça a fluir pelo mesmo prazo, a cada

1. (DOU Seção 1, 14.04.2010, p. 142)

despacho de movimentação do processo.”

Embora tenha que acatar o contido na súmula, discordo de suas conclusões, já que é evidente que o texto da Lei fala apenas em constatação oficial, não destacando que esta se daria pela OAB ou pela parte demandante no processo disciplinar.

Como importante argumento é de se destacar que o Art 43, §2º, I, fala em **interrupção da prescrição “pela instauração de processo disciplinar”**, o que pressuporia que tal prazo, em tese, já poderia estar correndo antes mesmo da constatação oficial do fato pela OAB.

No entanto, ainda que respeite e adote o contido na súmula, continuo a entender que antes da chamada constatação oficial operar-se-ia, na verdade, **o prazo decadencial**, que se inicia pela constatação pela parte da infração disciplinar.

Este entendimento surge da idéia de que a o advogado não pode estar eternamente submetido ao poder disciplinar da OAB, quando a parte que foi vítima da conduta imprópria deixou de exercer seu direito de representação no mesmo prazo conferido à OAB para punir o representado em processo disciplinar.

Tal conclusão já advinha anteriormente da interpretação dada ao Art 25-A do EOAB com a seguinte redação: “prescreve em cinco anos a ação de prestação de contas pelas quantias recebidas pelo advogado de seu cliente, ou de terceiros por conta dele”.

Diante do prazo estabelecido no artigo 25-A pelo Estatuto para a ação de prestação de contas pelas quantias recebidas pelos advogados, a jurisprudência predominante no CFOAB, analogicamente, sempre entendeu que se deve utilizar do mesmo prazo para a parte representar contra o advogado por cometimento desta ou qualquer infração ética.

Neste sentido:

“RECURSO Nº 0311/2005/SCA (...) . “Prestação de contas - Prazo para denunciar - Infração ética - Conhecimento do fato - Prescrição - Art. 43 da Lei nº 8.906/94 - Princípio da Segurança Jurídica. I - Devidamente comprovado que o Advogado convocou o cliente para prestar contas, não pode o mesmo ficar inerte para denunciar a infração ética à Ordem dos Advogados, posto que deturpa o Instituto da Prescrição, que objetiva, acima de tudo, impedir que a punibilidade de qualquer possível infração se eternize nas relações interpessoais, beneficiando o omissor e negligente, ampliando a insegurança jurídica que deve disciplinar as relações pessoais e profissionais no seio social, bem como ofende aos princípios da segurança jurídica e do Estado Democrático de Direito. II - Por equidade, deve se aplicar o mesmo prazo para que o cliente possa denunciar o Advogado por infração ética, direi-

to este, que se denomina pretensão punitiva, que não pode se eternizar como uma espada de Dâmoicles pairando sobre a cabeça do profissional. III - O prazo do “Caput” do Art. 43 da Lei nº 8.906/94 somente tem início após o conhecimento oficial do fato pela Ordem dos Advogados do Brasil, antes desta constatação, o prazo de prescrição corre em desfavor do cliente, que tem 5 (cinco) anos para denunciar a infração ética. IV - Recurso provido. Luiz Cláudio Silva Allemand, Relator. (DJ, 08.05.2007, p. 1078/1079/1080, S.1)”

Tais decisões encontraram respaldo em recente orientação normativa aprovada no âmbito da Segunda Câmara do CFOAB², que entendia que não seria razoável submeter o advogado a uma situação de extrema insegurança jurídica, podendo ser representado disciplinarmente por um prazo indefinido. Admitir como inexistente o prazo de cinco anos para a representação a partir do conhecimento da parte, é entregar o jus puniendi ao cidadão, pois este poderia livremente, e sem qualquer limitação temporal, escolher o momento em que representaria o advogado. Decerto o poder irrenunciável de punir pertence à OAB, pois a ela é concedida legalmente a jurisdição administrativa, cabendo apurar a existência de infrações disciplinares, que por mais das vezes representam verdadeira afronta a dignidade da profissão e extrapolam os limites subjetivos do ofensor e ofendido. Por esta razão é que em várias situações não é dada à parte o direito de desistir do processo disciplinar já instaurado, devendo este prosseguir independente da vontade das partes.

Isto, no entanto, não pode significar um controle perpétuo sobre os atos cometidos pelo profissional, que tem, em muitas das vezes, limitada a possibilidade de reunir provas em razão do decurso do tempo, prejudicando seu direito a ampla defesa.

Esta interpretação busca justamente inspiração no processo administrativo, notadamente, nas leis que regem processo administrativo Federal, também aplicáveis de forma subsidiária ao processo disciplinar no âmbito da OAB:

“Lei nº 9.784/1999 : (...) Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.”

Ainda no direito administrativo, cita-se a Lei no 9.873/1999, que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta:

Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da

2. Entendimento conforme discussão em sessão de 12 abril de 2010 do plenário da segunda Câmara do CFOAB

Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

Observa-se, pois, que a legislação que orienta processo disciplinar no âmbito da administração pública federal, obedece ao princípio da estrita prescritebidade, sempre se levando em conta a efetiva ciência do fato ensejador da punição.

Desta forma, mesmo diante da súmula 01/2011 aprovada pelo plenário do Conselho Federal, e ainda que respeitando seu caráter vinculativo relativo às hipóteses de prescrição previstas no Art 43 do EOAB, continuo a entender pela **aplicação do prazo decadencial de cinco anos** contados da constatação pela parte, utilizando também como parâmetro, a orientação normativa proposta no âmbito da Segunda Câmara do CFOAB, as leis que disciplinam o processo administrativo federal e a interpretação conforme a Constituição que garante aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV).

2. INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO TRIENAL POR DESPACHO

Outro aspecto importante a ser abordado diz respeito à paralisação do processo por mais de três anos.

Ainda hoje existem dúvidas referentes à interpretação do §1º do art. 43 do EOAB, no que toca a natureza do despacho, que teria o condão de interromper a prescrição.

Sempre tive o entendimento que tais despachos apenas seriam os de conteúdo decisório, já que apenas estes efetivamente representariam um impulso real do feito. Não se pode considerar movimentação um ato meramente ordinatório, como por exemplo, aquele que ordena a remessa física de autos de um local para outro, redesigna relator em razão do término do mandato do relator originário.

Neste sentido :

“RECURSO Nº 2007.08.02482-05/SCA-3º. 1. Configura infração disciplinar prevista no art. 34, XX e XXI do EAOAB a retenção indevida e de valores, bem como a recusa injustificada de prestação de contas por parte do advogado. 2. A prestação de contas só se aperfeiçoa com a efetiva entrega dos valores aos clientes, especialmente quando tais quantias já se encontram discriminadas em processo judicial de prestação de contas. 3. No entanto, há de se reconhecer a superveniência da prescrição intercorrente, prevista no art. 43, § 1º do EAOAB, em razão da paralisação imotivado do processo por mais de três anos sem qualquer decisão ou despacho. 4. Despacho de mero expediente, sem qualquer conteúdo decisório ou impulsionador do feito não se prestam a inter-

romper o fluxo da prescrição. 5. Recurso conhecido e provido, reconhecendo-se, ex-officio, a prescrição intercorrente e determinando-se a instauração de processo administrativo para apuração do fato.. Leonardo Accioly da Silva, Relator. (DJ, 24.05.2010, p. 30)

No entanto, o mais recente posicionamento do plenário da Segunda Câmara do CFOAB aponta no sentido de que todo e qualquer despacho, ainda que de mero expediente, interromperia o fluxo da prescrição trienal.

O Plenário da Segunda Câmara, neste particular, fundamentou-se na ausência de previsão no Estatuto de que apenas os despachos de conteúdo decisório estariam aptos a interromper a prescrição. Também foi utilizado como fundamento a ausência de definição e certeza do que seria efetivamente despacho com tal característica.

Muito embora respeite as conclusões do plenário, ousou discordar de seus termos, já que o intérprete da norma deve buscar seu conteúdo teleológico. A mens legis do dispositivo legal em análise é justamente coibir a paralisação dos feitos, fazendo com que a parte não se submeta à injustificável inércia da OAB no julgamento dos processos. Tal crítica assenta-se no fato de que o processo paralisado é aquele que não ultrapassou as fases processuais previstas em lei e nos regulamentos. Um despacho de mero expediente não tem o condão de tirar o processo efetivamente de seu estado de paralisação.

3. INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL PELA NOTIFICAÇÃO VÁLIDA OU INSTAURAÇÃO DO PROCESSO DISCIPLINAR

Outra dúvida que assalta os julgadores e partes litigantes diz respeito à interrupção da prescrição quinquenal pela ocorrência das hipóteses previstas no inciso I do parágrafo segundo do Art 43 do EOAB.

Em primeiro lugar a falta de precisão do nosso Estatuto faz com que não se tenha absoluta certeza de em que momento dá-se a instauração do processo disciplinar.

Parte da doutrina entende que a instauração se dá automaticamente quando do recebimento da representação. Isto porque o Art 72 prescreve que “O processo disciplinar instaura-se de ofício ou mediante representação de qualquer autoridade ou pessoa interessada.”

Tal conclusão vai de encontro à teleologia da norma que faz questão de destacar temporalmente o momento em que o relator, convencido da admissibilidade dos termos da representação, entende por declarar instaurado o processo.

Da mesma forma, recorrendo-se supletivamente aos princípios gerais do processo, não se pode entender como instaurada qualquer lide, sem análise dos requisitos de admissibilidade ou as condições da ação, (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade ad causam).

O próprio Art. 72 em seu §1º delega ao Código

de Ética a definição dos requisitos de admissibilidade do processo disciplinar, o que afasta qualquer possibilidade de considerar-se como termo inicial do processo a simples representação disciplinar.

Partindo desta premissa, a primeira conclusão que se chega é que, para que haja a incidência do primeiro marco interruptivo da prescrição, previsto no § 2º do Art. 43 do EOAB, necessitar-se-ia, pois, de expressa declaração de instauração, ou, na melhor das hipóteses, existência de ato processual inequívoco do relator pelo qual se inferisse seu entendimento pela existência dos pressupostos de admissibilidade e instauração do processo disciplinar.

Com relação à notificação surge a dúvida causada pela locução “ou”, prevista igualmente no §2º do Art. 43. Isto porque poder-se-ia entender que haveria duplo marco interruptivo, qual seja a instauração do processo e a notificação válida.

Na verdade, entendo que a norma, propositalmente, nos obriga adotar um único marco interruptivo que deve corresponder à primeira das hipóteses previstas no §2º do Art 43 do EOAB, que vir a ocorrer (instauração do processo ou notificação válida).

A existência da locução “ou”, além das duas hipóteses de interrupção estarem topograficamente localizadas no mesmo inciso, não permite que se entenda pela possibilidade de interrupção em seqüência o fluxo da prescrição. Isto também nos remete à intenção da norma pela estrita prescritibilidade do processo administrativo disciplinar, respeitando-se as mais amplas garantias processuais do representado.

Neste sentido julgado do CFOAB:

“Recurso 0026/2006/OEP. Ementa 26/2007/OEP. Processo ético disciplinar. Prescrição quinquenal intercorrente. Marco inicial. Instauração do procedimento. Verificação em cada caso. Princípio da razoabilidade. O marco inicial para a contagem do prazo de prescrição deve ser fixado a partir da interpretação que impossibilite o abuso de poder por parte da Administração. O representado não dispõe do controle do tempo dos atos administrativos. O processo e o procedimento são instrumentos de garantia do demandado contra a opressão. A instauração do procedimento ético e disciplinar é marco inicial do prazo prescricional

intercorrente, podendo ser configurado tanto a notificação do representado para apresentar defesa, quanto a expressa instauração do processo disciplinar por decisão específica, sempre em benefício do representado. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os integrantes do Órgão Especial do Conselho Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por maioria, acolher o voto do Relator, vencida a divergência do Representante da OAB/Paraíba, conhecendo e dando provimento ao recurso, para reconhecer a incidência da prescrição intercorrente da pretensão punitiva, reformando a decisão recorrida, para afastar a punição aplicada e determinar a extinção do presente procedimento sem apreciação da matéria do mérito. Brasília, 17 de junho de 2007. Vladimir Rossi Lourenço, Presidente. Marcus Vinicius Furtado Coelho, Conselheiro Relator. (DJ, 06.07.2007, p. 229/230, S.1)“

4. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO QÜINQUENAL POR DECISÃO CONDENATÓRIA

Outra questão que merece destaque diz respeito à dúvida relativa à interrupção da prescrição por decisão condenatória.

A jurisprudência também era vacilante já que existiam decisões entendendo que tal interrupção só poderia se dar uma única vez, justamente com o primeiro julgamento³, que normalmente ocorre perante o Tribunal de Ética e disciplina da Seccional⁴, e outras entendiam que cada nova decisão condenatória perante os órgãos da OAB representa novo marco interruptivo da prescrição quinquenal⁵.

Atualmente tem prevalecido nos julgamentos do CFOAB a segunda corrente, sob o fundamento justo de que o texto da lei faz referência expressa a decisão condenatória recorrível de **qualquer órgão da OAB**.

Caso a lei objetivasse limitar a incidência dos marcos interruptivos relativos aos novos julgamentos, certamente o faria acrescentando o termo **“primeira decisão condenatória em qualquer órgão da OAB”**, o que seria possível mesmo diante dos processos cuja competência originária é da Seccional através do pleno, (processos de exclusão) ou do Conselho Federal, como no caso de processo disciplinar contra diretores ou conselheiros do CFOAB.

3. “Processo 2007.08.05639-03. Conhecimento do recurso à consideração da presença de alegações de contrariedade ao EAOAB. Prescrição trienal possui como pressuposto a inércia processual por mais de três anos. Hipótese inexistente e distinta da versada no presente feito. Incide a prescrição quinquenal quando transcorridos mais de cinco anos entre a instauração do processo e o primeiro julgamento. Interpretação literal do inciso I do parágrafo segundo do art. 43 do EAOAB. Garantia do processado, que não possui o controle do tempo do processo, contra a demora por parte da Administração. A prescrição interrompe-se apenas uma vez, na instauração do processo disciplinar ou na notificação válida, sempre em benefício do processado, instaurando-se o processo e iniciando-se o transcurso do prazo prescricional. A notificação válida, destarte, passa a ser a única oportunidade de interrupção do prazo prescricional. Precedente do Órgão Especial.. Brasília, 18 de maio de 2008. Marcus Vinicius Furtado Coelho, Conselheiro Federal Relator. (DJ, 17.06.2008, p. 547)

4. Exceção se faz quando trata-se de processo de exclusão cuja competência para julgamento é do pleno da Seccional, ou nos processos de competência originária do Conselho Federal.

5. RECURSO Nº 0079/2006/SCA-3ª Turma - Embargos de Declaração. Matéria afetada ao Pleno da Segunda Câmara. Embgte.: A.B.F. Embargos de declaração em Embargos de Declaração - Possibilidade - Omissão inexistente - Prescrição apreciada e afastada - Prazo - Reinício a cada decisão não absolutória - Improcedência. 1. Embora cabível embargos de declaração contra acórdão proferido em embargos de declaração, necessária a plena demonstração da suposta omissão ou obscuridade, para merecer provimento. 2. Tese da prescrição apreciada nos embargos alvo de novos embargos de declaração, restando afastada, pois cada uma das decisões proferidas por qualquer órgão da OAB, constitui novo marco interruptivo da prescrição. Precedente da Segunda Câmara - Recurso 0024/2004/OEP. DJ, 06.07.2007, p. 229/230, S.1) 3. Omissão inexistente. Rejeição dos embargos.. Gilberto Piselo do Nascimento, Relator. (DJ, 09.07.2010, p. 25)

CONCLUSÕES

Diante do exposto conclui-se brevemente que:

1. A despeito da súmula 01/2011 aprovada pelo plenário do CFOAB, ainda subsiste o prazo decadencial para que a parte represente disciplinarmente contra o advogado, pois entender de maneira diversa seria condenar o profissional a eterna insegurança jurídica, impedir seu livre direito à ampla defesa e submeter o profissional ao injusto controle perpétuo se seus atos;

2. Tal prazo é de 5 (cinco) anos, usando-se como parâmetro o Art. 25-A do EOAB as leis federais que regem o processo administrativo, aplicados subsidiariamente ao processo disciplinar da OAB.

3. A jurisprudência do CFOAB firmou entendimento de que a interrupção da prescrição trienal se dá por qualquer despacho, ainda que sem conteúdo decisório;

4. Em se tratando das hipóteses previstas no §2º do Art. 43 do EOAB, a prescrição se interrompe uma única vez, seja pela instauração do processo disciplinar, seja pela notificação válida do representado;

5. A prescrição quinquenal é interrompida a cada nova decisão condenatória por qualquer órgão da OAB, e não apenas pela primeira condenação pelo TED ou outra instância disciplinar.

DIALÉTICA NOS CONTRADITÓRIOS JUDICIAL E ARBITRAL: A ARTE DO DIREITO E SUA REGULAÇÃO

Carlos Eduardo de Vasconcelos

Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP, membro da Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem do Conselho Federal da OAB, presidente da Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem da OAB/PE, Coordenador Pedagógico das Práticas Jurídicas e Restaurativas da Faculdade dos Guararapes/PE, Diretor de Pesquisa e Estatística do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem - CONIMA, integrante do quadro de arbitralistas do Centro de Mediação e Arbitragem de Pernambuco - CEMAPE, professor, articulista e palestrante, autor do livro *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo é um convite à reflexão dos operadores do direito e dos profissionais em geral, dedicados aos estudos e práticas processuais, a respeito de um tema que anda esquecido ou subestimado: a arte no trato dialético do contraditório. Eis, pois, as nossas observações iniciais.

Buscaremos observar e comentar fenômenos que estão contribuindo, na contemporaneidade, para o resgate da dialética processual, quer autocompositiva, quer arbitral, quer judicial, num movimento de redescoberta do caráter concretizador do Direito, com o apoio das técnicas institucionais, sistematizadas, e das políticas democráticas.

Estamos no século da solidariedade, da interdependência, da instabilidade, da intersubjetividade, da sustentabilidade ambiental planetária, do compartilhamento comunicativo, em que a simplicidade do artista, com sua espiritualidade, volta, paulatinamente, a ocupar a centralidade na cultura e, portanto, num direito crescentemente dialético e instrumental.

Este artigo propõe uma reflexão sobre essa dialogia jurídica; qual seja, legislação e jurisprudência concebidos e vivenciados enquanto técnicas sistemáticas de

apoio à dialética e, portanto, à arte de um contraditório dialogal, valorativo.

Algumas questões serão exploradas, por exemplo: como viabilizar um contraponto, um acoplamento funcional-estrutural, entre a interdisciplinaridade dialética, empírica, dialogal, das relações conflituosas interpessoais, interinstitucionais e internacionais concretas e as técnicas sistemáticas de uma dogmática jurídica que regula, que estabelece a ordem legislada do Direito posto, com sua hierarquia constitucional?

As artes, técnicas e valores da negociação, da mediação, da justiça restaurativa, consubstanciariam práticas dialogais necessárias à funcionalidade das retóricas arbitrais e judiciais, hoje excessivamente amoldadas aos aspectos formais das respectivas dinâmicas e, conseqüentemente, pouco colaborativas? Uma cultura de colaboração, pelo diálogo regrado, que viabilize a identificação das reais necessidades e interesses das pessoas em conflito, seria o fundamento da arte de um Direito substancialmente dialético, residente na intersubjetividade concreta das relações humanas?

Enfim, será que os operadores do direito estão percebendo as suas novas responsabilidades enquanto facilitadores e colaboradores da pacificação social? As instituições que caracterizaram o século XX estão sendo redesenhadas para acolher essa nova perspectiva dialética e democrática? Estamos preparados para lidar com o pensamento complexo, aquele que reconhece as contradições e os antagonismos, enquanto complementaridades em constante metamorfose?

2. BREVE LEITURA HISTÓRICO-CULTURAL DO FENÔMENO JURÍDICOCUMPRIMENTO DE SÚMULA VINCULANTE

A contemporaneidade do início deste terceiro milênio tem-nos levado a situações inusitadas de convivência local e planetária. As relações marcadamente piramidais, em porções fixas de patrimônio apropriado monologicamente, que prevaleceram nos últimos dez mil anos, vão sendo relativizadas e superadas por relações prevalentemente horizontalizadas, em porções variáveis de conhecimento aplicado dialogicamente.

Sob aquelas relações piramidais de sociedades menos complexas, o direito, tal como o Direito romano, embora fundado nas idéias do diálogo e da retórica, era

conduzido por alguém com poder para aplicar a solução tida como justa. Vigorava um Direito dito natural, eminentemente processual, jurisprudencial, sendo poucas as normas gerais, abstratas. Nessas circunstâncias, o poder do julgador era amplíssimo e as decisões, ao final, fundavam-se na sua retórica, inspirada pelo discurso da justiça.

Com efeito, o Direito natural, cujos fundamentos não estavam substancialmente positivados, era construído num contraponto do diálogo (foco na troca de opiniões e expressão de sentimentos) e da retórica (foco no discurso com vistas a fins), no processo de concretização. Era um Direito sem apego a partituras, tal como o jazz. Era uma arte do Direito, embora contaminada pelos vícios imperiais. Com o tempo esse trato individualizador da justiça foi sendo instrumentalizado, gradativamente, mediante a junção de casos semelhantes, e avançando de tosca jurisprudência para generalizações abstratas, mediante a proliferação de leis gerais. Na idade média a idéia da transcendência teológica do Direito gerou outras perplexidades, sendo a arte do Direito influenciada, fortemente, pela ideologia religiosa do Direito canônico.

Ao final da idade média e ao tempo do renascimento europeu, com o desenvolvimento do comércio internacional pelos mares, sob o influxo das novas tecnologias da navegação, os costumes político-jurídicos forjaram outra via. Esses novos costumes mercantis, que redundaram no que se convencionou denominar *lex mercatoria*, sinalizaram no sentido de um Direito alternativo, emancipado dos formalismos feudais. Como tais costumes iam sendo mais e mais desenvolvidos numa dinâmica econômica relativamente distanciada da ordem feudal, pois consubstanciavam um novo poder econômico em expansão, redundaram no que foi posteriormente conhecido como capitalismo mercantil. Esse Direito costumeiro incrementou as dialéticas da mediação e da arbitragem dos conflitos, sem a interferência do poder político feudal, que persistia com seu Direito natural teológico, em torno das soberanias territoriais.

Uma inovadora jurisdição arbitral revigorou as práticas dialogais e retóricas na condução das controvérsias do comércio, com implicações significativas sobre a cultura jurídica da época. Daí porque vários juristas alardeiam que a arbitragem seria fruto do liberalismo. Mas a arbitragem, tal como a mediação de conflitos, é prática imemorial, anterior à revolução agrícola; dos tempos em que não se conhecia a instituição Estado.

Com a complexificação social decorrente da continuidade do desenvolvimento comercial, tecnológico e urbano, consolidando o poder capitalista do estado democrático e as instituições da cidadania, sob o influxo das revoluções sociais burguesas e das revoluções econômicas e tecnológicas que se seguiram, foi-se expandindo um Direito cada vez mais entendido como complexo de normas gerais, definido como um sistema jurídico positivo, voltado à estabilização das relações interpessoais e interinstitucionais das sociedades complexas resultantes

dessas novas dinâmicas.

Especialmente nos séculos XIX e XX esse Direito positivo - que se expandira para atender as exigências das sociedades de massa - inverteu a lógica tradicional do Direito. Na Europa continental e países periféricos a lógica do Direito como arte de concretização individualizada do sentimento-idéia de justiça foi substituída por uma hermenêutica que o estrutura como sistema, na forma de ordenamento jurídico, a partir do qual se interpreta e aplica textos normativos preexistentes.

Portanto, foi na ambiência de crescente complexidade cosmopolita das sociedades modernas dos séculos XIX e XX, em meio a inusitados avanços tecnológicos, sob a lógica de um cientificismo reducionista e temente dos retrocessos fundamentalistas, que se procurou reduzir o direito ao campo do apodítico, do alético, do formal sistematizado.

Com essa inversão cientificista estabeleceu-se o dualismo Direito material-Direito processual, passando o Direito processual a ser tido como um Direito adjetivo, instrumental, para a aplicação de um Direito substantivo, material. A arte do Direito, de natureza processual, perdendo espaço para uma ordem jurídica fundada em leis gerais preestabelecidas positivamente. O contraditório dialógico (diálogo e retórica) substituído pela tecnologia de um contraditório formalista e monológico. A hermenêutica jurídica, enquanto reflexão interdisciplinar sobre a concretude social do conflito, perdendo espaço para uma dogmática, focada na interpretação da ordem legislativa.

A partir das últimas décadas do século XX, sob o influxo das tecnologias da informação, uma difusão massificadora dos conhecimentos, com políticas de educação continuada, foi assumindo a dianteira em relação à pura detença de bens territoriais ou instrumentais. A conflituosidade foi-se tornando difusa, em ambientes crescentemente horizontalizados, passando-se a compreendê-la como fenômeno inerente às relações interpessoais.

Nessa hipercomplexidade contemporânea, em que os vínculos de uma hierarquia impositiva, patrimonial, rural, vão cedendo espaço para os vínculos crescentemente horizontais, em rede e em escala planetária, as soluções simplesmente impositivas, fundadas no temor à autoridade hierárquica, perderam funcionalidade e eficácia social.

3. UM OLHAR CONTEMPORÂNEO SOBRE A ARTE E A REGULAÇÃO NO DIREITO

Numa arte do Direito prevalece a tendência individualizadora da justiça na experiência do caso concreto, que necessita, porém, do regramento que lhe é emprestado pelas técnicas de uma tendência generalizadora. Esse regramento vai desde o respeito ao igual direito dos oponentes à expressão dos respectivos sentimentos e idéias até o conjunto dos ordenamentos jurídicos e jurisprudências de sociedades complexas, e suas estruturas teleológicas de impositividade.

Essas estruturas constituem, pois, ordens axiológicas ou teleológicas de valores jurídicos, ou sistemas objetivos (legislativo-jurisprudenciais), com função político-jurídica de apoio a uma força dialético-institucional.

Canaris, com seu reducionismo, equipara o Direito a esse “sistema objetivo”, teleológico, que denomina “sistema da própria ordem jurídica” e também considera como sistema – um outro sistema – a própria ciência sobre o Direito, qual seja, o conjunto de proposições doutrinárias ou, conforme as suas palavras, “sistema científico” (CANARIS, 2002, p. 282-284).

O alegado sistema jurídico de proposições doutrinárias, “sistema científico”, hermenêutico, que diz respeito à doutrina sobre o direito; seria, em verdade, constituído pelo “sobredireito” dos doutrinadores, com caráter descritivo e crítico e, portanto, hermenêutico. Preferimos a idéia de que essa doutrina jurídica ou ciência sobre o Direito não constitui propriamente um sistema. Seria a própria cultura jurídica, ou campos multidisciplinares de reflexão e experimentação científica sobre o fenômeno jurídico e suas instituições, enquanto teorias sobre as práticas e instituições jurídicas, numa sociologia jurídica, antropologia jurídica, psicologia jurídica, medicina legal e filosofia do direito, por exemplo.

Quanto a um sistema da própria ordem jurídica, ou sistema objetivo, Canaris procura justificá-lo pelo seu significado para a obtenção do Direito, destacando que a argumentação sistemática representa uma forma especial de fundamentação teleológica.

Conforme Canaris:

“Quando se entenda o sistema como uma ordem teleológica (aberta e fundamentalmente imóvel), logo daí resulta que o argumento sistemático apenas representa uma forma especial de fundamentação teleológica; pode, por isso, e tal como esta, aspirar à mais alta categoria entre os critérios de interpretação criativa. O sistema possui, com isso, [aptidão para a derivação teleológica]” (CANARIS, 2002, p. 283).

Creemos que esse entendimento de Canaris se aproxima do reconhecimento do Direito enquanto fenômeno social, cultural, como uma força que reside na arte, na dialética do lidar com a intersubjetividade concreta e conflituosa das relações humanas, apoiada em técnicas legislativas e jurisprudenciais de uma ordem teleológica e sistemática, sendo este argumento sistemático, como afirma ele, apenas “uma forma especial de fundamentação teleológica”, consoante critérios de interpretação/concretização criativa.

Mas o argumento sistemático é impróprio, porque o ordenamento jurídico e a jurisprudência são apenas técnicas de estabilização social, artificiais e intrinsecamente incompletas, representativas da dimensão estruturada do direito, ou o modelo legislativo institucionalizado, não se confundindo, pois, com o conceito de sistema, que su-

põe um todo completo, coerente e aberto, como no caso dos sistemas vivos. Em suma, embora se apóie num ordenamento teleológico, num modelo de sistema, entendemos que o Direito é, em verdade, a força resultante de um complexo dialético-institucional de estabilização social e, portanto, um domínio multidimensional.

Essa multidimensionalidade distingue e integra arte e técnica, dialética e sistemática; entendendo-se por sistemática um modelo racional de sistema teleológico e um sistema propriamente. Daí porque o Direito não é apenas a arte do diálogo ou apenas uma ordem sistemática e teleológica, mas uma força dialético-institucional, com função político-jurídica, norteadas por sentimentos-ideias de justiça. Portanto, o direito, que não é em si um sistema, integra o sistema da vida humana, ou o sistema da condição humana, em seus aspectos de intersubjetividade conflituosa e impulsos-instituições de estabilização legitimada.

É nos processos de sua criação político-jurídica e de sua aplicação, e, portanto, na dialética dos contraditórios valorativos e regrados, que a força do direito se manifesta enquanto legitimação, proibição, obrigação, autorização ou permissão.

Destacamos, pois, que, ao nos referir ao Direito, na contemporaneidade, não nos atemos quer ao direito dito natural (teológico, antropológico ou racional), quer ao positivismo jurídico (legalista ou normativista).

Reportamo-nos a uma modalidade de Direito pós-positivista, cultural, que reconhece a necessidade das técnicas de interpretação a partir de uma ordem jurídica democrática, mas que as insere como porta de entrada, a serviço da arte de lidar com a realidade do conflito, na dialética “interpretação-concretização”, em que os interlocutores com poder para decidir atuam colaborativamente, com vistas à eficácia social da decisão.

Assim, referimo-nos a um Direito que, apoiado na centralidade estatal, interna e internacional, de uma ordem democrática, manifesta-se em sua multidimensionalidade e pluralidade social. Um Direito que vai além do conceito de eficácia positiva (monológica) para acolher o conceito de eficácia social (dialógica). Consoante esse Direito, a justiça, em sua equidade concreta, referenciada pelo valor “dignidade da pessoa humana”, seria o elemento de legitimação, valor maior, acolhido, implícita ou explicitamente, pelas técnicas legislativas e jurisprudenciais dos ordenamentos jurídicos democráticos.

Portanto, aqui não nos reportamos a uma justiça transcendente, acima do ser humano ou das suas instituições, mas a uma justiça que se faz na concretização dialogal e regrada, consoante uma hermenêutica dos valores democráticos.

Nisso aproximamo-nos de Friedrich Muller que, em sua *Metódica Estruturante do Direito*, propõe uma superação, quer dos positivismos normativistas de feição kelseniana, quer dos decisionismos na linha de Carl Schmitt. Muller, Adeodato e outros entendem que a norma

jurídica surgirá da inter-relação entre texto e realidade, consoante a atividade criativa dos que podem decidir, admitindo discrepâncias (ADEODATO, 2009, p. 238-263).

Assim, a interpretação gramatical, sistemática e subjetiva do texto legal, bem como as técnicas de integração analógica e principiológica são referenciais necessários à concretização dialética do Direito, pois assumem a função de apontar limites e oferecer critérios. Em outras palavras, o texto do ordenamento normativo compõe as técnicas de estabilização social, de primeiro nível; apoio norteador da ambiência jurídica, comunicativa e dialógica das sociedades complexas da contemporaneidade.

O normativismo de Kelsen - para quem o texto normativo fixa os limites, como uma "moldura" em cujas eventuais lacunas o jurista atua criativamente, mediante operações silogísticas - seria insuficiente, pois concebe a norma como algo previamente dado, embora sujeita a um juízo de razoabilidade (KELSEN, 2000). O Direito aí é tratado como se fora um sistema em si mesmo; e não como a força resultante de uma arte regrada pelas técnicas sistemáticas da legislação e da jurisprudência.

Numa perspectiva inversa, o decisionismo de Carl Schmitt, para quem a decisão não guarda relação real com o texto normativo, tanto no que concerne aos problemas de validade e sentido desses mesmos textos, quanto no que diz respeito ao problema da justificação da decisão, também seria insuficiente. O Direito aí seria como que uma arte abstrata, sem moldura, sem regras, sem limites. (MACEDO JR, 2001).

A Dinâmica Estruturante do Direito, concebida como interpretação-concretização a partir da realidade conflituosa, resulta, pois, de um diálogo concretizador que integra, necessariamente, o ordenamento jurídico à moral e à arte. Como nos ensina Carnelutti, "A natureza opõe-se à arte. A arte junta-se à natureza para enriquecer o mundo. E enriquecer o mundo é a tarefa do homem. O legislador, como o pintor com seus quadros ou o escultor com suas estátuas, executa esta tarefa com as suas leis". (CARNELUTTI, 2006, p.35).

É imprópria a suposta oposição entre o fato e o direito, pois a oposição que poderá existir é entre o fato e a lei. Como Carnelutti, pensamos que o Direito representa, finalmente, a síntese entre o fato e a lei. "Direito, pois, não consiste no ordenamento senão no que ordena, quer dizer que une ou, de uma maneira mais realista, que liga; e, portanto, é uma força". (Op. Cit., p.21).

Ao cuidar do fato-conflito - incluindo, aí, o trato das crenças, sentimentos, interesses, argumentos, espec-

tativas de comprovação e de reconhecimento entre as pessoas concretas envolvidas - deve o operador ter em conta o texto legal como um padrão abstrato, como porta de entrada, como "moldura" ou referência regulatória a priori e incompleta, cabendo-lhe integrar e concretizar empiricamente a norma, com o apoio comunicativo do diálogo legitimador, numa hermenêutica que se perfaz consoante dinâmicas intersubjetivas, jurisdicionais ou não.

Quanto mais oportunidades regradas para a exploração dos sentimentos, expectativas e necessidades revelados pelas condutas e padrões relacionais dos protagonistas e, portanto, pelo fato jurídico visto empiricamente, em sua concretude existencial continuada, complexa e humana, mais contemplada estará a arte comunicativa, dialógica, construtora de significados e consensos. Deve-se admitir que, no campo dos direitos indisponíveis, a interpretação será mais direta, mais ex-lege, e a arte do direito estará mais limitada por técnicas "de ordem pública".

O pós-positivismo seria fruto de variadas leituras da hipercomplexidade contemporânea, a exigir o reconhecimento das diferenças, da comunicação, das circunstâncias, do tópico, da recursividade circular, da instabilidade, da simplicidade. Nessa perspectiva, a ordem jurídica e as suas organizações, notadamente o Poder Judiciário, estariam a necessitar de uma reforma que as habilitasse ao reconhecimento de um espaço para o caos, para a incerteza, para a desordem, para a arte, para a faticidade, para o diálogo, a fim de legitimar a ordem que pretende, em última instância, assegurar.

Pensadores como Habermas (1997), Robert Alexy (2001), Perelman (2005), Alf Ross (2000), Dworkin (2001), Rawls (2000), apenas para destacar alguns dos mais conhecidos, propõem diferenciadas reflexões sobre o que seria ou deveria ser a operação do Direito em sociedades complexas ou hipercomplexas.

Creemos que, ao observarmos e admitirmos a instabilidade do nomadismo virtual do ethos contemporâneo, estaremos no caminho da superação da dicotomia maniqueísta "regulação versus emancipação" e compreendendo o sentido instrumental das técnicas que compõem a dogmática jurídica; enquanto pressupostos estruturais da funcionalidade do princípio da maioria e da estabilidade democrática. E iremos avançar rumo a uma dialética que contradiga, antagonize e que reconheça a relação de complementaridade irreduzível entre uma dimensão que emancipa e uma dimensão que regula, com vistas à concretização de uma justiça socialmente legitimada.

A arte do Direito e sua regulação democrática,

1. Numa obra pioneira, denominada *Isenções Tributárias*, de imensa repercussão, o autor em referência trouxe o resultado de fecundas pesquisas no campo da dogmática jurídica. Na segunda, *Lançamento Tributário*, aplica ao seu campo de especulação uma consistente inspiração kelseniana, com amplo acolhimento. Em seguida, no livro *Obrigações Tributárias*, traz uma abordagem metodológica, em consagrado esforço epistemológico inspirado em Popper. Mais adiante, ao lançar o imperdível *Ciência Feliz* (sobre o mundo

jurídico e outros mundos), contempla, ainda, alguns temas jurídicos fundamentais, mas confessa que nessa obra se permitiu um ecletismo temático extrajurídico, ao sabor da inspiração, liberto de autocontenção e de autopolicimento. Mas foi a partir das suas meditações heideggerianas que logrou superar o modelo positivista moderno. Superação, segundo ele, que não significa renegar o passado recente, mas que o levou a direcionar-se para o direito processual; "guardião da dialética".

cuja síntese constitui a força do Direito objetivo, devem, portanto, operar em sua interdisciplinaridade, a partir de uma faticidade orientada por princípios, tais como os da liberdade igual, da igualdade de oportunidades, da existência digna e da estabilidade democrática, com vistas à dignidade da pessoa humana (VASCONCELOS, 2008).

Voltemos à centralidade deste artigo, que diz respeito às conquistas, desafios e possibilidades da dialética nos contraditórios judiciais e arbitrais.

4. A RESSIGNIFICAÇÃO DA DIALÉTICA NOS CONTRADITÓRIOS PROCESSUAIS

Em 1996, justamente o ano em que foi editada a Lei de Arbitragem no Brasil, José Souto Maior Borges¹, um dos mais importantes pensadores da atualidade jurídica brasileira, antes notável tributarista, hoje, também, destacado filósofo do Direito, lançou um livro precioso: "O Contraditório no Processo Judicial (uma visão dialética). Ele que se destacara, anteriormente, como Kelseniano, trouxe, na obra em referência, a sua contribuição ao Direito judiciário, com inspiração em Heidegger e nas origens Greco-romanas da dialética.

O autor em referência destaca a lógica como a ciência que estuda as leis ideais do pensamento; consoante a compreensão de que não se pensa "alguma coisa", mas "sobre alguma coisa". A lógica tanto pode ser alética, aplicada mediante monólogo ou solilóquio, inclusive no campo de uma deontologia jurídica, como pode ser uma lógica dialética. Naquela primeira hipótese será uma lógica apodítica, dos silogismos científicos, que se distingue da lógica dialética, do opinável.

O ponto de partida da lógica apodítica, dos silogismos científicos, é alguma premissa com pretensão de verdade, enquanto que a lógica dialética é desenvolvida através da arte do diálogo regrado, com pretensão de razoabilidade.

No domínio da dialética, na vasta gama de significações possíveis, há proposições ou compreensões apenas "susceptíveis de serem defendidas", "aceitáveis", bastante prováveis. É o campo por excelência do opinável. Diferentemente do raciocínio analítico, cuida-se do verossímil, de opiniões, problematizações, em lugar de partir de proposições metodológicas previamente sistematizadas.

Com efeito, no campo do opinável, onde atua o diálogo e a retórica, é possível aspirar ao conhecimento, desde que num procedimento submetido a regras, numa arte razoavelmente controlável, tendo-se em conta que o escopo do diálogo regrado é a contraposição de sentimentos/idéias e o escopo da retórica é a persuasão.

A retórica também é uma arte e, portanto, ao lado do diálogo regrado, circular-recursivo, um dos modos de manifestação da dialética. Portanto, a retórica é a arte da eloquência, do bem argumentar, a arte da palavra, da oratória, com suas regras. Pela retórica são exercitadas as práticas da eloquência, com vistas à persuasão.

Dialética da intersubjetividade não é sistema: é arte. Compreender a arte e, portanto, a dialética, no conceito do Direito, equivale a excluir a possibilidade de conceber o Direito como sistema em si mesmo. A técnica da ordenação legislativa constitui a sua estruturação a partir de um modelo teleológico e dialético em seu viés institucionalizado. Com efeito, o código jurídico lícito-ilícito não decorre de juízos apodíticos (verdade-falsidade), mas de juízos dialéticos (razoabilidade-insensatez) instrumentalizados em estruturas e funções político-jurídicas.

O Direito, em sua dimensão dialética e, assim, enquanto arte da concretização do sentimento/idéia de justiça e da pacificação social, converte-se numa força dialético-institucional pelo apoio das técnicas legislativas dos ordenamentos jurídicos, com seu método, com seu modelo dogmático, com sua jurisprudência, com suas instituições, com suas hermenêuticas.

A falta desta compreensão desvirtuou o princípio do contraditório, que perdeu, quase que totalmente, o seu sentido dialético, e se converteu em algo ambíguo, tecnicista e alienador da cidadania. Juízes e advogados vêm praticando essa dialética mambembe, no contraditório judicial maniqueísta, como se fora uma virtude enlouquecida pelo diálogo de surdos.

Nas palavras de Souto Maior Borges,

"razões são produzidas pelas partes, cada uma delas encastelada em posições nas quais o dizer alheio – o do ex adverso – é pretexto tão-só para o desafio do desmoronamento da sua própria arquitetura conceitual. Nada obstante, o processo é uma disputa regrada. Regras ditadas pelo princípio da pertinência. Por isso, a dialética persiste nele como um resíduo histórico, obstinado em sobreviver".

Ainda citando Borges,

"O mais grave erro do cientificismo e sistematismos modernos, erro de corrosivos efeitos para a ciência jurídica, foi abandonar a dialética, lógica do diálogo, substituindo-a pela lógica do monólogo, o discurso jurídico empreendido por um só: o autor da teoria, o exegeta dos textos legais, o comentarista, o glosador, o simples anotador, o atualizador, etc. ----- É convite à meditação urgente, sobretudo no processo, único depositário normativo (como que de um resíduo), da dialética pelo audiatur et altera pars, princípio dos princípios processuais. É indispensável a dialética para uma ciência do processo moderno, que, na sua modernidade, se recuse a voltar às costas para a tradição naquilo que esta tem de mais venerável: o contraditório, dispositivo civilizador, exigência indeclinável tanto para testar asserções e teorias, confrontar opiniões divergentes, quanto para a aplicação contenciosa de normas jurídicas" (BORGES, op.cit., p.50).

O autor em referência acentua que, para uma reversão dessa tendência à corrosão dialética – reversão necessariamente radical, porque vai à sua raiz – deve-se

reconduzir o estudo jurídico, contra o sistematismo moderno, à arte do Direito – *reducere jus in artem*. O que pressupõe uma noção da finalidade, a consideração teleológica do Direito no âmbito da polis.

A dialética concretizadora do Direito contemporâneo deve contemplar, pois, um contraditório que abranja a relação circular-recursiva dialogal, em que tese e antítese, arte e técnica, em suas contradições e antagonismos, sejam cuidados como elementos de uma relação de complementaridade. A tese não elimina a antítese; elas não se antagonizam com feição maniqueísta, excludente, mas se complementam e se transformam, em suas contradições e antagonismos.

Não se deve, pois, conduzir dinâmicas do tipo solicitante ou solicitado, demandante ou demandado, autor ou réu, mas com a perspectiva de relações entre solicitante e solicitado, demandante e demandado, autor e réu, com seus antagonismos, contradições e complementaridades, pela colaboração de mediadores, promotores, advogados, árbitros ou magistrados, conforme a circunstância. A complementaridade, nessas situações, está subjacente, necessitando de exploração. Interesses comuns por trás do evento manifesto podem ser identificados numa possível negociação baseadas em princípios, voltada para a concretização dialogal, criativa, colaborativa.

As instituições do Estado democrático precisam, pois, urgentemente, de nova arquitetura. Elas devem ser redesenhadas na perspectiva de uma rede social de macropolíticas, em permanente expansão e reinvenção. Uma rede de solidariedade que temos o dever de ampliar, para que ela se legitime e se mantenha legitimada no seu papel organizador. A mudança de atitude, e até mesmo de paradigma, dos operadores dos conflitos interpessoais supõe uma reforma do pensamento, com vistas a uma reengenharia institucional.

Deixemos bem claro que essa necessidade é ainda maior em países como Brasil, onde a realidade cultural, política, jurídica e econômica ainda contempla valores feudais e escravocratas; onde as elites ainda praticam o nepotismo; onde a educação do povo ainda é terrivelmente precária; onde ainda não foram incorporados os princípios e as práticas da igualdade de oportunidades. Em suma, em países onde a dogmática jurídica ainda é demasiadamente simbólica, retórica, idealista, formalista. Enfim, onde a realidade que pretende regular não corresponde às abstrações constitucionais. Autores como Durkheim trouxeram relevante contribuição ao estudo das relações entre a violência e essas realidades institucionais.

Nós, operadores das dinâmicas de estabilização e pacificação social - quer os de formação jurídica, quer os de outras formações profissionais - precisamos nos envolver no aprendizado de uma pedagogia de autonomia, que estimule o protagonismo social. Um protagonismo que se nutre da capacidade dialogal, no respeito à diferença, que supõe uma capacidade de escuta. Uma capacidade dialogal que resgate a auto-estima dos litigantes, na edificação

de empatias e restauração de afetos, pelo reconhecimento do outro como legítimo outro.

Trata-se aqui de habilidades dialogais que nos conduzem à interdisciplinaridade e às vivências transdisciplinares, que reconhecem a importância metodológica do saber fracionado em disciplinas, mas sem incidir no reducionismo das hiperespecializações. Trata-se aqui, portanto, do desenvolvimento de uma dialogia a nortear as relações entre cidadãos livres e iguais.

E precisamos aperfeiçoar a nossa compreensão do ser humano e suas instituições, em sua complexa pluralidade. Como preleciona Morin, todo indivíduo tem, em potencial, uma multipersonalidade. A dupla personalidade, no seu aspecto patológico extremo, só faz revelar um fenômeno normal pelo qual nossa personalidade se cristaliza diferentemente, não apenas em função dos papéis sociais que desempenhamos, mas conforme a ira, o ódio, a ternura, o amor; tudo o que nos leva a realmente passar de uma personalidade para outra, modificando as relações entre razão, afetividade e pulsão (MORIN, 2007, p.115).

Grosso modo, segundo Morin, quanto mais complexa uma organização, mais ela tolera a desordem. Isto lhe dá vitalidade, pois os indivíduos estão aptos a tomar iniciativas para resolver tal ou qual problema sem ter de passar pela hierarquia central. É uma maneira mais inteligente de responder a certos desafios do mundo exterior. As redes informais, as resistências colaborativas, as autonomias, as desordens, são ingredientes necessários para a vitalidade das organizações, sendo a verdadeira solidariedade a única ambiência que permite o incremento da complexidade (MORIN, 2006).

Os personagens e instituições em conflito submetem-se a essas instabilidades e mutações. Os padrões relacionais caracterizadores dos vínculos reais entre os participantes de situações conflituosas deveriam ser considerados pelo operador do Direito, que deve incorporar, mais e mais, na prática jurídica, a pedagogia do diálogo, a arte, a metodologia e os valores da mediação. O Poder Judiciário estará sucateado por trás de autos, de ritos, hierarquias, elitismos, palácios, sem o benefício da arte, da sensibilidade, da ética, do humano, enquanto não acolher a primazia da realidade sobre a formalidade.

Não estamos aqui a alardear uma realidade emancipatória fundada na anarquia, que entre nós se nutre de miséria e ignorância, mas a uma emancipação pelo empoderamento dialogal, que faça contraponto com a regulação democrática.

Temos em vista um Judiciário que contribua para essa pedagogia. A pedagogia da autonomia, como em Paulo Freire. Um Judiciário que acolhe, que escuta, que pergunta, que aprende, e que continua escutando, para saber e não para constringer; que medeia, que promove o diálogo, que estimula a boa-fé, que atua colaborativamente, e que julga bem.

Um Judiciário de Estado Democrático, que permanentemente se aperfeiçoe para “assegurar o exercício

dos direitos sociais e individuais"... "de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias" (consoante o Preâmbulo da Constituição de 1988).

Portanto, um Judiciário que apóia e contribui para a organização de redes informais de justiça e que só julga em ultima ratio, pois é antes de tudo a própria sociedade que deve estar comprometida com a solução pacífica das controvérsias. Em suma, um Judiciário com a cidadania, na prevenção da violência e na pedagogia da cultura de paz e direitos humanos, tal como o artista que está onde o povo está.

Um judiciário bem mais funcional do que aquele cogitado por Montesquieu, porque aqui e agora não há império, sequer o suposto império da lei, como na cultura herdada dos tempos de Napoleão.

Será que os Projetos de Código de Processo Civil e de Processo Penal, que tramitam no Congresso Nacional, contemplam esses valores? Deveriam. Conforme Marinoni e Mitidiero, o processo civil do Estado Constitucional deve ser pautado pela idéia de colaboração do juiz com as partes. Consubstancia-se em um processo civil cooperativo em que o formalismo processual do direito ao processo justo seja um formalismo pautado pela colaboração do juiz para com as partes; um formalismo-valorativo, que se estrutura a partir de valores encarnados em normas. Acentuam que o formalismo deve ser cooperativo, porque cooperativo é o Estado Constitucional que o alicerça, haja vista o seu dever de atuar para a proteção dos direitos (MARINONI e MITIDIERO, 2010).

Com efeito, os referidos processualistas identificaram que a cooperação ou colaboração é uma das principais linhas mestras do Projeto de Código de Processo Civil. Espera-se que isto equivalha à afirmação de que o diálogo e a retórica adequadamente mediadas efetivamente comporão a dialética do contraditório judicial, deixando de ser o arremedo, o apêndice que tem sido.

Mas é preciso admitir que os operadores do Direito - especialmente os que se dedicam à labuta processual perante juízos e tribunais - ainda terão muito que reformular em suas práticas. A cidadania já tem dado demonstrações de não mais tolerar a exploração alienante e eternizada dos seus conflitos. Um novo paradigma se impõe. As Escolas de Direito estão a necessitar de uma pedagogia norteada por esses valores.

5. DIÁLOGO, MEDIAÇÃO E REGULAÇÃO

Conforme Prigogine, se nosso mundo devesse ser compreendido através do modelo dos sistemas dinâmicos estáveis, não teria nada em comum com o mundo que nos cerca: seria um mundo estático e predizível, mas não estaríamos lá para formular as predições. No mundo que é o nosso, descobrimos, em todos os níveis, flutuações, bifurcações, instabilidades. Os sistemas estáveis que levam

a certezas correspondem a idealizações, a aproximações (PRIGOGINE, 1996).

Nessa perspectiva, espera-se um judiciário que atue enquanto rede social, horizontalmente, aberto às alternativas da mediação e ao protagonismo da cidadania, assegurada a autoridade institucional. E como lidar com as alternativas da mediação e do protagonismo social? Como promover esse diálogo regulado?

Para o diálogo regulado os mediadores devem estar capacitados. Em seus procedimentos voluntários e sigilosos, eles nada impõem; são isentos. Sabem que a escuta é poderoso instrumento de resgate da auto-estima. Que esse resgate, mesmo que limitado, aumenta as possibilidades do reconhecimento da possível legitimidade do outro em suas diferenças. Daí porque iniciam sua atividade com uma chamada ao compromisso de todos pelo respeito silencioso à fala dos outros, que não devem ser interrompidos, assegurando-se que todos terão as suas iguais oportunidades de expressar as respectivas idéias e sentimentos.

Os bons mediadores sabem que certas questões devem ser conversadas em reuniões alternadas, com cada um dos mediandos, separadamente. Sabem que será preciso um entendimento prévio do significado das sessões conjuntas. Enfim, os mediadores devem ser artistas que acolhem, observam, escutam, perguntam, inspiram, estimulam a contextualização, a recontextualização, o esclarecimento, a reformulação, a desconstrução das retóricas originais e a construção dialogal de outras compreensões, que contemplem os interesses comuns. E, a partir desse novo ambiente, colaboram para o encontro de alternativas que viabilizam a transformação do conflito, sem a pressa ou a ansiedade de quem quer resolver algo, pois eles apenas estão ali, como facilitadores de diálogo. Eles apenas colaboram, com isenção, com assertividade e como outro igual.

O diálogo regulado também pode ser conduzido com as técnicas da conciliação. A conciliação, quando conduzida com as necessárias habilidades e técnicas, pode ser recomendável no cuidar de conflitos eventuais, entre pessoas que não convivem, nas situações em que as questões patrimoniais e jurídicas prevalecem. O conciliador é, em verdade, um avaliador do procedimento, ele estará conduzindo uma mediação avaliativa; qual seja: um modelo de mediação em que se convencionou que o mediador poderá oferecer sugestões, caso necessário.

O conciliador, também chamado mediador avaliativo, deverá ensejar todas aquelas oportunidades de diálogo. A diferença é que o conciliador ou mediador avaliativo está autorizado a, com prudência e quando entender necessário, especialmente quando perceba dificuldades dos mediandos quanto ao manejo dos dados de realidade - tais como dados econômicos, jurídicos e informações técnicas em geral - apresentar sugestões e alternativas. Deve-se reconhecer, porém, que, ao apresentar sugestões, o conciliador estará substituindo o diálogo pela retórica,

com vistas a um acordo e, com isto, exercendo alguma ascendência hierárquica. A conciliação, por estar focada no acordo, tende a fluir mais rapidamente, embora com menor efeito transformador do conflito.

Em verdade, uma das artes do mediador - numa compreensão que transcende o aspecto puramente metodológico da mediação - está, por exemplo, na sua sensibilidade para compreender os momentos excepcionais em que se faça preciso migrar de uma abordagem facilitadora para uma abordagem avaliadora, ou de uma abordagem facilitadora satisfativa para uma abordagem facilitadora transformativa.

Enfim, o diálogo da mediação não é um diálogo solto, indefinido. Nas práticas restaurativas, em que se medeia conflitos no campo do direito criminal, o mediador deve conhecer a especificidade dos encontros e dos círculos restaurativos. Precisamos ultrapassar, portanto, o atual estágio em que uma infinidade de pessoas se imagina conhecedora de mediação, simplesmente porque exercita um diálogo intuitivo no seu cotidiano. As artes, valores e técnicas da mediação de conflitos devem ser estudados e praticados com responsabilidade.

É elogiável o interesse e o empenho do Conselho Nacional de Justiça no sentido da introdução e desenvolvimento dessas práticas no dia-a-dia do trabalho judiciário, devendo-se reconhecer as experiências em curso nos diferentes estados da federação. Percebe-se que os objetivos de instituições como o Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr, o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA e, mais recentemente, a OAB, o Ministério Público, as Defensorias Públicas e o Conselho de Administração, estão sendo alcançados.

Aguiar (2009, p.31) traz uma contribuição interessante ao sugerir que se lance olhos sobre as práticas da mediação e da justiça restaurativa a partir da Teoria Tridimensional do Direito, desenvolvida por Miguel Reale, segundo quem o direito constitui-se de três dimensões: fato, valor e norma. Segundo Aguiar:

“Temos primeiro o fato, representado pela situação conflituosa, depois o valor, que se apresenta sob várias nuances: 1 – valor humano, enaltecido pelo conversar, “versar com”, que se dá no entrelaçamento da linguagem com a emoção, proporcionando o espaço de criatividade com o surgimento de múltiplas possibilidades de resolução pacífica das controvérsias; 2 – valor da autonomia das pessoas que agem pautadas pela liberdade como seres pensantes e responsáveis por suas escolhas; 3 – valor do exercício da cidadania e da democracia participativa, da dignidade humana, pessoas empoderadas, conscientes do potencial transformador de suas atitudes com relação às suas vidas e à da comunidade em seu entorno, com profundas reverberações nas mais diversas dimensões existenciais; 4 – valor de ações que promovam uma cultura de paz. E temos também a norma, que se cria e se recria num processo dialógico com o possível entendimento das pessoas por meio da par-

ticipação conjunta de todos os envolvidos. E vale dizer, tal norma que nasce desta interação e troca estabelecida no processo de construção conjunta deve estar em consonância com os Princípios Constitucionais”.

Essas sutilezas devem ser compreendidas pelo judiciário e acolhidas nos projetos de códigos de processo em tramitação, para que os magistrados não confundam o seu papel enquanto colaboradores, dotados de poder jurisdicional, com o ofício do mediador, que necessita de tempo e de ambiente seguro, de modo que a espada vertical da justiça impositiva não interfira na horizontalidade dialógica e no protagonismo emancipatório dos espaços de mediação e conciliação.

6. O PROCESSO COLABORATIVO DA ARBITRAGEM

Inseguranças decorrentes de diferenças lingüísticas e culturais podem induzir a arbitragem aos excessos formalísticos. Este é um problema que vem preocupando a comunidade arbitral internacional. Competições universitárias internacionais de arbitragem podem estimular essa lógica, contrariando a teoria dos jogos e a idéia de cooperação.

Com efeito, alguns árbitros, particularmente os formação jurídica, e advogados, transplantam para as suas práticas arbitrais uma racionalidade reducionista, onde as preocupações com o devido processo legal ocupa o centro das cogitações, supostamente para a prevenção de vícios e em defesa da segurança jurídica. Alguns parecem desconhecer que lhes é facultado adaptar a dinâmica ou o fluxo do processo arbitral, com vistas a bem atender as peculiaridades do caso e as necessidades das partes.

Claramente se constata, entre alguns profissionais que atuam em arbitragens, certo desinteresse pelas abordagens dialógicas, pelas possibilidades da adequação formal e do contraditório valorativo. Alguns parecem desconhecer as possibilidades de criação dialógica da norma socialmente eficaz para o caso concreto, em abordagens colaborativas, respeitados os princípios fundamentais do Direito.

Um processualismo excessivamente formalista – que já vem sendo paulatinamente flexibilizado no âmbito do poder judiciário – ainda persiste em algumas práticas arbitrais, aqui e alhures, comprometendo, parcialmente, as extraordinárias vantagens da informalidade, da oralidade, da simplicidade, da deslocalidade, da discricção e da multiculturalidade do respectivo processo.

É preciso que tenhamos presente que, mesmo nas arbitragens institucionais, em que os árbitros estão aplicando o regulamento da entidade, haverá como se amoldar o procedimento padrão. Essa flexibilidade tem sido muito proveitosa e deve ser adotada com a participação de todos os envolvidos, sem surpresas. O tema foi objeto de ensaio de Carlos Alberto Carmona (2009, p. 7-21).

Não são poucos os escritos que vêm revelando as frustrações de clientes da arbitragem quando se deparam com formalismos excessivos, que os fazem recordar os ambientes inibidores e inóspitos do Judiciário. Parece haver um movimento internacional contra tais excessos, mas a cultura da litigiosidade – mais presente entre os operadores jurídicos do que entre as partes em conflito – proclama ceticismo quanto às vantagens da adoção, pelo árbitro, de conduções facilitadoras, colaborativas, dialogais.

Não cabe, obviamente, desconsiderar a questão básica do regime jurídico da arbitragem, quer em Direito interno, quer no Direito comparado. Ou desconsiderar as graduações na compreensão do fenômeno jurídico, conforme se adote o sistema da civil law, prevalentemente normativista, sistemático, voltado para a lei, ou o sistema da common law, prevalentemente processualista, problemático, voltado para a jurisprudência.

São esclarecedoras as obras que apontam as distinções entre a cultura do Direito europeu continental e a do Direito anglo-americano, as experiências multiculturais de aproximação dos respectivos regimes, o conteúdo dos arrazoados, o compartilhamento documental, as dinâmicas questionadoras ou inquisitoriais no trato com as testemunhas, os princípios e tantas outras variáveis de natureza jurídica e sociológica. São muito esclarecedores os estudos sobre essas variáveis no Direito internacional, sendo exemplo as lições do saudoso Philippe Fouchard, ao lado de Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman no magistral “*Traité de l’arbitrage commercial international*” (FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, 1996).

O que pretendemos, aqui, no entanto, é apontar para o espaço da interdisciplinaridade dialogal, sem a desconsideração do regime jurídico da arbitragem. Daí porque procuramos afastar as visões românticas, baseadas na ideia de que o árbitro teria a função primordial de obter o acordo entre as partes, de organizar suas relações futuras, acomodando, assim, os interesses, descuidando-se dos direitos alegados e de sua razoável concretização.

Com efeito, o árbitro é, antes de tudo, alguém que tem o poder de julgar. Poder livremente concedido pelas partes. Como especialista no tema objeto do litígio, espera-se dele um trabalho qualificado, pois disporá de tempo para estudo, para a dedicação continuada ao caso, contando, nos tribunais arbitrais, com a colaboração dos demais árbitros.

Há, porém, diferença fundamental entre aquele árbitro ingênuo, romântico, que se revela ansioso na busca de um acordo, e o árbitro que, sem descurar do seu ofício precípuo, vai criando condições facilitadoras de diálogos que possam contribuir para a tessitura de entendimentos consensuais.

Como o foco deste artigo é o destaque de uma dialogia jurídica, passamos a compartilhar algumas experiências em arbitragem que nos fizeram perceber como é importante saber distinguir e reconhecer os papéis desempenhados pelos vários protagonistas; representantes

da instituição arbitral, advogados, partes e árbitros de diferentes profissões e origens.

Percebe-se, inicialmente, ansiedade e curiosidade, especialmente entre aqueles que pela primeira vez participam de arbitragem. São muitas as expectativas quanto ao sucesso do procedimento, mas todos estão na ambiência retórica dos arrazoados iniciais.

Quando essas expectativas são tranquilizadas pela criação de ambiente amistoso ou, quando menos, sereno, algum progresso pode ser observado nas atitudes dos protagonistas.

Desde a primeira reunião, quando os árbitros, indicados pelas partes – porque, na maioria das vezes, as partes preferem adotar o colegiado de árbitros – procuram escolher o terceiro árbitro, para atuar como presidente do tribunal arbitral, já se deve fomentar a atitude dialogal. Os árbitros escolhidos sabem que irão trabalhar em equipe e que serão solidariamente responsáveis pela boa condução do procedimento arbitral.

As animosidades subjacentes entre as partes podem e devem ser observadas e consideradas na condução do processo. Situações de constrangimento podem ser evitadas pela adoção de algumas dinâmicas inovadoras, capazes de prevenir a reprodução da litigiosidade encontrada nos foros judiciais. É preciso ter em conta que a autoridade do árbitro não se esvai com o seu bom humor e que, muito ao contrário, este é bem-vindo.

Em verdade, o árbitro será, ao final, o julgador, mas deve atuar, durante o procedimento, como um facilitador, um mediador, um colaborador, adiando o ofício de julgador para a ultima ratio, ou para ocasiões em que se façam necessárias medidas de urgência (Art.22, § 4º, da LA). Afinal, o poder de decidir não é privativo do árbitro. Em qualquer instante do procedimento arbitral o modo dialogal da dialética procedimental poderá conduzir as partes à transação, pondo fim à controvérsia. Nesta hipótese, caberá ao árbitro apenas a verificação da conformidade daquela decisão às normas de ordem pública e reconhecer, declarar, a sua validade, mediante sentença (Art. 28 da LA).

Embora, ontologicamente, arbitragem e mediação não se confundam, deve-se reconhecer que se complementam enquanto abordagens voluntárias, de fundo contratual. Distinguem-se porque, na arbitragem, o regime é adversarial e heterocompositivo, enquanto que, na mediação, a abordagem é não-adversarial e autocompositiva. Em ambas prevalece, no entanto, uma dialética que transita do diálogo à retórica e desta para aquela, em avanços e retrocessos, consoante as necessidades.

Admitimos que a lei brasileira de arbitragem foi tímida e formalista ao lidar com essa questão, até porque editada no século passado, em condições adversas, em meio a resistências. Com efeito, a redação do § 4º do art. 21 dispõe, pura e simplesmente, que competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes. Ora, conciliação não se “tenta”. Antes de se pensar em conciliação haverá todo um trabalho

dialogal a ser construído. Conciliação seria, em verdade, o momento final de uma abordagem dialogal de escutas e narrativas intercaladas e de perguntas, em dinâmica que enseja a reformulação, a recontextualização, o protagonismo dos interlocutores, o reconhecimento e, eventualmente, a identificação consensuada do interesse comum; algo plausível, mas pouco assimilado, em face dos medos que se escondem nos formalismos.

Ademais, proclama-se a vantagem da maior informalidade do procedimento arbitral em comparação com o processo judicial, mas a literalidade do artigo 21, § 4º, inibe a abertura para as possibilidades dialogais. Acreditamos, com efeito, que um bom árbitro estará ainda mais qualificado quando souber praticar a arte regulada do diálogo: a mediação de conflitos. A referência regulatória do procedimento arbitral não deve ser encarada, pois, como obstáculo, mas como apoio às boas práticas da mediação de conflitos.

Recordemos a ambiência arbitral, a partir do seu início. Os advogados estão ensimesmados em suas retóricas. Atentos, postam-se à espera do momento de defender ou de acusar. Nessas circunstâncias, como poderiam os árbitros atuar no sentido da atenuação desse clima? Como evitar a perda de tempo com longas exibições de talento, que provocam polêmicas e ressentimentos, ampliando o anátema?

Sugerimos que, a partir da compreensão de que a concretização do Direito não é fruto de mera operação lógico-interpretativa de subsunção de um fato a um texto legal - mas, acima de tudo, do conhecimento e trato adequado da dimensão empírica do fato abstratamente previsto em lei, e, portanto, da apreciação do fato conflituoso, incluindo, aí, o compartilhamento das crenças, sentimentos, interesses, argumentos e expectativas de comprovação e acolhimento - deve o árbitro adotar o texto legal como um padrão abstrato, uma porta de entrada, quando muito uma moldura, uma referência, cabendo-lhe, precipuamente, contribuir para o diálogo legitimador da norma concretizadora do bom Direito.

Consciente da flexibilidade com que deve conduzir a arbitragem, em ambiente de colaboração, o árbitro - consoante os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade e do seu livre convencimento (Art.21, § 2º, da LA) - deverá criar as condições adequadas à fluidez da dialética que oportunizará espaços para diálogo e para retórica, nos seus devidos tempos.

Após as razões iniciais devidamente postas na mesa, verbal e/ou oralmente (retórica), com a presença de todos os participantes, recomenda-se que os árbitros se reúnam para avaliar a estratégia dialogal, evitando-se uma imediata formalização de provas.

A experiência nos levou a perceber que, em arbitragens complexas, a realização de reuniões em separado dos árbitros com cada uma das partes e respectivos advogados, equitativa e alternadamente, enseja a verbalização de aspectos que dificilmente seriam revelados em reuni-

ões conjuntas. Esses relatos e diálogos de boa fé possibilitam aos árbitros a formulação de perguntas para esclarecimento ou contextualização, com maior pertinência e acuidade, naquela ou em reunião posterior.

As sessões em separado - realizadas de modo equitativo e alternado - são extremamente produtivas e criam maior confiança entre as partes e os árbitros, ensejando a revelação, sob reserva, de aspectos efetivamente relevantes e contribuindo, significativamente, para a objetividade, a boa-fé e a produtividade das reuniões conjuntas. A condução dialogal das reuniões em separado tem como foco o esclarecimento dos fatos, das condutas e das necessidades, a razoabilidade, a boa-fé.

Nessas reuniões em separado os árbitros ficam mais à vontade nos questionamentos de aspectos aparentemente inconsistentes das alegações de cada parte, sem o risco de gerar os constrangimentos que poderiam ocorrer na presença de representantes da outra parte. As resistências dos advogados ficam substancialmente reduzidas quando eles não são compelidos a sustentar determinadas questões, na presença da parte adversa.

Em verdade, os árbitros devem evitar constrangimentos, pois, na pacificação de conflitos, a elevação da auto-estima dos protagonistas, incluindo advogados, é um dos requisitos para a compreensão contextualizada do problema e o reconhecimento da eventual legitimidade de interesses contrapostos.

Assim, a retórica teatral do processo litigioso vai sendo substituída por uma moderna dialógica, em busca de soluções razoáveis. Quando necessária a perícia, tem sido comum que as partes diretamente contratem e remunerem o perito.

Estes cuidados na condução da arbitragem contribuem para a maior celeridade, fluidez e simplicidade do procedimento, e, portanto, para o primado dialogal, agregando satisfação às partes, advogados e árbitros.

7. CONCLUSÃO

A revolução tecnológica da era dos conhecimentos - que massificou as informações, horizontalizou os vínculos e induziu um sentimento-ideia de igualdade - não se compadece com os formalismos patrimonialistas, verticalizados, das porções fixas e sistemas fachados.

Percebemo-nos como interdependentes e em permanente metamorfose planetária. E nos sentimos na necessidade de desenvolver habilidades comunicativas inusitadas, merecedoras de estudos e práticas em dialogia.

Procuramos, neste trabalho, demonstrar que, para lidar com os conflitos da contemporaneidade, necessitamos do desenvolvimento de novas habilidades. Habilidades em diálogo e em retórica, inspirados na dignidade da pessoa humana, e, portanto, numa ética, que nos afassem da arrogância das abordagens tecnicistas.

Verificamos que o contraditório nos processos ju-

diciais foi convertido num arremedo de dialética. O formalismo que se apossou da cultura jurídica afasta as pessoas e eterniza os discursos, alienando a cidadania e construindo dinâmicas autoritárias.

O Direito não é um sistema de normas gerais e sua interpretação/aplicação. Direito não se confunde com ordenamento jurídico, que apenas cumpre um papel de apoio ordenador, sistematizador, estabilizador, das relações sociais. O Direito é construído na intersubjetividade concreta das relações humanas, manejada pela arte no lidar com o conflito intersubjetivo, com o apoio das técnicas e das instituições de ordenação. Assim, o Direito é a resultante dessa dinâmica. É uma força que resulta da arte regrada, institucionalizada, do lidar com os conflitos intersubjetivos. Para o seu estudo teórico, no complexo da cultura, é desenvolvida a hermenêutica jurídica, que tem caráter descritivo, sendo um sobredireito.

Observamos que aquela cultura jurídica moderna, positivista, que concebeu o Direito enquanto sistema deontológico, em si mesmo, subestimou a concretude do fenômeno jurídico, a dialética da conflituosidade interpessoal.

Constatamos que, em virtude do clamor social e de iniciativas do Conselho Nacional de Justiça, vem ocorrendo uma evolução nas práticas judiciais, com vistas a se tirar melhor proveito da arte, da técnica e dos valores da mediação e da conciliação de conflitos, na simplificação, fluidez e eficácia social das soluções.

Com efeito, o Direito deve ser assumido como uma força dialético-institucional, em sua multidimensionalidade e interdisciplinaridade, apoiada e validada por um ordenamento jurídico sistematizado teleologicamente e legitimado politicamente. Conceituamos, assim, o Direito, como força dialético-institucional, com função político-jurídica, norteadas por sentimentos-ideias de justiça.

Portanto, a reforma da administração da justiça não passa, sobretudo, pela modernização tecnológica, que está centrada na atualização de equipamentos, na contratação e treinamento de agentes, ou pelos combates às procrastinações, à corrupção, à improdutividade. Passa, sobretudo, por uma mudança de paradigma, por uma estratégia, com vistas a contemplar os primados da arte dialogal e da ética de compreensão, em ambiência democrática, colaborativa, consoante uma mediação capaz de reduzir, substancialmente, a interposição de recursos para os tribunais.

Procuramos, enfim, demonstrar que, pelo desenvolvimento dessa arte comunicativa, poderemos ressignificar e simplificar o contraditório processual, notadamente no âmbito da civil law, pelo alívio mediado da rigidez formal. Essa nova cultura deverá ser disseminada nas nossas escolas de Direito.

E tudo isto com fundamento na responsabilidade social do operador do Direito e, portanto, numa ética, porque o diálogo regulado é um diálogo pela ética. Uma ética dialógica, porque exposta à incerteza do resultado e por

comportar aposta e estratégia. E uma ética complexa, por não impor uma visão maniqueísta do mundo e renunciar à vingança punitiva, daí porque uma ética de compreensão, sabendo-se que a compreensão reconhece a complexidade humana (MORIN, 2007, p.195-196).

Em sua aplicação no campo do fenômeno jurídico essa ética complexa implica no reconhecimento da individualidade criativa e dialogal dos protagonistas, ao lado da sociabilidade que ordena e institucionaliza, integrando uma força dialético-institucional, a força do direito, com sua teleologia voltada para a estabilidade, para a liberdade igual, para a igualdade de oportunidades e para a existência digna/sustentável.

Como preleciona J. François Six, "Individualizar e integrar; levar juntos os dois dinamismos; pois há aqui um dinamismo que distingue, impedindo a confusão, ao mesmo tempo em que há um dinamismo que aproxima, suscitando a ligação. E os dois dinamismos têm, não somente de coexistir, mas de concertar-se" (SIX, 2001, p. 278).

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 238-263.
- AGUIAR, Carla Zamith Boin. *Mediação e Justiça Restaurativa. Humanização do Sistema Processual como forma de Realização dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. 168 p.
- ALEXY, Robert. *Derecho y Razon Práctica*. México: Biblioteca de Ética, Filosofía Del Derecho y Política, 1998. 71p.
- -----Teoria da Argumentação Jurídica. *A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda H. Schild. São Paulo, 2001. 355 p.
- BORGES, José Souto Maior. *O Contraditório no Processo Judicial (uma visão dialética)*. São Paulo: Malheiros, 1996. 112 p.
- CANARIS. Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 311 p.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Flexibilização do Procedimento Arbitral*. *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 24. Curitiba: IOB – CBAr, 2009, p. 7-21.
- CARNELUTTI, Francesco. *A Arte do Direito*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 1ª Ed. Campinas: Russel Editores, 2006, 88 p.
- DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 593 p.
- FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris: Litec, 1996, 1225 p.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade, volume I*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 354 p.
- -----*Direito e Democracia entre facticidade e validade, volume II*. Tradução Flávio Beno Siebeneich-

ler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 352 p.

- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte 1. Tradução de Márcia Sá Cavalcanti Schuback. 12ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002. 325 p.
- Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, 427 p.
- MACEDO JR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. Traduções de Peter Neumann. São Paulo: Max Limonad, 2001, 225 p.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *O projeto do CPC: crítica e propostas/Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 511 p.
- MORIN, Edgar. *O Método 6. Ética*. Tradução de Juremir Machado da Silva. 3ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2007. 222 p.
- MORIN, Edgar. *Introdução ao Pensamento Complexo*. Tradução de Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2006, p. 93.
- PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação. A nova retórica*. Tradução Maria Ermentina de Almeida Prado Galvão. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 653 p.
- PRIGOGINE, Ilya. *O Fim das Certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora Universitária Estadual Paulista, 1996, p. 17-58.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Almino Pissetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. 708 p.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2000. 432 p.
- SIX, Jean François. *Dinâmica da Mediação*. Tradução de Giselle Grueninga de Almeida e outras. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 278.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. São Paulo: Método, 2008. 209p.

CONCEITO DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO PARA FINS DE CABIMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO – NORMAS CONSTITUCIONAIS ABERTAS DE DIREITO PROCESSUAL, INAFASTABILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Hugo Filardi

Mestrando em Direito Processual Civil na PUC/SP. Bacharel em direito pela Faculdade Nacional de Direito/UFRJ. Advogado.

1. INTRODUÇÃO

Desde o início de meu interesse pela ciência processual, sempre me chamou atenção a política de retenção e não conhecimento dos chamados recursos excepcionais no Juízo de admissibilidade através de apegos a formalismos muitas vezes desnecessários, e à utilização de súmulas sem a existência de qualquer atenção à realidade fática trazida no bojo dos autos. Será que os óbices colocados pelos Tribunais Superiores não seriam ilegítimos e violariam o princípio do acesso à ordem jurídica justa?

Na condição de garantidores da eficácia das normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais, o STF e o STJ se encontram num verdadeiro dilema. Se por

um lado devem atuar com órgãos aptos a darem solidez às normas jurídicas abstratas e se prestarem ao controle e padronização das decisões judiciais, por outro buscam incessantemente reduzir sua carga de julgamento de recursos em prol de uma prestação jurisdicional de relevância e pautada pela qualidade, tendo necessariamente que prestigiar um anacrônico sistema de freios recursais que em muitas hipóteses beira à negativa de jurisdição.

A tradicional e até certo ponto ultrapassada classificação dos recursos em ordinários e extraordinários levando em consideração o direito a ser tutelado – subjetivo ou objetivo – enseja uma distorcida avaliação de que tanto o Recurso Extraordinário quanto o Recurso Especial não devem ter como foco o jurisdicionado e sim a análise fria despida de sentimento¹. Na esteira desse raciocínio se manifestou com habitual precisão JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA² ao afirmar, referindo-se ao Recurso Extraordinário, que “parece excessivo negar que sirva de instrumento à tutela de direitos subjetivos das partes ou de terceiros prejudicados”.

Muito embora o elemento de aferição preponderante nos Recursos Excepcionais seja a violação de direito objetivo, o direito subjetivo do jurisdicionado interessado jamais pode ser desconsiderado até mesmo porque serve de substrato para a manifestação das normas jurídicas.

1. Como bem asseverou Pablo Lucas Verdú “A vivência do Direito e seu conceito relacionam-se com outros conteúdos espirituais, presentes em cada homem e em cada povo, para formar um tipo cultural unitário; por isso, o sentimento jurídico é uma expressão fiel de todo sentimento vivo” in *O Sentimento Constitucional*, Editora Forense, 1ª Edição,

2004, Rio de Janeiro, páginas 57 e 58.

2. Barbosa Moreira, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 8ª Edição, Editora Forense, Vol. V, Rio de Janeiro, página 566.

Não analisar o direito subjetivo ao proferir julgamento em sede de Recursos Excepcionais é consagrar uma cabal violação ao acesso à ordem jurídica, além de disseminar entre os jurisdicionados a sensação de desproteção e descrença na legitimidade do Poder Judiciário para subsunção dos fatos ao campo normativo.

O escorrito conceito de ofensa direta à Constituição tem sido muito utilizado para justificar a impossibilidade de análise de mérito do Recurso Extraordinário, entendendo o Supremo Tribunal Federal que somente o confronto direto e frontal com o texto constitucional deve ser veiculado através desse Recurso.

Ocorre que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou como modelo normativo preponderante o sistema de normas abertas, pretendendo que a premeditada indeterminação de conceitos venha permitir que as normas constitucionais sejam revigoradas e modificadas, abarcando inclusive situações fáticas surgidas mesmo após sua edição. TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER³ asseverou que “a interpretação dos conceitos vagos vem adquirindo cada vez mais importância no mundo contemporâneo porque o uso destes conceitos consiste numa técnica legislativa marcadamente afeiçoada à realidade em que vivemos, que se caracteriza justamente pela instabilidade, pela imensa velocidade com que acontecem os fatos, com que se transmitem informações, se alteram “verdades” sociais”.

Assim, o presente trabalho visa questionar o posicionamento consolidado do STF de que somente uma afronta incisiva à Constituição viabiliza a via recursal extraordinária. Como as normas constitucionais abertas necessitam de contornos jurisprudenciais para pautar sua zona de abrangência e por sua natureza não comportam um questionamento mais veemente dada sua vaguedad, o sistema de controle difuso de constitucionalidade pelo STF mostra-se cada vez mais anacrônico e incompatível com os ideais de efetividade do processo e de acesso à justiça.

2. POSIÇÃO DO STF A SER ANALISADA

A situação de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, quando ocorrente, não basta, por si só, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária⁴. A consolidada posição do Supremo Tribunal Federal no sentido de que somente afrontas claras e cabais dão ensejo ao manejo de Recurso Extraordinário colide com a técnica normativa de redação constitucional principiológica, já que impede que ocorra o preenchimento e adequação da norma aberta à realidade social vigente.

O Supremo Tribunal Federal, em sua precípua função de intérprete do sistema normativo, não pode semear uma posição em que se coloca como órgão omissor na atualização e no preenchimento adequado e em consonância com a realidade atual das normas vagas que necessitam de constante subsunção com elementos fáticos e sociais. Segundo EDUARDO COUTURE⁵, “o fenômeno de interpretação não tende a revelar o pensamento do legislador, mas sim a extensão da eficácia atual da norma. O Direito prorroga, indefinidamente, a sua vigência no sentido do futuro”.

Como paradigma de nossa tese, utilizaremos recente decisão da lavra do MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI⁶ que sustentou que as cláusulas do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa por sua vaguedad não ensejariam controle por meio de Recurso Extraordinário em acórdão cuja ementa se transcreve: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. I - A jurisprudência da Corte é no sentido de que a alegada violação ao art. 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição, pode configurar, quando muito, situação de ofensa reflexa ao texto constitucional, por demandar a análise de legislação processual ordinária. II - Não há contrariedade ao art. 93, IX, da mesma Carta, quando o acórdão recorrido encontra-se suficientemente fundamentado. III - Inexistência de novos argumentos capazes de afastar as razões expendidas na decisão atacada. IV - Agravo regimental improvido.”

Tal decisão reflete um posicionamento há muito consolidado pelo STF, conforme podemos verificar através da série de ementas abaixo colacionadas:

“CONSTITUCIONAL. MILITAR. PRAÇA DA POLÍCIA MILITAR: EXCLUSÃO, art. 125, § 4º. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 279-STF. I. - A análise da questão em apreço demanda o reexame de matéria fático-probatória, o que, por si só, seria suficiente para impedir o processamento do recurso extraordinário (Súmula 279-STF). II. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. III. - O disposto no § 4º do art. 125, CF, nada tem que ver com as punições administrativas relativas às praças, da competência do órgão administrativo respectivo, na forma das leis e dos regulamentos. RE 199.800/SP, Plenário,

3. Wambier, Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio de Recursos de Erito Direito e de Ação Rescisória. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, página 145.

4. STF – Ag. Reg. RE 493.769-7 – 2ª Turma – Ministro Celso de Mello – Julgamento de

31 de outubro de 2006.

5. Couture, Eduardo J. Interpretação das Leis Processuais. Editora Forense, Rio de Janeiro, 4ª Edição, 2001, página 11.

6. STF – Ag. Reg. RE 635590 – 1ª Turma – Julgamento de 29 de maio de 2007.

Velloso, "DJ" de 04.5.2001. IV. - Agravo não provido."⁷

"EMENTA: Trabalhista. Processual. Liquidação de sentença. Precatório. Correção monetária. Recurso de revista: inexistência de ofensa direta à CF. Regimental não provido⁸.

"EMENTA: - Recurso extraordinário inadmitido. 2. Hipótese de matéria infraconstitucional e conseqüente viabilidade, tão-só, de ofensa indireta à Constituição. 3. Não há ver negativa de prestação jurisdicional, apenas, porque a decisão foi desfavorável ao recorrente, no julgamento do recurso. 4. Quanto à fundamentação, atenta-se contra o art. 93, IX, da Constituição, quando o decisum não é fundamentado; tal não sucede, se a fundamentação, existente, for mais ou menos completa. Mesmo se deficiente, não há ver, desde logo, ofensa direta ao art. 93, IX, da Lei Maior. 5. Agravo regimental desprovido."⁹

A nova ordem estabelecida pelo pós-positivismo preconiza a importância de normas constitucionais de natureza principiológica, devendo o sistema normativo pautar-se pela defesa irrestrita dos direitos fundamentais e dos princípios materiais de justiça. O elástico contorno das normas constitucionais abertas deve ser temperado pela interpretação judicial, que de acordo com o ambiente sócio-cultural da época, permitirá que o sistema jurídico seja mais protetivo ao jurisdicionado e não sirva como mais um componente de exclusão social.

Não há logicidade em fundar um sistema jurídico em normas principiológicas e não permitir que o jurisdicionado comum possa questionar seu âmbito de incidência de forma individual por meio de Recurso Extraordinário. Aliás, a própria Constituição não dispõe como hipótese de cabimento para Recurso Extraordinário ofensa direta, mas apenas contrariedade ao texto constitucional.

Não obstante ao posicionamento sólido do STF, encontramos brilhante decisão da lavra do MINISTRO MARCO AURÉLIO MELLO¹⁰, que se coaduna com a linha de raciocínio que pretendemos defender nesse trabalho:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO - DEVIDO PROCESSO LEGAL - VIABILIDADE. Caso a caso, o Supremo Tribunal Federal deve perquirir até que ponto o que decidido pela Corte de origem revela inobservância ao devido processo legal. Enfoque que se impõe no que o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal remete, neces-

sariamente, a normas estritamente legais. Cabimento do extraordinário em hipóteses em que, mesmo diante de embargos declaratórios o órgão de cúpula do Judiciário Trabalhista deixou de examinar matéria de defesa. Não se coaduna com a missão precípua do Supremo Tribunal Federal, de guardião maior da Carta Política da República, alçar a dogma a assertiva segundo a qual a violência à Lei Básica, suficiente a impulsionar o extraordinário, há de ser frontal e direta. Dois princípios dos mais caros nas sociedades democráticas, e por isso mesmo contemplados pela Carta de 1988, afastam esse enfoque, no que remetem, sempre, ao exame do caso concreto, considerada a legislação ordinária - os princípios da legalidade e do devido processo legal. EMBARGOS DECLARATÓRIOS - OMISSÃO. Uma vez constatado o silêncio sobre matéria de defesa, impõe-se o acolhimento dos declaratórios. Persistindo o órgão julgador no vício de procedimento, tem-se a transgressão ao devido processo legal no que encerra garantia assegurada, de forma abrangente, pela Carta da República - artigo 5º, inciso LV."

3. JUÍZO DE VIABILIDADE E RECURSOS DE FUNDAMENTAÇÃO VINCULADA

Considerando o Recurso necessariamente como um prolongamento do direito de ação e do direito à defesa e ao contraditório participativo, estabelecem-se diretas e objetivas correlações entre os requisitos legalmente impostos para a propositura de demandas e o Juízo de Admissibilidade recursal. Como todo ato postulatório, o recurso está sujeito a uma dupla análise, uma no sentido de serem verificadas as condições para o exercício do direito recursal e outra para apreciação da questão de fundo, examinando a fundamentação que ensejou a utilização de um meio de impugnação de decisões judiciais¹¹.

Na esteira desse raciocínio, o Juízo de admissibilidade seria formado por questões preliminares à apreciação das razões de impugnação da decisão e teriam o condão de impedir o julgamento de mérito do Recurso. Lembre-se que o Juízo positivo de admissibilidade em nada se correlaciona com o julgamento de fundo do Recurso, servindo apenas para viabilizar sua análise mediante o preenchimento de alguns requisitos.

Adotando a classificação proposta por NELSON NERY JÚNIOR¹², destacamos como requisitos intrínsecos o cabimento, o interesse recursal e a legitimidade. Como requisitos extrínsecos podemos apontar a tempestividade, o

7. STF – Ministro Relator Carlos Velloso – AI em AGR 549592 / MG – 2ª Turma – Julgamento de 13.12.05.

8. STF – Ministro Relator Nelson Jobim – AI em AGR 409803 / PA – 2ª Turma – Julgamento de 25.03.2003.

9. STF – Ministro Relator Néri da Silveira – AI em AGR 234867 / SP – 2ª Turma – Julgamento de 08.06.99.

10. STF – Ministro Relator Marco Aurélio Mello – RE 398407 / RJ – 1ª Turma – Julgamento de 21.09.04.

11. Ver Barbosa Moreira, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil, 8ª Edição, Editora Forense, Vol. V, Rio de Janeiro, página 215.

12. Nery Júnior, Nelson. Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos. 5.ed., Sao Paulo: RT, 2000, página 240.

preparo, inexistência de fatos impeditivos¹³ ou extintivos do poder de recorrer.

Mesmo com todos os traços distintivos aduzidos entre Juízo de admissibilidade e Juízo de mérito, existem algumas situações de impossibilidade de empregar-se a dicotomia sugerida, tendo em vista a ocorrência de sobreposição entre esses dois juízos necessários para o julgamento dos recursos. Ressaltamos que existe uma forte tendência normativa em transformar o tradicional juízo de admissibilidade em um juízo de viabilidade recursal. Assim, mostra-se a crescente intenção do legislador em prestigiar a duração razoável do processo e impedir que recursos fadados ao insucesso tenham seus tramites ordinário.

Apenas a título ilustrativo, faz-se conveniente mencionar que a redação dos artigos 557 e 518, §1º, do Código de Processo Civil já demonstram que a sobreposição dos Juízos de admissibilidade e mérito tem se mostrado com frequência com uma técnica aceita para prestação de tutela jurisdicional efetiva e dentro de um lapso temporal razoável. A inserção de matéria de fundo dentro de um juízo de admissibilidade tem o condão de abreviar o iter procedimental dos recursos, razão pela qual se mostra mais correto e adequado ao novo espírito da legislação processual vigente a identificação de um juízo de viabilidade prévio ao juízo de mérito.

A assunção do caráter de viabilidade ao juízo de admissibilidade fica mais patente com relação aos chamados recursos de fundamentação vinculada. Além da classificação já exposta dos recursos em ordinários e extraordinários, podemos encartá-los em de fundamentação simples e fundamentação vinculada.

Segundo FLÁVIO CHEIM JORGE¹⁴, “o recurso é de fundamentação vinculada quando a lei exige a presença de determinados tipos de vício ou defeitos na decisão, para que tenha cabimento. Assim, não basta a existência de uma determinada decisão, para que o recurso tenha cabimento. Se exige algo mais, exatamente o vício ou o defeito específico. Para que tenha cabimento o Recurso Especial não é suficiente a existência de um acórdão. Imprescindível também a presença da violação à Lei Federal. Da mesma forma, ocorre com os Embargos de Declaração, onde se torna imprescindível a existência de omissão, obscuridade e contradição na decisão impugnada. Em nosso sistema, os recursos de fundamentação vinculada são o especial, o extraordinário e os embargos de declaração.”

Nos recursos de fundamentação vinculada existe necessariamente uma predeterminação legal das matérias que podem ser manejadas, sendo certo que o seu cabimento está intimamente ligado a uma análise do mérito recursal. Logo, vê-se claramente que a dicotomia entre ju-

ízo de admissibilidade e mérito fica extremamente inconsistente para o julgamento dos recursos de fundamentação vinculada.

Ultrapassando os dilemas criados pela ineficiente bipartição de juízos no âmbito dos recursos de fundamentação vinculada, sugerimos que seja adotado um juízo inicial de viabilidade recursal, em que seria verificada a existência de alegações concernentes às hipóteses legalmente impostas para cabimento do recurso, e em sendo constatada credibilidade das razões, posteriormente seja feita uma análise de fundo mais aprofundada da pretensão recursal.

Utilizaríamos um raciocínio análogo aos juízos de cognição para provimentos jurisdicionais de mérito, tornando o manejo desses recursos menos instáveis e inseguros aos jurisdicionados. No juízo de viabilidade – termo mais abrangente que admissibilidade – teríamos uma cognição de grau menor do que a exercida para o julgamento de fundo do recurso em um juízo já de mérito. Assim, a possibilidade demonstrada de violação a dispositivos constitucionais, infraconstitucionais e de omissão, contradição e obscuridade ensejaria necessariamente o conhecimento do recurso para uma posterior e mais aprofundada análise da questão controversa em sede de mérito.

No que concerne efetivamente ao Recurso Extraordinário, o juízo de admissibilidade já possui uma esfera de abrangência bem ampla, corroborando esse caráter de juízo de viabilidade recursal. Com o objetivo de desobstruir o STF, o juízo de admissibilidade realizado pelos Tribunais a quo já vem verificando a viabilidade de provimento de mérito do recurso, mesmo que de forma subliminar. A probabilidade de reforma e credibilidade da tese desenvolvida, matérias apuráveis no mérito recursal, estão sendo englobadas pelo juízo de admissibilidade.

A impossibilidade de Recurso Extraordinário ser manejado em casos de ofensa reflexa à Constituição da República é um dos exemplos mais emblemáticos da sobreposição dos juízos de admissibilidade e de mérito. Normalmente, os Recursos Extraordinários que questionam a aplicabilidade constitucional de determinados princípios não são conhecidos – muito embora a questão seja de fundo e não de forma – em função da falta de palpabilidade da norma.

Faz-se evidente que a dicotomia entre juízo de admissibilidade e de mérito mostra em descompasso com nosso sistema recursal atual, especialmente no que pertine aos recursos de fundamentação vinculada. Diante do fenômeno jurisprudencial tratado, certamente devemos consagrar os juízos de viabilidade e de mérito, distinguin-

13. Barbosa Moreira discorda da classificação adotada por Nelson Nery Júnior apenas no que concerne ao enquadramento da Inexistência de fatos impeditivos ou extintivos do poder de recorrer como requisito extrínseco. O enquadramento mais adequado, segundo

Barbosa Moreira, seria inserir a Inexistência de fatos impeditivos ou extintivos do poder de recorrer como requisito intrínseco. O Novo Processo Civil Brasileiro. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000, página 118.

do-os por graus de cognição vertical e por questões formais em contraposição à substanciais.

4. CONCEITO DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO. SISTEMA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ABERTAS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 restabeleceu em nosso país a ordem jurídica e democrática, visando sempre salvaguardar os direitos fundamentais e a soberania popular, impedindo através da compatibilização entre normas preceituais e principiológicas a sensação de falta de proteção dos jurisdicionados ante as arbitrariedades estatais e desigualdades sociais. Evidentemente, o êxito da CRFB/88 é extremamente dependente da adesão emocional dos jurisdicionados às normas emanadas do poder constituinte.

Há de ser destacado que o alcance de legitimidade do Estado Constitucional perante aos jurisdicionados está diretamente correlacionado com a eficácia das normas constitucionais e com a disseminação de políticas governamentais que favoreçam a atenuação das desigualdades sociais. A atuação estatal não mais deve ser pautada por atos de força, e sim por atos compreensíveis e previamente justificados.

Com o insucesso da Constituição de Weimar, que dada a abstração dos comandos constitucionais, possibilitou a ascensão de um dos mais totalitários regimes de governo – Estado Nazista – a técnica redacional das Assembleias Constituintes buscou cada vez mais se aproximar do sistema preceitual de normas. Com uma margem pequena para a interpretação, o legislador buscou minar as arbitrariedades estatais, freando assim a utilização desvirtuada de normas constitucionais com vasto contorno de vagueza.

Contudo, as normas constitucionais necessitam sempre estar em compasso com a realidade fática da sociedade e atenta aos seus valores de momento. As normas de caráter principiológico são fundamentais em possibilitar que a Constituição seja encarada como um organismo vivo e dinâmico, estando sempre adequada aos anseios dos jurisdicionados. A mutação constitucional possibilitada pelo preenchimento jurisprudencial e doutrinário de normas constitucionais abertas permite que o ordenamento jurídico esteja sempre completo e atualizado.

Afinal de contas, como bem se expressa CANOTILHO¹⁵, “o direito do estado de direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o direito das regras dos códigos; o direito do estado constitucional democrático e de direito leva a sério os princípios, é um direito de princípios”.

Para fins de cabimento de Recurso Extraordinário, considera-se necessária a presença de contrariedade a dispositivo constitucional. Não há qualquer menção normativa com relação à necessidade dessa ofensa constitucional ter obrigatoriamente que ser frontal e violar diretamente a Constituição da República. Apegos a formalismos excessivos, além da escancarada tentativa hercúlea de minorar os impactos do sistema litigioso incrementado pelo acesso à justiça e reduzir a apreciação de recursos pelo STF são as razões à prima facie que nos levam a compreender a interpretação tão rigorosa para admissibilidade dos Recursos Excepcionais.

Ainda mais quando nosso sistema normativo é pautado pela consagração de normas constitucionais abertas e de ordem principiológica, que devem ser constantemente atualizadas através de um processo de mutação constitucional para constante adequação à realidade social atual.

Em célebre obra sobre a Constituição aberta, CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO¹⁶ asseverou que “nesse tipo de sistema, que é móvel, flexível e que se abre e se mantém sempre permeável para acolher novas configurações de vida, e no qual são possíveis tanto mutações na espécie do jogo concertado dos princípios, a função axial do jurista é a de traçar novas valorações, novas conexões de sentido e novas cadeias de regulação entre normas (preceptivas ou principiológicas, escritas ou não escritas). Num sistema jurídico marcado pela nota da abertura, a arte que se impõe ao profissional do direito é a de, mediante operações de pensamento, as mais variadas, encontrar, justificadamente, a solução ou a concatenação normativa mais adequada, mais consentânea com os mandamentos daquilo que a sensibilidade jurídica reconhece como pertencente à concepção de direito justo vigente em um determinado contexto histórico-social”.

Portanto, mostra-se um incompreensível contrasenso impedir que o STF faça o controle de constitucionalidade difuso da norma constitucional aberta pela sua baixa palpabilidade e concretude. Justamente pela vaguedad, tais normas somente serão efetivas se houver um rígido controle da legalidade de seu preenchimento pela atividade jurisdicional. As normas abertas, quando aplicadas, tendem a conseguir uma maior aderência ao caso concreto, possibilitando o exercício mais real dos direitos fundamentais tutelados.

5. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO PROCESSUAL

Os princípios são normas inaugurais do sistema

14. heim Jorge, Flávio. Teoria Geral dos Recursos Cíveis. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003, página 20.

15. Canotilho, J.J. Gomes. A “principalização” da jurisprudência através da Constituição.

Revista de Processo nº. 98, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, página 84.

16. Siqueira Castro, Carlos Roberto. A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003, páginas 50 e 51.

jurídico que por sua vaguedad tem a difícil tarefa de torná-lo coerente e coeso, além de possibilitar a constante atualização normativa sem que haja necessariamente uma reforma legislativa. Com muita precisão, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER¹⁷ analisa nosso sistema normativo como autopoietico: “Há normas que contêm conceitos “permeáveis” ou “porosos”, que se consubstanciam em “brechas” para que elementos de outros ambientes sejam juridicizados, passando a integrar o direito (repertório de elementos que podem ser levados em conta na busca da solução normativa). Vê-se, aí, que o direito, sistema autopoietico que é fechado na sociedade e não para a sociedade.”

Através dos princípios, o sistema normativo adquire vida e se aperfeiçoa, alimentando-se de sua própria aplicação. O Código de Processo Civil vigente em nosso país ingressou no ordenamento jurídico sob a lei nº. 5.869 de 11 de janeiro de 1973, estando na esfera jurídica da Constituição de 1967 e todos os totalitários atos institucionais editados àquela época. Nada mais compreensível do que a edição de um código eivado das diretrizes deste Estado opressor, supressor da liberdade dos indivíduos.

Em absoluta mudança de eixo, a Constituição de 1988 buscou abolir os desnecessários e imorais tratamentos desiguais anteriormente empregados, adotando uma postura de proteção dos direitos fundamentais. A participação democrática na elaboração da Carta Magna foi preponderante para a amenização de um Estado opressor e no desenvolvimento de um Estado assistencialista.

Tema bastante explorado pelos civilistas é justamente a influência do direito constitucional na seara do direito civil, a saber, pela consolidação da função social da propriedade e da brutal ingerência nos direitos da personalidade. Tarefa até mais intrigante é transportar os novos conceitos e diretrizes instituídas pelo poder constituinte originário ao ramo processual.

O legislador constituinte ao buscar atribuir efetividade às normas processuais, incluiu preceitos garantísticos no artigo 5º, destinado a assegurar os direitos fundamentais dos jurisdicionados. Podemos mencionar a inserção do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, do acesso à tutela jurisdicional e da isonomia como direitos preponderantes à vida em coletividade, restando evidentemente comprovada a necessidade de moldar o Código de Processo Civil às disposições constitucionais vigentes, sob o fenômeno da recepção.

Apenas com a adoção da constitucionalização do direito processual civil poderemos atingir o verdadeiro objeto do processo que é a pacificação social. A tutela jurisdicional deve-se pautar na cláusula *due process of law* e no pleno acesso à justiça, sob pena de completa incompatibilidade do Código de processo Civil e a Constituição de 1988.

O processo não pode engessar a atividade democrática dos jurisdicionados, mas sim trazer a tona todas as pertinentes assertivas para a pacificação social. Muito se fala no direito de ação como prerrogativa cívica dos jurisdicionados, mas a pacificação social e aplicação de vontade da lei ao caso concreto somente ocorrerão quando pusermos à disposição de todos a prestação de tutela jurisdicional participativa, onde haja influência nos provimentos com a inexistência de óbices desnecessários. Surgiram então os ideais de declaração dos direitos com eficácia concreta, o respeito irrestrito sobre a dignidade humana, além da democracia participativa como forma de controle e transparência da atividade estatal.

Afinal, como brilhantemente observou LEONARDO GRECO¹⁸, “no Estado Democrático Contemporâneo, a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo. A tutela jurisdicional efetiva é, portanto, não apenas uma garantia, mas, ela própria, também um direito fundamental, cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar, em respeito à própria dignidade humana. O Direito Processual procura disciplinar o exercício da jurisdição através de princípios e regras que confirmam ao processo a mais ampla efetividade, ou seja, o maior alcance prático e o menor custo possíveis na proteção concreta dos direitos dos cidadãos.”

Evidentemente que os princípios, quando não aplicados de forma correta, ensejam sim violação à Constituição da República, devendo essa contrariedade admitir o uso do Recurso Extraordinário, não se fazendo necessário que a afronta constitucional seja direta.

5.1. INAFSTABILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

A concepção de jurisdição como aplicação do texto legal ao caso concreto deve ser encarada sempre sob o prisma da efetivação dos direitos e garantias individuais, permitindo que os jurisdicionados possam desenvolver plenamente suas atividades sem a propagação de atos autoritários e incongruentes aos valores inaugurais de direito natural e à ordem legal instituída. Modernamente, o direito processual tem como primado a efetividade da tutela dos direitos assegurados, adotando a vertente de instrumentalidade do processo à persecução do direito material deduzido.

Assim, com a inserção do *substantive due process of law* na Constituição da República Federativa do Brasil, o direito processual passou a privilegiar os resultados efetivos e a considerar os demandantes como verdadei-

17. Wambier, Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2001, página 393.

18. Greco, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo in *Juris Poiesis*, Revista da Universidade Estácio de Sá, nº. 06, ano 07, Rio de Janeiro, 2004, página 03 e 04.

ros consumidores do serviço jurisdicional prestado pelo Estado¹⁹. A ciência e as formalidades desmotivadas foram substituídas pela instrumentalidade e busca da eficiência na prestação jurisdicional.

Não podemos mais conceber que o processo ainda conserve resquícios de autoritarismo, já que estamos sob a égide do Estado Democrático de Direito, e a democracia participativa deve quebrar as amarras do conservadorismo no emprego da relação processual. Dado o dinamismo das atividades humanas, o processo tem obrigatoriamente que acompanhar as relações de direito material, não mais sendo triangular e sim um conjunto de relações jurídicas complexas.

A reflexão dos anseios sociais na verdadeira eclosão legislativa, ocorrida a partir do início da abertura do regime ditatorial e que teve como apogeu a Constituição de 1988, foi retratada por PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO²⁰, ao afirmar que esta foi erigida “amplamente influenciada em diversas de suas partes pelos movimentos sociais e com as metas que se desenhavam na legislação ordinária antes referidos, consagrando e alargando o âmbito dos direitos fundamentais, individuais e sociais, prevendo a criação de mecanismos adequados para garanti-los, especialmente no que se refere ao acesso à justiça.”

Os profundos direitos fundamentais instituídos em nada valeriam se o ordenamento processual não evoluísse disponibilizando aos jurisdicionados um meio justo, seguro e democrático de obtenção da abstração legal ao caso concreto, transportando-se a norma jurídica para o plano de efetividade prática para os jurisdicionados.

Com toda certeza e sem qualquer medo de parecer pretensioso, constatamos que a exigência de que haja ofensa direta à Constituição para interposição de Recurso Extraordinário denota uma cabal afronta ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Se existe uma técnica normativa que confere ao Judiciário à adequação imantada da norma ao caso concreto, a atividade jurisdicional não pode se furtar a essa incumbência.

5.2. MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Princípio geral de Direito processual, a motivação das decisões judiciais está consagrada na Constituição da República, art.93, inciso IX. A fundamentação das decisões judiciais é impingida por nosso arcabouço jurídico tendo por escopo salvaguardar o interesse das partes, além de contribuir de sobremaneira para satisfação do interesse público.

Encarando-se cada atividade estatal como uma pequena contribuição para a efetividade do Estado Democrático de Direito, a motivação das decisões judiciais deve

ser concebida como elemento integrador da função jurisdicional aos jurisdicionados. Num contexto de democracia processual e do *due process of law* devemos assegurar a todos os jurisdicionados a possibilidade de influir eficazmente em todas as decisões que possam acarretar-lhes invasão em suas esferas de interesses.

A participação democrática no processo de todos os jurisdicionados interessados no deslinde da demanda é completamente preponderante na aplicação de um processo justo, capaz de propiciar a segurança dos direitos fundamentais do homem. A motivação age como instrumento de controle das decisões judiciais e concede aos jurisdicionados a possibilidade do exercício do democrático direito de manifestação. Convém destacar que a exaustiva fundamentação dos provimentos jurisdicionais traz solidez aos julgados, visto que todos os interessados podem expor suas opiniões e assim os magistrados adquirem legitimidade para revelar o direito.

Como a Constituição da República Federativa do Brasil é fundada justamente nonexo entre soberania popular e direitos humanos, não mais devemos assistir inertes a prolação de decisões, que dada a sua frágil fundamentação, não podem ser questionadas. O Juiz Deus morreu, deixando aberto o espaço para o aparecimento do Juiz cidadão, sempre atento aos reais anseios populares e consciente de sua responsabilidade social.

Especialmente com a propagação da idéia de república contestadora e não consensual conseguiremos dar eficácia as normas constitucionais abertas asseguradoras de direitos fundamentais, apaziguando as claras e enormes desigualdades em nossa sociedade. Mas para que haja este engajamento, é preciso que compreendamos os atos estatais, nos propiciando oportunidade de eficazmente contestá-los. Os atos do Estado não devem se impor pela força, mas pelo convencimento e sua congruência com o ordenamento jurídico vigente. O Poder Judiciário se legitima quando sua decisão convencer a sociedade, sendo certo que para que isso ocorra os interessados devem tomar pleno conhecimento dos fundamentos dela.

A ética habermasiana²¹ deliberativa que preconiza o diálogo humano como única forma de pacificação social, valendo-se da teoria do melhor argumento, deve ser amplamente aplicada no desenrolar das relações processuais, com vistas a obtenção legitimidade dos provimentos jurisdicionais. Adotando a concepção de nexointerno entre soberania popular e direitos humanos e intersubjetivismo das relações sociais, o processo tende a se humanizar e servir como instrumento respeitado, e não meramente imposto, para a aplicação da vontade legal ao caso concreto.

Definitivamente uma decisão que não admite

19. Dinamarco, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno, Tomo II, 4a Edição, Malheiros Editores, São Paulo, página 729.

20. Pinheiro Carneiro, Paulo Cezar. Acesso à justiça. Juizados Especiais e Ação Civil Pública. Editora Forense, 2a Edição, 2000, página 48.

21. Habermas, Jurgen. Sobre a legitimação sobre os direitos humanos in Direito e Legitimidade, obra organizada por Jean Christophe Merl e Luiz Moreira, São Paulo, Landy Livraria Editora, 2003, páginas 74-81.

um Recurso Extraordinário por inexistência de violação direta à Constituição carece de qualquer tipo de motivação aceitável dentro do Estado Democrático de Direito. Mostra-se essa justificativa completamente fora do sistema e desprovida de legitimidade, causando insegurança aos jurisdicionados.

6. ANACRONISMO DO SISTEMA RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES DE PARÂMETROS PARA PREENCHIMENTO DA VAGUEZA NORMATIVA

A indeterminação de uma conceituação normativa costuma com freqüência ser apontada como uma incorreção legal. Contudo, certamente se atinge maior perfeição e aderência com normas abertas do que com normas puramente preceituais, já que essas não são atualizáveis com o tempo.

Com a habitual maestria TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER²², abordando a esquizofrênica e anacrônica exigência de que somente uma ofensa direta seria apta a ensejar o manejo de Recurso Extraordinário, afirmou: “Dizemos na maioria das vezes porque há casos em que o excesso de regras em torno da admissibilidade desses recursos leva a contra-sensos. Exemplo disso é a regra no sentido de que ao STF só cabe conhecer de “ofensa direta” à Constituição Federal. Isto significa dizer que, se para demonstrar que houve ofensa à Constituição Federal, a argumentação do recorrente tem necessariamente de passar pela lei ordinária (em que, v.g., se repete o princípio constante da Constituição Federal) é porque se estaria diante de ofensa indireta à Constituição Federal, que, por isso, não deveria ser examinada pela via do recurso extraordinário. Esta regra, em nosso entender, leva a um paradoxo: a Constituição Federal consagra certo princípio e se, pela sua relevância, a lei ordinária o repete, POR ISSO, o tribunal, cuja função é a de zelar pelo respeito a Constituição Federal, abdica de examinar a questão.”

Definitivamente a interpretação ampliativa da norma de cabimento do Recurso Extraordinário para restringir suas hipóteses de incidência acarreta num sistema recursal anacrônico, que não permite que as normas constitucionais abertas sejam validadas em seu substrato fático de utilização efetiva, não merece prosperar. Há de ser ressaltado que a incongruência sistêmica entre a Constituição aberta e a possibilidade do jurisdicionado ter sua pretensão de proteção através de princípios apreciada pelo STF torna a atividade desse órgão menos legítima e

menos participativa na construção de um Estado verdadeiramente constitucional.

O Direito não deve ser justificado apenas pela técnica jurídica, mas pela disseminação do ideal do justo e de proteção dos mais frágeis em regime de equiparação social interna no Estado. A legitimidade do exercício da tutela jurisdicional deve ser o objetivo primordial do Poder Judiciário, buscando assim alicerçar o regime democrático.

Logo, o presente trabalho tem a pretensão de contribuir para que o Supremo Tribunal Federal possa corroborar com a formação de um sistema jurídica autopoietico e afinado com a realidade social vigente. A função do Supremo Tribunal Federal é zelar pela efetividade máxima das normas constitucionais e não relegá-las ao campo da retórica dissociado de qualquer relevância prática.

O instituto de Repercussão Geral (instrumento de freio de Recurso Extraordinário) poderia ser utilizado para viabilizar o conhecimento de determinadas questões constitucionais que não configurem uma afronta direta, possibilitando uma mais eficiente modulação do âmbito de incidência e aplicabilidade dessas normas principiológicas.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil, 8ª Edição, Editora Forense, Vol. V, Rio de Janeiro.
- _____. O Novo Processo Civil Brasileiro. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. A “principalização” da jurisprudência através da Constituição. Revista de Processo nº. 98, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.
- CHEIM JORGE, Flávio. Teoria Geral dos Recursos Cíveis. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003.
- COUTURE, Eduardo J. Interpretação das Leis Processuais. Editora Forense, Rio de Janeiro, 4ª Edição, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno, Tomo II, 4ª Edição, Malheiros Editores, São Paulo.
- GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo in Juris Poiesis, Revista da Universidade Estácio de Sá, nº. 06, ano 07, Rio de Janeiro, 2004.
- HABERMAS, Jurgen. Sobre a legitimação sobre os direitos humanos in Direito e Legitimidade, obra organizada por Jean Christophe Merl e Luiz Moreira, São Paulo, Landy Livraria Editora, 2003.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios fundamentais: teoria

22. Wambier, Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2001, página 169.

geral dos recursos. 5.ed., Sao Paulo: RT, 2000.

- PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar. Acesso à justiça. Juizados Especiais e Ação Civil Pública. Editora Forense, 2ª Edição, 2000.
- SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003.
- VERDÚ, Pablo Lucas. O Sentimento Constitucional, Editora Forense, 1ª Edição, 2004, Rio de Janeiro.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio de Recursos de Estricto Direito e de Ação Rescisória. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2001.

NACIONALIDADE (À) BRASILEIRA: PROBLEMAS E DESENCONTROS NORMATIVOS

João Cláudio de Carvalho

Doutorando e Mestre em Teoria do Direito pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE); Professor da Faculdade Integrada do Recife e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Integrada de Pernambuco. Advogado militante. Lattes em <http://lattes.cnpq.br/6754461221853558>

1. INTRODUÇÃO: IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA E A IMPORTÂNCIA DO TEMA

Justifica-se o estudo sobre o tema nacionalidade devido ao seguinte paradoxo: apesar da grande importância que o tema possui, é sensível que há dificuldades em investigar esse direito/dever – e conseqüentemente, em exercê-lo aqui no Brasil -, posto o número considerável de leis envolvidas no assunto, portarias, uma seqüência de emendas constitucionais, sem falar nas interpretações muitas vezes descontraídas dos tribunais a respeito do exercício desse direito, quais prejudicam o exercício do instituto.

Como dizíamos inicialmente, sobre a importância do tema, basta lembrarmos que esse instituto recebe do ordenamento constitucional brasileiro um tratamento de destaque, eis que a Constituição Federal dedica todo artigo 12 para tratar material e, de certa forma, instrumentalmente da aquisição, da perda e da reaqüisição da condição de brasileiro.

Para constatar a dificuldade em analisar esse instituto, basta verificarmos que a Lei n.º 818/49 é uma das normas que dispõem sobre o procedimento de reaqüisição, encontrando-se parcialmente não-recepcionada pela atual Constituição Federal. A Constituição Federal, por sua vez, já sofreu duas emendas constitucionais, nada obstan-

te o tema se encontrar contido em apenas um único artigo constitucional; isso sem falar em outros diplomas legais igualmente anteriores à atual ordem constitucional e que precisam ser interpretados à luz da Constituição Federal de 1988.

Destaque-se, ainda, alguns tratados internacionais que regulamentam a matéria, leis infraconstitucionais que se encontram parcialmente revogadas ou que são atualmente inconstitucionais pela superveniência de emendas, sem falar em leis que não foram recepcionadas pelo Texto de 88 ou que simplesmente sofreram revogações por uma legislação que posteriormente foi revogada (fenômeno da revogação da revogação).

A confusão legislativa sede lugar a verdadeiros clarões normativos, solucionados, muitas vezes, de forma casuística pelos magistrados, que diante da necessidade de resolver os conflitos (princípio do non-liquet), decidem agindo como verdadeiros legisladores positivos, como se supostamente tivessem tal competência.

Buscaremos, portanto, uma análise do conjunto normativo ligado ao direito à (re)aqüisição da nacionalidade de brasileiro, cruzando as informações com contextos doutrinários e jurisprudências sobre os casos, visando demonstrar os procedimentos e processos específicos para o exercício desse direito e garantia fundamental.

Apesar da tecnicidade típica dos textos jurídicos, procuraremos redigir sem as alegorias dos juristas visando uma linguagem simples e acessível, notadamente para os estudantes que precisam se introduzir no debate constitucional ainda que não sejam alunos do curso de direito, afinal de contas, nem as leis e nem muito menos a Constituição é objeto de interpretação apenas de juristas, mas da sociedade como um todo¹.

2. NACIONALIDADE: ALGUNS ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITOS GERAIS

Nas civilizações antigas não havia respeito ao estrangeiro, isso porque a religião tinha uma grande influência sobre as normas jurídicas: era lícito o que fosse religiosamente possível, e ilícito o que a religião repudiava.

1. HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Consti-*

tuição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

Assim, o estrangeiro era considerado impuro, sem direitos ou garantias².

Em Roma, por motivos históricos e devido à grande extensão territorial que o império ganhou, instituíram-se os primeiros tribunais para julgamento dos estrangeiros. Os centros de mercancia italiana, no final do feudalismo, passaram a garantir o direito internacional privado dos mercadores, o que revelou um grande salto para a instituição de normas que passaram a considerar o estrangeiro um sujeito de direito.

Gradativamente os estrangeiros passaram a ser reconhecidos, protegidos pelas legislações internas, fato esse catalisado pelo estreitamento das relações de mercado. Já no século XX, com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) é garantido aos estrangeiros certos direitos, como o direito ao asilo, que era concedido ao estrangeiro perseguido pelo seu estado natal:

Artigo XXVII - Toda pessoa tem o direito de procurar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição que não seja motivada por delitos de direito comum, e de acordo com a legislação de cada país e com as convenções internacionais.

Ainda sob a influência da Declaração, a nossa atual Constituição garante a igualdade de tratamento entre brasileiros e estrangeiros; igualdade essa assegurada no caput do artigo 5.º que reza: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País [...]”.

Assim, entre as garantias, a Constituição brasileira de 88 apresenta a nacionalidade como direito mínimo, elevado à categoria de fundamento do Estado Democrático de Direito. Todavia, devido à soberania dos estados, impõem-se regras para aquisição da nacionalidade em cada estado, as quais nem sempre são análogas³.

Diz-se nacionalidade, o vínculo jurídico que se estabelece entre um indivíduo e um Estado⁴, diferente, portanto, do conceito de cidadania: cidadania é uma qualidade do nacional brasileiro (nato ou naturalizado) que se encontra no gozo dos direitos políticos, apto a participar do processo de decisão político-estatal⁵.

2.1. NACIONALIDADE: REGRAS ORIGINÁRIAS SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Podemos dizer que o nacional brasileiro alcança esse status de forma originária ou de forma derivada. Assim, existem duas formas de nacionalidades: a) a originária,

que sendo alcançados seus pressupostos concederá a situação de brasileiro nato; e a b) derivada, que, se atendidos seus pressupostos, ter-se-á a condição de brasileiro naturalizado.

A Constituição brasileira de 1988 cuidou de tipificar os casos de aquisição originária, relacionando diretamente com o evento territorial do nascimento. Com isso, o fato nascer no território brasileiro é uma das hipóteses para que o nascido seja brasileiro nato (critério jus soli). Na Itália, a nacionalidade originária se relaciona mais com o sangue (critério jus sanguini), e, desta forma, são italianos originariamente os filhos de italiano, conforme assevera a Legge dello Stato n. 91, del 05 febbraio 1992:

Art. 1.

1 - E' cittadino per nascita:

a) il figlio di padre o di madre cittadini;

b) chi è nato nel territorio della Repubblica se entrambi i genitori sono ignoti o apolidi, ovvero se il figlio non segue la cittadinanza dei genitori secondo la legge dello Stato al quale questi appartengono.

2 - E' considerato cittadino per nascita il figlio di ignoti trovato nel territorio della Repubblica, se non venga provato il possesso di altra cittadinanza.

Podemos salientar que são, pelo menos, dois grandes os critérios tradicionais e definidores da condição de nacional, a saber: o critério soli e o critério sanguini. O Brasil adota ambos os critérios (jus soli e jus sanguini) para definição da condição de brasileiro, todavia limitando cada um desses critérios a outros pressupostos, conforme veremos adiante.

i) A primeira hipótese encontra-se no Artigo 12, I, a da Constituição Federal que assevera o seguinte:

CF/1988, Artigo 12 – São brasileiros:

I – natos:

a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de país estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu País

Notem que há uma imposição constitucional da nacionalidade – já que esta pressupõe direito, mas também deveres, aos nascidos no território nacional. Nascimento no território do Brasil é o fato gerador da condição de brasileiro nato, admitindo-se uma única exceção: os nascidos aqui no Brasil, porém filhos de estrangeiros que estejam comprovadamente à serviço do País de origem.

Ao mesmo tempo em que a Constituição Federal foi elegante ao estabelecer uma cortesia internacional - eis

2. DOLLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado: Parte Geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.212.

3. REZEK, Francisco. Direito Internacional Público. São Paulo: Saraiva, 2005, p.186-5.

4. ARAÚJO, Luiz Vidal David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. Curso de direito constitu-

cional. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 228.

5. SILVA, José Afonso da. Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2003, p.318.

que não impôs a nacionalidade brasileira para os filhos de estrangeiros à serviço do País de origem - também criou uma barreira ao filho de estrangeiro, qual fica impossibilitado de requerer a condição de nato brasileiro se um dos Pais estiver à serviço do País de origem aqui no Brasil, como é o caso dos filhos de membros de missões diplomáticas estrangeiras que estejam no Brasil. Verifica-se que não precisa que ambos os pais estejam à serviço do país de origem; o impedimento já ocorre bastando que um deles esteja à serviço do país de origem.

Há uma polêmica a respeito desse dispositivo, que se encontra no seguinte casuístico: qual a nacionalidade do filho de brasileiro(a) com estrangeiro(a) à serviço, considerando que o nascimento ocorreu no Brasil? Pela leitura do dispositivo, bastaria que um dos pais estivesse à serviço para não se aplicar a regra do artigo 12, I, "a" da Constituição de 88; no caso ocorre essa hipótese, porém o outro par é brasileiro. Para essa situação existem duas correntes, uma que defende que esse filho deveria ser registrado como brasileiro nato, sob a alegação de que o nascido observa o critério *soli* e o critério *sanguini*⁶, e existe outra que não aceita esse registro, defendendo que o nascimento de filho aqui no Brasil sendo um dos pais estrangeiro à serviço, seria um fato "fortuito" que afastaria a hipótese do *ius soli*, ao mesmo que afastaria a hipótese *ius sanguini* apesar da relação direta com um dos pais, que é brasileiro(a)⁷.

Apesar de respeitar a opinião dos que não admitem o registro nessa hipótese excepcional do nascido ser registrado como brasileiro originariamente, data *vennia*, deve-se entender o contrário. O filho de brasileiro(a) com estrangeiro(a) à serviço, tendo o nascimento ocorrido no Brasil, é, de fato e direito, uma situação excepcional, eis que se apresenta como uma circunstância não prevista na Constituição, de modo que uma interpretação exten-

siva, considerando todas as normas internacionais sobre o assunto, parece conduzir a solução para uma aquisição originária da nacionalidade brasileira.

Paradoxalmente essa situação se encontra prevista no artigo 2.º da Lei n. 818/49, que assevera: "Quando um dos pais for estrangeiro, residente no Brasil a serviço de seu governo, e o outro for brasileiro, o filho, aqui nascido, poderá optar pela nacionalidade brasileira, na forma do art. 129, nº II, da Constituição Federal", todavia, deve-se entender que tal dispositivo não foi recepcionado pela atual Constituição, que não cria a possibilidade de opção (faculdade), mas de obrigação (norma impositiva), apesar de essa experiência normativa reforçar a tese ora defendida.

Finalmente, é importante observar que para os efeitos do artigo 12, I da Constituição Federal de 1988, concebe-se território (i) o local geográfico distribuído em Estados, Municípios e Distrito Federal, bem como os rios, mares e águas que correm dentro dessas localidades, ou banhando mais de um país faça parte dos bens da União respeitadas as determinações internacionais; (ii) o mar territorial, que compreende uma faixa de doze milhas marítimas de largura, medidas a partir da linha baixa-mar do litoral continental e insular brasileiro, tal como indicada nas cartas náuticas de grande escala, reconhecidas oficialmente pelo Brasil⁸, (iii) os espaços aéreos acima do espaço territorial e do mar territorial. Pontes de Miranda ainda acrescentava os navios ou aeronaves de bandeira brasileira quando trafeguem por espaços neutros⁹, e nunca quando estiverem trafegando sob território estrangeiro, pois seria ofensivo a soberania desse local.

Nesse mesmo sentido, anotamos que as Embaixadas e os Consulados são locais para realização do serviço consular¹⁰ e como tais gozam de inviolabilidade segundo as Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas e sobre Relações Consulares, ambas ratificadas pelo Brasil atra-

6. AGRA, Walber de Moura. Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.285.

7. DOLINGER, Jacob. Op. Cit., p. 175-176.

8. Artigo 1.º da Lei n.º 8617, de 04 de janeiro de 1993.

9. PONTES DE MIRANDA Apud REZEK, Francisco. Op. Cit., p.187.

10. São serviços consulares, segundo o Artigo 5.º da Convenção de Viena sobre Relações Consulares: a) proteger, no Estado receptor, os interesses do Estado que envia e de seus nacionais, pessoas físicas ou jurídicas, dentro dos limites permitidos pelo direito internacional; b) fomentar o desenvolvimento das relações comerciais, econômicas, culturais e científicas entre o Estado que envia e o Estado receptor e promover ainda relações amistosas entre eles, de conformidade com as disposições da presente Convenção; c) informar-se, por todos os meios lícitos, das condições e da evolução da vida comercial, econômica, cultural e científica do Estado receptor, informar a respeito o governo do Estado que envia e fornecer dados às pessoas interessadas; d) expedir passaportes e documentos de viagem aos nacionais do Estado que envia, bem como vistos e documentos apropriados às pessoas que desejarem viajar para o referido Estado; e) prestar ajuda e assistência aos nacionais, pessoas físicas ou jurídicas do Estado que envia; f) agir na qualidade de notário e oficial de registro civil, exercer funções similares, assim como outras de caráter administrativo, sempre que não contrariem as leis e regulamentos do Estado receptor; g) resguardar, de acordo com as leis e regulamentos do Estado receptor, os interesses dos nacionais do Estado que envia, pessoas físicas ou jurídicas, nos casos de sucessão por morte verificada no território do Estado receptor; h) resguardar, nos limites fixados pelas leis e regulamentos do Estado receptor, os interesses dos menores e dos incapazes, nacionais do país que envia, particularmente quando para eles for requerida a

instituição de tutela ou curatela; i) representar os nacionais do país que envia e tomar as medidas convenientes para sua representação perante os tribunais e outras autoridades do Estado receptor, de conformidade com a prática e os procedimentos em vigor neste último, visando conseguir, de acordo com as leis e regulamentos do mesmo, a adoção de medidas provisórias para a salvaguarda dos direitos e interesses destes nacionais, quando, por estarem ausentes ou por qualquer outra causa, não possam os mesmos defendê-los em tempo útil; j) comunicar decisões judiciais e extrajudiciais e executar comissões rogatórias de conformidade com os acordos internacionais em vigor, ou, em sua falta, de qualquer outra maneira compatível com as leis e regulamentos do Estado receptor; k) exercer, de conformidade com as leis e regulamentos do Estado que envia, os direitos de controle e de inspeção sobre as embarcações que tenham a nacionalidade do Estado que envia, e sobre as aeronaves nele matriculadas, bem como sobre suas tripulações; l) prestar assistência às embarcações e aeronaves a que se refere a alínea "k" do presente artigo e também às tripulações: receber as declarações sobre as viagens dessas embarcações, examinar e visar os documentos de bordo e, sem prejuízo dos poderes das autoridades do Estado receptor, abrir inquéritos sobre os incidentes ocorridos durante a travessia e resolver todo tipo de litígio que possa surgir entre o capitão, os oficiais e os marinheiros, sempre que autorizado pelas leis e regulamentos do Estado que envia; m) exercer todas as demais funções confiadas à repartição consular pelo Estado que envia, as quais não sejam proibidas pelas leis e regulamentos do Estado receptor, ou às quais este não se oponha, ou ainda as que lhe sejam atribuídas pelos acordos internacionais em vigor entre o Estado que envia e o Estado receptor.

vés, respectivamente, dos Decretos-Legislativos n.º 103/64 e 06/67, porém não devem ser consideradas como extensão do território nacional, uma vez que gozam de benefícios, mas não subsiste a ficção de que sejam extensões do território do país acreditante, posto que logicamente é território do país acreditado¹¹.

ii) Uma segunda possibilidade de aquisição originária está descrita na alínea “b” do inciso II, Artigo 12 da CF/88:

b) Os nascidos no estrangeiro, de pai ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja à serviço da República Federativa do Brasil;

Como pode ser notada, esta é a primeira exceção ao princípio do jus soli, já que a Constituição Federal admite que o filho de brasileiro que esteja no exterior à serviço da República Federativa do Brasil possa ser reconhecido como brasileiro nato. É importante frisar que a expressão “à serviço da República Federativa do Brasil” não se aplica de forma estrita, de sorte que o brasileiro que esteja à serviço de um organismo internacional ou de missão que o Brasil faça parte também ganha o mesmo benefício estatuído pela Constituição.

Para o exercício do direito da alínea “b”, artigo 12, I da CF, basta que o funcionário público¹² procure um consulado brasileiro ou missão brasileira no exterior para efetivar o registro civil nos termos da legislação brasileira (Lei de Registros Cíveis, Lei n.º 6.015 e 31 de Dezembro de 1973)¹³, já que é dever do consulado registrar, por força do artigo 5.º, “f” da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, devendo o requerente acostar ao seu pedido a certidão de nascimento ou casamento que demonstre a nacionalidade de brasileira de um dos pais, o atestado médico de nascimento ou documento equivalente, conforme legislação interna do País, bem como a comprovação de que um dos pais está à serviço da República Federativa do Brasil ou de organismo ou missão que o Brasil faça parte, para que se adquira à condição de brasileiro nato.

iii) A última possibilidade de nacionalidade originária está contida na alínea “c” do inciso I, artigo 12 da Constituição Federal de 1988, que sofreu alteração pela Emenda

Constitucional n.º 54, de 20 de setembro de 2007, verbis:

c) Os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira.

Nessa alínea são duas as hipóteses para que seja alcançada a condição de brasileiro nato. A primeira delas tem haver com o simples registro em repartição brasileira competente, que gerará o mesmo efeito da aliena “b”, Inciso I, artigo 12 CF/1988, ou seja, o nascido no exterior de pais que não estão à serviço do Brasil pode ser registrado na repartição competente que adquirirá imediatamente a condição de brasileiro nato, carecendo apenas que esse registro seja transladado em algum Cartório de 1.º Ofício do Registro Civil, livro “E” (Lei n.º 6015/80, Art. 32, §1.º).

Essa primeira hipótese foi acrescentada pela Emenda Constitucional n.º 54/2007 e certamente consistiu numa correção a um grave equívoco cometido pela Emenda Constitucional de Revisão (ECR) n.º 03/1994 que suprimiu a possibilidade da aquisição ocorrer pelo registro desses nascidos na repartição brasileira.

Aliás, a Emenda 54/2007 não apenas passou a readmitir a aquisição de nacionalidade nata pelo registro da repartição competente, como regulou a situação de milhares de brasileiros que se enquadravam nessa hipótese e nasceram entre 07 de junho de 1994 e a data de promulgação da EC 54, possibilitando que os nascidos nesse interregno possam ser registrados em repartição diplomática ou consultar brasileira competente, ou em ofício de registro, desde que, nesta última hipótese, venham a residir na República Federativa do Brasil, o que foi reconhecido pela doutrina como “regime de transição” (ADCT, artigo 95).

Na segunda hipótese, enquadram-se os nascidos no exterior de pais que não estão à serviço e que não tenham sido registrados em repartição competente. Nesse caso, o nascido poderá vir a adquirir a condição de brasileiro nato se residir no Brasil e, depois de atingir a maioridade, optar por essa condição ajuizando a Ação de Opção de Nacionalidade perante o juízo da 1.ª Vara Federal do local de sua residência¹⁴. Vale ressaltar que enquanto pendente o julgamento do pedido, o optante não pode ser conside-

11. Em sentido contrário, e colocando as embaixadas e consulados como territórios brasileiros, no que se discorda, Cf: AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 292.

12. Funcionário Público é o servidor público ou qualquer cidadão que esteja, ainda que em caráter eventual, exercendo atividades públicas e que possa ser equiparado, portanto, a agente público.

13. Os brasileiros se submetem às obrigações de registro tipificadas no Artigo 1, §1.º da Lei de Registros Cíveis (Lei n.º 6015/73). Quanto às pessoas naturais, são obrigatórios os seguintes registros: Art. 29. Serão registrados no registro civil de pessoas naturais: I - os nascimentos; II - os casamentos; III - os óbitos; IV - as emancipações; V - as interdições; VI - as sentenças declaratórias de ausência; VII - as opções de nacionalidade; VIII - as

sentenças que deferirem a legitimação adotiva e serão averbados (§ 1º): a) as sentenças que decidirem a nulidade ou anulação do casamento, o desquite e o restabelecimento da sociedade conjugal; b) as sentenças que julgarem ilegítimos os filhos concebidos na constância do casamento e as que declararem a filiação legítima; c) os casamentos de que resultar a legitimação de filhos havidos ou concebidos anteriormente; d) os atos judiciais ou extrajudiciais de reconhecimento de filhos ilegítimos; e) as escrituras de adoção e os atos que a dissolverem; f) as alterações ou abreviaturas de nomes

14. Constituição Federal, artigo 109 – Aos juizes federais compete processar e julgar: [...] X – os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após exequatur, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referente à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização (g.n).

rado brasileiro nato, sem prejuízo de a decisão final gerar efeitos retroativos (*ex tunc*), como típica das condições suspensivas civis.

Apesar da alteração, a Constituição não resolveu diretamente o problema daqueles que nasçam no exterior de pais que não estão à serviço do Brasil, enquanto forem menores, já que a opção somente pode ser exercida pelo próprio Optante, devido à natureza personalíssima. Parece que a solução a ser adotada é aquela criada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário n.º 418.096/Rio Grande do Sul, decidido sob relatoria do então Ministro Carlos Velloso.

No RE 418.096, o Supremo entendeu que se o nascido no estrangeiro vier a residir no Brasil ainda menor, pode ser registrado como brasileiro nato provisoriamente, devendo manifestar a opção após atingida a maioridade, que deve ser feita em até 04 anos após atingida a maioridade (§§2.º, 3.º e 4.º, artigo 32 da Lei n.º 6015/80), em requerimento de conversão dirigido ao juízo federal, sob pena de sofrer cancelamento (§5.º da Lei n.º 6.015/80)¹⁵.

Com relação à petição inicial da Ação de Opção, ela deve ser instruída com documento comprobatório da nacionalidade brasileira de um dos pais do optante, bem como a comprovação da residência (§1.º da Lei 818/49 incluído pela Lei 5.145/66).

Quanto ao procedimento, o mesmo não possui natureza contenciosa, sendo classificada como jurisdição do tipo voluntária. O pedido contido na petição inicial da ação de opção de nacionalidade será a lavratura de termo de opção de nacionalidade pelo Juiz competente (§3.º, Artigo 1.º da Lei 818/49).

O magistrado, seguindo a legislação processual específica, abrirá vistas ao Ministério Público para se pronunciar se entendem presentes os requisitos constitucionais, no prazo de cinco dias. Com o parecer ministerial, o Juiz deve decidir o processo no prazo de outros cinco dias. Caso julgue procedente o pedido da opção, o magistrado determinará a lavratura de termo de opção, que somente poderá ser feito após o trânsito em julgado da sentença.

Observamos que duas situações podem ocorrer logo após o julgamento da procedência da ação, a saber: 1 – A não interposição de recurso de apelação ou 2 – A interposição de recurso de apelação, cujo prazo é de 15 dias da intimação da sentença segundo a legislação processual civil vigente¹⁶.

(i) Na primeira hipótese, quando não há apresentação de recurso de apelação para o respectivo Tribunal Regional Federal, entendemos que a sentença produz

efeitos logo após o trânsito em julgado, devendo o cartório judiciário providenciar a lavratura do termo a que se refere o Artigo 3.º da Lei 818/49, qual deverá ser assinado pelo optante e seu respectivo Procurador, com o envio do termo para registro no Cartório.

Havia dúvidas sobre a incidência da remessa necessária da sentença que julga procedente a ação de opção de nacionalidade, visto que a redação do §3.º do Artigo 4.º da Lei 818/49 com redação dada pela Lei 6014/73, assevera que a “[...] decisão estará sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo Tribunal”.

A toda evidência, a Lei 6.825 de 22 de setembro de 1980, que estabeleceu normas para maior celeridade nos processos no âmbito do já extinto Tribunal Federal de Recursos, em seu Artigo 1.º, §3.º, asseverou que “nas causas referente á nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e á naturalização, a sentença só fica sujeita ao duplo grau de jurisdição quando nela se discutir matéria constitucional”.

Em uma interpretação conforme, verificar-se-ia que a regra do Artigo 1.º, §3.º da Lei 6.825/80 estava se referindo ao duplo grau de jurisdição necessário, ou seja, ao recurso de ofício. Concluímos que se operou, no caso em análise, uma revogação tácita¹⁷ do Artigo 4.º, §3.º, ante a regra posterior contida no artigo 1.º, §3.º da Lei 6.825/80, tornando inaplicável a regra da remessa necessária das sentenças procedentes em ação de opção de nacionalidade.

Pequena polêmica surge posteriormente. É que a Lei 6.825/80 foi revogada expressamente pelo Artigo 7.º da Lei 8.197/91, qual igualmente foi revogada em sua totalidade pela Lei 9.469/97. A questão é saber se a sentença que julga procedente a ação de opção de nacionalidade está sujeita ao duplo grau obrigatório. Ao nosso sentir, tal sentença não estaria sujeita ao duplo grau necessário (ou obrigatório), uma vez que a regra que o determinaria (Artigo 4.º, §3.º da Lei 818/49) foi revogado tacitamente pela Lei 6.825/80; e mesmo que esta legislação revogadora tenha sido revogada posteriormente, a anterior não ressurgiria no ordenamento jurídico, uma vez que prevalece o entendimento de que a reconstituição não é admitida no ordenamento jurídico brasileiro.

Repristinção nada mais é que do que dar nova vida a legislação já revogada, quando a causa da revogação (lei revogadora) foi posteriormente revogada – o que exatamente ocorreu no caso das legislações relativas à remessa necessária em matéria de opção de nacionalidade – fenômeno que não deve ocorrer no ordenamento jurídico brasileiro¹⁸.

15. Ver a diferença entre naturalização provisória e erradicação precoce, esta última tratada no EE, artigo 116.

16. CPC, Artigo 508.

17. A expressão revogação tácita pode ser utilizada quando lei posterior regula matéria anteriormente disciplinada por legislação posterior, sem que expressamente revogue a

lei antiga; diz-se que houve revogação – afinal, lei posterior revoga lei anterior –, porém não expressa, ou seja, tácita.

18. DINIZ, Maria Helena. Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.84-85.

Lei de Introdução ao Código Civil

Artigo 1.º

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

Aliás, esse tem sido o posicionamento do Tribunal Regional Federal da 5.ª Região, que se deparando com situação em que se contestava a não aplicação da regra da remessa necessária contida na Lei 818/49, decidiu da seguinte forma:

Ementa - Constitucional. nacionalidade. opção. remessa oficial. não cabimento. art. 4º, parágrafo 3º da Lei nº 818 de 18/09/49. alteração pela Lei 6.825, de 22/09/80. art. 1º, parágrafo 3º. revogação da Lei 6.825/80 pela Lei nº 8.197, de 27/06/97.

I - o parágrafo 3º do art. 4º da Lei nº 818, de 18 de setembro de 1949, previa que as sentenças que julgassem matéria referente à nacionalidade, estava sujeita ao duplo grau obrigatório, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal.

II - A Lei nº 6.825, de 22 de setembro de 1980, a qual estabeleceu normas para maior celeridade dos feitos no extinto tribunal federal de recursos e na justiça federal de primeira instância, alterou a referida Lei nº 818/1949, estabelecendo que “nas causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização, a sentença só fica sujeita ao duplo grau de jurisdição quando nela se discutir matéria constitucional”.

III - o art. 7º da Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991 expressamente revogou a Lei nº 6.825, de 22 de setembro de 1980.

IV - não há mais previsão de duplo grau obrigatório em caso de sentença que determina a transcrição de registro de nascimento de menor nascido no exterior e que passa a residir no país, eis que o dispositivo da Lei nº 818/49, art. 4º, parágrafo 3º foi alterado pela Lei nº 6.825/80, a qual foi depois revogada pela lei nº 8.197/91.

V - inocorrência de efeito reprecursor do dispositivo da lei nº 818/49, em face do art. 2º, parágrafo 3º da lei de introdução ao código civil (TRF5.ªR...REOAC 361491AL)

(ii) Na segunda hipótese, apenas para efeito de análise, admitimos o fato da sentença que julga procedente ação de opção de nacionalidade ser atacada por recurso

de apelação, movido pelo Ministério Público ou por Terceiro interessado conforme admite o próprio Código de Processo Civil no artigo 499¹⁹. Nessa hipótese, o recurso deverá ser recebido pelo Juiz em duplo efeito, ante a regra contida no caput do artigo 520 do Código de Processo Civil²⁰, e, conseqüentemente, enquanto não for apreciado e julgado pelo Tribunal ad quem, não se poderá lavrar o termo para que se opere a transcrição no Cartório de Registro de Pessoa Natural.



2.2. NACIONALIDADE DERIVADA: PREVISÕES LEGAIS E CONSTITUCIONAIS A RESPEITO DA MATÉRIA

Existem, ainda, outras possibilidades de aquisição da nacionalidade brasileira, bastando à obediência a determinados pressupostos. A toda evidência, esses pressupostos não geram a condição de brasileiros natos, mas de brasileiros naturalizados. Historicamente, poder-se-ia dividir a aquisição da condição de brasileiro naturalizado em aquisição tácita ou expressa. Apesar de não se admitir a primeira espécie (aquisição tácita) no atual ordenamento, deve ser lembrado a “grande naturalização” que foi concedida pelo artigo 69, §4.º da Constituição de 1891. Hoje em dia não cabe falar em aquisição tácita, mas apenas em expressa.

Deve-se dizer, por pura cautela, que a Constituição Federal de 1988 não faz diferenças entre brasileiros (natos e naturalizados) e estrangeiros residentes, tratando-os como sujeitos de direito com garantias fundamentais asseguradas no artigo 5º da CF/1988.

19. CPC, Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público. § 1º Cumpra ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial. § 2º O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei.
20. Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no

entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: I - homologar a divisão ou a demarcação; II - condenar à prestação de alimentos; IV - decidir o processo cautelar; V - rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes; VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem; VII - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela

A propósito, o §2.º do Artigo 12 da CF/1988 adverte que “A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos [pela Constituição]”, vindo a Constituição estabelecer os cargos privativos de brasileiro nato, o de Presidente e Vice-Presidente da República, de Presidente da Câmara dos Deputados, de Presidente do Senado Federal, de Ministro do Supremo Tribunal Federal, os cargos de carreira diplomática, de oficial das forças armadas e ministro de Estado da Defesa (CF/1988, artigo 12, §3.º)²¹.

Além desses casos, a Constituição fez outras menções, como no artigo 222 que tratou do problema da propriedade das empresas jornalísticas e de radiofusão sonora e de sons e imagens, estabelecendo que sejam de propriedade privativa de brasileiros natos ou naturalizados desde que com mais de 10 (dez) anos de alcançada essa condição, impondo evidentemente um caráter temporal para diferenciar brasileiros naturalizados que desejam manter empresa jornalística; outra diferença encontra-se estampada no artigo 89, VII que ao tratar dos membros do Conselho da República, aponta a necessidade de “seis brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade” sejam indicados dois pelo Presidente da República, dois pelo Senado Federal e outros dois pela Câmara dos Deputados Federais, para mandato de três anos sendo vedada a recondução, além das regras contidas nos incisos LI e LII, do artigo 5.º dirigidos aos brasileiros natos.

Voltando a questão dos brasileiros naturalizados, essa condição é um resultado de uma série de pressupostos. No artigo 12, II, ‘a’, tem-se a regra de que são brasileiros naturalizados, “Os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral”.

O dispositivo constitucional criou duas formas de se adquirir a condição de brasileiro naturalizado; uma aplicável a qualquer estrangeiro que reúna os pressupostos estabelecidos por lei infraconstitucional, no caso a Lei 6815/80, e outra que somente deve ser aplicada aos estrangeiros que venham de países cujo idioma oficial é o português. Vai-se analisar cada uma dessas duas possibilidades de forma isolada com suas respectivas conseqüências.

a) Naturalização de estrangeiros, exceto os

originários de países de língua portuguesa. Nesse caso, a “lei” de que trata a Constituição Federal no artigo 12, II, “a” é o Estatuto dos Estrangeiros, que no artigo 112 apresenta as condições gerais para concessão da naturalização: capacidade civil, segundo a lei brasileira, o estrangeiro deve ser registrado como permanente no Brasil, ter residência mínima de quatro anos contados imediata e anteriormente ao dia do pedido²², ler e escrever a língua portuguesa, estar em pleno exercício de profissão ou com posse de bens suficientes à manutenção própria e da família, possuir bom procedimento, não ter sido denunciado, pronuncia ou condenação no Brasil ou no Exterior por crime doloso a que seja cominada pena mínima de prisão, abstratamente considerada, superior a um ano, além de ter que comprovar que goza de boa saúde²³. Um detalhe importante desse tipo de aquisição é que pode ocorrer do estrangeiro reunir todos esses pressupostos, mas a autoridade negar-se a conceder a aquisição, conforme a alude o artigo 121 do EE.

Ainda persistem duas possibilidades de naturalização: a radicação precoce e a conclusão de ensino superior, isso porque o Estatuto do Estrangeiro prevê essas duas possibilidades nos artigos 115, §2.º, I e II e 116. Essas duas possibilidades se encontravam presentes na Constituição de 67 e na EC 1/69, porém na Constituição de 88 foram desconstitucionalizadas; porém, como o artigo 12, II, “a” estabelece a possibilidade de lei disciplinar formas de naturalização, esses dois dispositivos permanecem em vigor.

EE, artigo 115, §2.º, I, assevera que exigir-se-á a apresentação apenas de documento de identidade para estrangeiro, atestado policial de residência contínua no Brasil e atestado policial de antecedentes, passado pelo serviço competente do lugar de residência no Brasil, quando se tratar de estrangeiro admitido no Brasil até a idade de 5 (cinco) anos, radicado definitivamente no território nacional, desde que requeira a naturalização até 2 (dois) anos após atingir a maioridade.

Já no EE, artigo 115, §2.º, II, admite-se que essa mesma documentação seja exigida ao estrangeiro que tenha vindo residir no Brasil antes de atingida a maioridade e haja feito curso superior em estabelecimento nacional de ensino, se requerida a naturalização até 1 (um) ano depois da formatura.

21. Ainda no Artigo 222 a Constituição admite que a “[...] propriedade de empresa jornalística e de radiofusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 (dez) anos [...]”, impondo um caráter temporal para diferenciar brasileiros naturalizados que desejam manter empresa jornalística.

22. Esse prazo de residência deve ser reduzido se o naturalizado preencher qualquer um dos requisitos contidos nos Artigos 113 e 114 do Estatuto do Estrangeiro. Artigo 113 - O prazo de residência fixado no artigo 112, item III, poderá ser reduzido se o naturalizando preencher quaisquer das seguintes condições: I - ter filho ou cônjuge brasileiro; II - ser filho de brasileiro; III - haver prestado ou poder prestar serviços relevantes ao Brasil, a juízo do Ministro da Justiça; IV - recomendar-se por sua capacidade profissional, científica ou artística; ou V - ser proprietário, no Brasil, de bem imóvel, cujo valor seja igual, pelo menos, a mil vezes o Maior Valor de Referência;

ou ser industrial que disponha de fundos de igual valor; ou possuir cota ou ações integralizadas de montante, no mínimo, idêntico, em sociedade comercial ou civil, destinada, principal e permanentemente, à exploração de atividade industrial ou agrícola. Parágrafo único - A residência será, no mínimo, de um ano, nos casos dos itens I a III; de dois anos, no do item IV; e de três anos, no do item V. Artigo 114 - Dispensar-se-á o requisito da residência, exigindo-se apenas a estada no Brasil por trinta dias, quando se tratar: I - de cônjuge estrangeiro casado há mais de cinco anos com diplomata brasileiro em atividade; ou II - de estrangeiro que, empregado em Missão Diplomática ou em Repartição Consular do Brasil, contar mais de 10 (dez) anos de serviços ininterruptos.

23. Não se exige comprovação de boa saúde ao estrangeiro que reside no Brasil há mais de dois anos (EE, Artigo 112, §1.º).

No artigo 116 do EE existe outra situação: a do estrangeiro admitido no Brasil durante os primeiros 05 (cinco) anos de vida, desde que estabelecido definitivamente no território nacional; esse poderá, enquanto menor e via seus representantes legais não-brasileiros (estrangeiros), requerer ao Ministro da Justiça, por intermédio de seu representante legal, a emissão de certificado provisório de naturalização, que valerá como prova de nacionalidade brasileira até dois anos depois de atingida a maioridade. A naturalização se tornará definitiva se o titular do certificado provisório, até dois anos após atingir a maioridade, confirmar expressamente a intenção de continuar brasileiro, em requerimento dirigido ao Ministro da Justiça.

Quanto ao procedimento administrativo, caracterizado pela discricionariedade (EE, artigo 121), inicia-se com o pedido que deve ser feito por requerimento próprio protocolado nos órgãos competentes do Ministério da Justiça que procederá à sindicância da vida pregressa do Requerente. Uma vez recebido esse pedido, podem-se determinar diligências, devendo ser remetido com parecer do órgão diligente ao Ministro da Justiça. O EE prevê a possibilidade de arquivamento do pedido caso o estrangeiro não reúna as condições previstas no artigo 112 ou 116 cabendo pedido de reconsideração desse despacho no prazo de trinta dias contados da publicação da decisão.

Caso seja deferido o pedido, a decisão administrativa será publicada no Diário Oficial da União (DOU), emitindo-se certidão individual do ato, o qual será entregue pelo juiz federal da 1.^a vara federal da seção judiciária onde o estrangeiro estiver residente, em audiência específica para esse fim, ou, não havendo juízo federal, pelo juiz de direito assim designado (EE, artigo 118 e 119); essa certidão solenemente entregue deverá sofrer o registro no Cartório de Registros Públicos pela pessoa requerente.

Decai em 12 meses o direito ao certificado se nesse intervalo de prazo o estrangeiro não fizer a solicitação, cessando os efeitos do processo administrativo, salvo motivo de força maior devidamente justificado.

O efeitos da naturalização se iniciam a partir da entrega do certificado em audiência solene, gerando efeitos *inter partem* e *ex nunc*, significando que o cônjuge, filhos ou parentes não se beneficiam da naturalização, qual vigorará a partir daquela data, conferindo todos os direitos políticos e civis ao naturalizado, porém não extingue a obrigação civil ou penal do adquirente que por ventura tenha em outro país.

b) Naturalização de estrangeiros originários de países de língua portuguesa. Neste caso, exige-se apenas a residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral, ficando condicionada a autoridade brasileira a con-

ceder a aquisição. Evidentemente que essa possibilidade apenas abrange aos originários de países de língua portuguesa, ou seja, os que são signatários da Convenção dos Países de Língua Portuguesa: Portugal, Angola, Moçambique, Guiné Bissau, Açores, Cabo Verde, Príncipe, Goa, Gã, Macau e Timor.

c) Naturalização de estrangeiros em geral (CF/1988, Artigo 12, II, "b"). Neste caso, exige-se que o estrangeiro reúna a prova de sua residência por 15 anos no Brasil de forma ininterrupta e sem condenação penal. Com relação à residência ininterrupta, é válido lembrar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal que interpretando o conceito de "residência ininterrupta" diferenciou-o de "permanência ininterrupta", segundo qual o que a Constituição exige é uma residência e não uma permanência ininterrupta, de modo que a saída temporária do Brasil não descaracterizaria que o pressuposto foi auferido.

2.3. DO PROCESSO DE NATURALIZAÇÃO

O estrangeiro que pretender a naturalização deverá requerê-la ao Ministro da Justiça, declarando: nome por extenso, naturalidade, nacionalidade, filiação, sexo, estado civil, dia, mês e ano de nascimento, profissão e lugar onde haja residido anteriormente no Brasil e no exterior, satisfazer aos requisitos a que alude o artigo 112, item VII (=boa saúde) e ainda se deseja ou não traduzir ou adaptar o seu nome à língua portuguesa (Lei 6.815/80, Artigo 115).

A petição deve ser assinada pelo naturalizando e instruída com os seguintes documentos: a) cópia autêntica da cédula de identidade para estrangeiro permanente, b) comprovação de residência que atenda aos fins das alíneas "a" ou "b" do inciso II do Artigo 12 da CF/1988, c) atestado policial de antecedentes passado pelo órgão competente do lugar de sua residência no Brasil, d) prova de exercício de profissão ou documento hábil que comprove a posse de bens suficientes à manutenção própria e da família, e) atestado oficial de sanidade física e mental, f) certidões ou atestados que provem, quando for o caso, as condições do artigo 113 da Lei nº 6.915, de 19 de agosto de 1980, g) certidão negativa do Imposto de Renda²⁴ (Regulamento do Estatuto do Estrangeiro, Decreto n.º 86.715/81).

O requerimento para naturalização deve ser dirigido ao Ministro da Justiça, através de seus órgãos locais distribuídos em cada Estado ou diretamente no Distrito Federal, o qual procederá a sindicância sobre a vida pregressa do naturalizando devendo opinar sobre a conveniência da naturalização (Artigo 117 do Estatuto do Estrangeiro).

O dirigente responsável pelo órgão competente do Ministério da Justiça em cada Estado ou no Distrito

24. Pode ser dispensada a certidão negativa de Imposto de Renda se: o naturalizando estiver nas condições previstas nas alíneas "b" e "c" do § 2º deste artigo, ou seja, se o naturalizando sendo estudante, de até vinte e cinco anos de idade, viver na depen-

dência de ascendente, irmão ou tutor ou ainda, for cônjuge de brasileiro ou tiver a sua subsistência provida por ascendente ou descendente possuidor de recursos bastantes à satisfação do dever legal de prestar alimentos.

Federal poderá requerer diligências em decisão que submeterá ao Ministro da Justiça. Poderá, ainda, determinar o arquivamento do pedido, decisão esta que cabe pedido de reconsideração e ainda que mantida a decisão administrativa do arquivamento, o naturalizando poderá recorrer ao Ministro da Justiça, autoridade final que compete decidir sobre a naturalização, em qualquer dos casos, no prazo de 30 (trinta) dias da primeira decisão administrativa (EE, artigo 118 e Parágrafo Único).

A decisão de naturalização contém requisitos formais, que uma vez superados devem gerar o deferimento através de Portaria Ministerial com caráter vinculante e efeito meramente declaratório, já que não se encontram na Constituição pressupostos indeterminados como, p.ex, a “conveniência política”. Essa é a nossa modesta leitura, uma vez que onde o texto constitucional não limitou, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Observamos que o Estatuto Estrangeiro deixa bastante claro que “A satisfação das condições previstas nesta Lei não assegura ao estrangeiro direito à naturalização” (EE, artigo 122). Entretanto, essa norma deve ser aplicada apenas ao caso dos naturalizando que fizerem uso das prerrogativas do artigo 12, II, “a”, que como dito, é norma de eficácia limitada já que admite a interferência infraconstitucional no que diz respeito aos requisitos para obtenção da naturalização ao utilizar a expressão “os que, na forma da lei, adquirirem a nacionalidade brasileira [...]”²⁵.

Assim, pode-se até - no caso do Artigo 12, II, “a” da CF/88 - dizer que a Portaria Ministerial tem caráter de ato administrativo discricionário e não vinculado, e neste sentido, não pode ser objeto de discussão judicial eis que o Supremo Tribunal Federal não admite controle judicial do mérito administrativo.

Daí surgem duas possibilidades, uma na aplicação do Estatuto do Estrangeiro, para os casos específicos do artigo 12, II, “a” onde a Portaria Ministerial tem caráter discricionário no caso dos estrangeiros que procuram se beneficiar do Artigo 112 e outra encontrado no artigo 12, II, “b” e na segunda parte do mesmo artigo 12, II “b”, onde os requisitos são expressos, tornando o ato vinculado.

Pois bem, feita essa pequena distinção, quanto à aplicação normativa, a Portaria de Naturalização deverá ser publicada no Diário Oficial e após, será arquivada no órgão competente do Ministério da Justiça, que cuidará de emitir certificado a cada naturalizando, quando o optante requerer dentro do prazo de 12 (doze) meses contados da data de publicação do ato, sob pena da naturalização perder o efeito.

Realizado o requerimento, o Ministério da Justi-

ça cuidará de remeter o certificado ao juiz federal onde o optante tenha domicílio. O Juízo Federal da Primeira Vara – quando houver mais de um juiz federal na Cidade - fará a entrega solene, mediante lavratura de termo (EE, artigo 119). A lei admite que nas cidades aonde não existirem juizes federais, a entrega será feita pelo juízo ordinário da comarca ou da comarca mais próxima (EE, artigo 119, §2.º).

Frisa-se que o Decreto 86.715/81 (Regulamento do EE), condiciona a entrega da certidão pelo Juiz Federal a declaração de renúncia pelo estrangeiro de sua nacionalidade anterior (RegEE, artigo 129, II)²⁶, o que não vem sendo aplicado pelos magistrados por entenderem que essa exigência não se coaduna com a atual Constituição Federal de 1988.

3. EFEITOS DA NATURALIZAÇÃO

Apesar das variantes normativas que tanto confundiam e eram motivadores de fervorosos embates doutrinários, os efeitos da naturalização se encontram definidos nos artigos 122, 123 e 124 do Estatuto do Estrangeiro que cuidou de revogar a Lei n.º 4.404/64 e a Lei n.º 5.145/66 que possibilitavam, no mínimo, uma dupla interpretação e alcance infraconstitucional.

O artigo 122 do EE deixa claro que os efeitos da naturalização ocorrem ex nunc, contado a partir da entrega do certificado, conferindo a partir da data, o gozo de direitos e obrigações civis e políticos, excetuando-se aqueles inerentes à brasileiro nato.

Outro fato importantíssimo é que a aquisição da nacionalidade é *intitui personae*, beneficiando apenas o requerente e nunca o cônjuge ou o descendente nos exatos termos do Artigo 123 do Estatuto do Estrangeiro, salvo quando o filho do brasileiro naturalizado nasça após realizado o ato jurídico perfeito. A toda evidência, a naturalização não extingue a responsabilidade civil ou penal de que o naturalizando estava anteriormente sujeito em outro país (EE, artigo 124), repercutindo na questão de uma possível extradição, que não é objeto de nosso estudo.

4. PERDA DA NACIONALIDADE

A perda da nacionalidade ocorre em duas condições, a saber:

a) Tiver cancelada a naturalização em virtude de sentença judicial em processo em que ficou comprovada a relação do naturalizado com atividades nocivas ao interesse nacional.

25. Daí surge também a possibilidade de aplicação da regra do artigo 120 do Estatuto do Estrangeiro, que ensina: “No curso do processo de naturalização, poderá qualquer do povo impugná-la, desde que o faça fundamentadamente”.

26. RegEE, Art. 129 - A entrega do certificado constará de termo lavrado no

livro audiência, assinado pelo juiz e pelo naturalizado, devendo este: I – demonstrar que conhece a língua portuguesa, segundo a sua condição, pela leitura de trechos da Constituição; II – declarar, expressamente, que renuncia à nacionalidade anterior (g.n).

E ainda:

b) se o brasileiro adquirir outra nacionalidade, salvo quando essa nacionalidade é originária, segundo a Lei Estrangeira, e ainda, quando realizou a opção por coação, como condição de permanência em seu território ou para exercício de direitos civis.

4.1. AÇÃO DE CANCELAMENTO DE NATURALIZAÇÃO

O procedimento para cancelamento de naturalização está regulado pela Lei n.º 818/49 com as alterações que lhe deram leis posteriores. A toda evidência, a interpretação dessa norma deve ser realizada à luz da Constituição Federal de 1988, já que os casos para perda da nacionalidade se encontram enumerados no §4.º do Artigo 12.

Interessa, no particular, o caso tipificado no inciso I, §4.º, Artigo 12 da CF/88 que impõe a necessidade de sentença judicial que atribua como pena principal ou acessória a perda da nacionalidade, depois de apurar, garantido o devido processo legal, ampla defesa e o contraditório, atividade nociva ao interesse nacional²⁷.

Observe que a legislação não deixa claro o que venha ser atividade nociva ao interesse nacional, deixando para o julgador a definição desse conceito indeterminado. Apesar de termos a Lei n.º 7.170 de 14 de Dezembro de 1983 que define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, não se pode limitar atividade nociva ao interesse nacional a essa norma específica.

Havendo representação, essa deverá ser dirigida a autoridade policial que irá apurar a atividade reputada nociva ao interesse nacional, abrindo-se Inquérito Policial competente (Artigo 25 da Lei 818/49).

Ao receber a requisição ou o inquérito policial, o juiz mandará dar vista ao Procurador da República que opinará, no prazo de cinco dias, oferecendo denúncia ou requerendo o arquivamento, o que não impede que o Ministério Público Federal ajuíze essa ação específica visando a declaração de perda na Justiça Federal por força do artigo 109, X da Constituição Federal de 1988. A toda evidência, recebido o Inquérito, e tendo o juiz entendido que não é caso de arquivamento, o magistrado deverá enviar os autos ao Procurador Geral da República que resolverá se irá denunciar, nomear outro Procurador da República ou se posicionar igualmente pelo arquivamento.

Havendo denúncia, o juiz procederá a instrução penal segundo determina a Legislação Específica (Lei n. 818/49) naquilo que for compatível com o Código de Processo Penal. Feitas as diligências e apresentadas as razões finais, o juiz decidirá. Decidindo pelo Cancelamento

da Naturalização ou pela absolvição, o Naturalizando ou o Ministério Público Federal poderá impugnar à decisão diretamente ao Tribunal Regional Federal em Recurso sem efeito suspensivo, no prazo de 15 (quinze) dias da leitura ou intimação da sentença (Lei n. 818/49, artigo 33).

Com o trânsito em julgado, a decisão será remetida ao Ministério da Justiça para os fins de ser apostilhada em livro especial e cancelada, no Cartório de Registro Civil competente, a naturalização, admitindo que o ex-brasileiro possa ser extraditado.

Desta feita, somente através da Ação Rescisória se poderá desfazer a coisa julgada e via consequência, readquirir a nacionalidade perdida por força de decisão judicial.

4.2. AQUISIÇÃO DE OUTRA NACIONALIDADE

A aquisição voluntária de outra nacionalidade é motivo de perda da nacionalidade brasileira, salvo se a outra nacionalidade é reconhecida como originária pela lei estrangeira ou quando foi imposta a aquisição como condição de permanência no estado estrangeiro ou para o exercício de direito civil, como por exemplo, questões de trabalho.

Nesses casos acima narrados, a nacionalidade não deve ser perdida, e caso tenha ocorrido a perda, abre-se possibilidade para a requisição, cujo procedimento obedece ao rito dos artigos 36 e 37 da Lei n.º 818/49.

Assim, o brasileiro que deseja readquirir a nacionalidade nas causas do Artigo 12, §4.º, II deve requerer diretamente ao Presidente da República - se o requerente residir no Distrito Federal ou por intermédio dos Governadores se o requerente residir em qualquer outra unidade da federação - o qual analisando os pressupostos constitucionais, deferirá por decreto presidencial, devolvendo a nacionalidade no status anterior: se o requerente era nato, volta a ser nato; se naturalizado, o re-adquirente voltará a ser naturalizado.

Importa salientar que nada obstante a Lei n. 818/49 tenha consagrado que a forma legal para se declarar a perda ou a reaquisição da nacionalidade nos casos do artigo 12, §4.º, II seja o decreto presidencial, existe, aqui no Brasil, o Decreto 3.453 editado em 09 de maio de 2000 que delega ao Ministro da Justiça, vedada a subdelegação, os atos declaratórios de perda e reaquisição. Portanto, enquanto subsistir o Decreto 3.453/2000, a competência para esses atos (declaração de aquisição e de perda) será do Ministro da Justiça brasileiro.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegamos as seguintes conclusões:

27. SILVA, José Afonso da. Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2003, p.332.

a) O processo para aquisição, perda e requisição da condição de brasileiro possui característica constitucional, estando previsto n Artigo 12 do Texto Constitucional e fundamentado em tratados internacionais;

b) As leis infraconstitucionais brasileiras que garantem o exercício do direito de nacionalidade são antigas, algumas encontram-se parcialmente revogadas e outras perderam o efeito devido a regra da não-repristinação, criando-se vários vácuos legislativos que não apenas dificultam o entendimento do exercício do direito como também impedem o exercício desse direito constitucional.

c) Somente através de uma engenhosa compilação de dados e prognósticos legislativos torna-se possível o exercício do direito de nacionalidade, notadamente quando o seu exercício depender de requerimentos judiciais ou administrativos.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2009;
- ARAÚJO, Luiz Vidal David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de direito constitucional*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006;
- BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5.^a Região. REOAC 361491/AL. Relator Des. Federal Substituto, Dr. Frederico Pinto de Azevedo, 4.^a Turma. DOJ 16.08.2006, p.1070.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário n.º 264.848*, Rel. Min. Carlos Britto, DJ14/10/05, disponível em [www.stf.jus.br], Acesso em 23.04.2008.
- CAHALI, Yussef Said. *Estatuto do estrangeiro*. São Paulo: Saraiva, 2003;
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2005;
- DOLLINGER, Jacob. *Curso de direito internacional*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005;
- HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002.
- RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2005;
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2005;
- VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980 (v1), 1983 (v2), 1978 (v3).
- REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2005;
- SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

A ADEQUAÇÃO E A APLICABILIDADE DA LEI Nº 11.923/2009 (SEQUESTRO RELÂMPAGO) FRENTE À LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

Érico Bruno Galvão de Freitas

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Olinda (AESO). Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UCDB/CPC Marcato. Doutorando em Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires – UBA. Assessor Técnico-Judiciário da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Docente das disciplinas de Direito Penal e Direito Processo Penal da Faculdade Maurício de Nassau – Recife/PE e Coordenador da Pós Graduação da Escola Superior da Advocacia – ESA em Petrolina/PE.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº 11.923/2009¹, de 17 de abril de 2009, encerrou-se uma constante divergência doutrinária acerca da correta tipificação penal do crime rotulado pela imprensa e pela linguagem policial como “sequestro relâmpago”, que consistia na restrição da liberdade da vítima, por um curto período de tempo, visando obrigá-la a fazer retiradas em suas contas bancárias através dos caixas eletrônicos disponíveis nas redes de autoatendimento.

Após a inserção do § 3º no art. 158 do Código Penal Brasileiro, o “seqüestro-relâmpago” foi considerado um meio de execução qualificado do crime de extorsão, destoando do pensamento de estudiosos consagrados, os quais defendiam que a conduta se tratava de um crime de roubo qualificado, com previsão no art. 157, §2º, V da Lei Adjetiva Penal e de uma corrente minoritária que afirmava ser o caso de extorsão mediante sequestro (art. 159 do CP).

Não há dúvidas que a nova lei pôs fim as discussões sobre a correta tipificação penal do “sequestro relâmpago”, porém novos questionamentos surgiram e merecem atenção, como a desproporcionalidade da pena imposta pelo legislador, equivalente à pena atribuída ao crime de homicídio, prevista no art. 121 do Código Penal, e, especialmente, o fato do crime de extorsão mediante a restrição da liberdade da vítima não ter sido inserido no rol dos crimes hediondos (art. 1º da Lei nº 8.072/90²), sendo este um dos pontos de maior relevância no que se refere à aplicabilidade da norma.

Ademais, tal displicência do legislador poderá trazer algumas incertezas a serem corrigidas, pois, antes da vigência da Lei nº 11.923/2009, todos os casos de “sequestro relâmpago” ou eram considerados roubos qualificados pela restrição da liberdade da vítima (art. 157, § 2º, V, do CP) ou extorsão mediante seqüestro (art. 159 do CP), sendo que ambos são crimes hediondos.

Sendo assim, o presente trabalho além de abordar os aspectos relacionados à correta tipificação também irá analisar a questão da possibilidade de ser aplicada a nova forma de conduta qualificada do crime de extorsão as regras da Lei nº 8.072/90.

1. A ORIGEM DOS TERMOS “SEQUESTRO RELÂMPAGO” E CRIME HEDIONDO

Assim como a humanidade a sociedade também evoluiu, afinal toda unidade social é um reflexo das características do seu povo que a transforma e a adequa aos seus anseios e conquistas. Diante disto, e baseado na premissa de que o Direito nasceu com a própria sociedade (*ubi societas ibi jus*), podemos afirmar que a evolução jurídica também é constante e deve se adaptar as às novas formas de interação humana.

O avanço tecnológico e a massificação do acesso a internet estreitaram a busca do conhecimento e diminuíram fronteiras, conseqüentemente, as relações humanas

1. BRASIL. Lei n. 11.923, de 17 de abril de 2009. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 17 de abril de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11923.htm. Acesso em: 10 jul. 2010.

2. BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 25 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm. Acesso em: 10 jul. 2010.

também sofreram modificações, sendo facilmente percebido nas relações civis e comerciais, já que hoje praticamente todo estabelecimento comercial possui um site oficial, onde são disponibilizados vários produtos para a venda, aluguel, comodato, dentre outras negociações, bem como é visível também na organização administrativa do setor público e privado, mediante a rápida interação interpessoal através da Intranet.

Seguindo esta tendência, as entidades financeiras também se mostraram receptivas as evoluções tecnológicas e as utilizaram como uma aliada no combate de problemas costumeiros, tais como a morosidade dos odiosos caixas e suas filas intermináveis. Assim surgiram os caixas eletrônicos de autoatendimento, permitindo à população a opção de realizarem sozinhas algumas movimentações financeiras simples que contribuíam para o volume das filas nos bancos, como saque, depósito, emissão de cheque, transferências de valores, extratos, saldos, pagamentos de contas, entre outros, tudo de forma rápida, segura e individualizada pelos cartões magnéticos devidamente personalizados por senhas criptografadas³.

É diante desse contexto que surge no final dos anos 90 uma nova modalidade de ação criminosa em que o agente capturava a vítima e a constrangia a efetuar diversos saques em sua conta através de seu cartão magnético, restringindo a liberdade da vítima pelo tempo necessário para garantir a consumação do delito.

De fato não dá para precisar quem é o criador da expressão “seqüestro relâmpago”, mas há rumores de que a terminologia teve início nas próprias Delegacias, onde era comum a utilização do termo para descrever a nova conduta delitativa e, posteriormente, o termo foi amplamente divulgado pela imprensa.

Tal modalidade criminosa se propagou em razão da sua rentabilidade e da segurança da impunidade oferecida pelo seu modos operandi (forma de execução), já que a vítima permanecia em poder do agente até o fim do intento delituoso, e assim, o crime se difundiu rapidamente nas grandes cidades, conforme se vê na matéria do Jornal do Comércio, de 24 de setembro de 1999, sobre o referido crime na capital pernambucana:

Os seqüestros-relâmpago estão amedrontando a classe média do Grande Recife. Ontem de madrugada, houve mais 3 casos em Boa Viagem e em Santo Amaro. Desde janeiro, 39 pessoas foram vítimas dessa modalidade de crime, segundo a polícia. Uma quadrilha especializada nesse tipo de ação foi presa ontem e um assaltante

*morto durante um seqüestro.*⁴

Vale frisar que a Lei nº 11.923/2009 não criou uma nova espécie de crime e nem tampouco adotou o termo “seqüestro relâmpago”, porém teve a infelicidade de mencionar a nomenclatura em sua ementa, o que contribuiu para a permanência do termo dando a entender que todos os casos que receberem informalmente este nome seriam abrangidos pela nova qualificadora do crime de extorsão. Eduardo Luiz Santos CABETTE critica tal equívoco em sua obra:

Fala-se em “inconveniência” porque o texto da ementa, referindo-se à suposta tipificação do “seqüestro-relâmpago”, dá a entender que todos os casos que têm recebido esse nome informal seriam necessariamente abrangidos pelo novo texto legal.

Tal impressão é absolutamente falsa. A Lei 11.923/09 não cria um crime autônomo que seria chamado doravante de “seqüestro-relâmpago”. Aliás, somente menciona a infeliz expressão em sua ementa, sem criar algum novo “nomem júris”. O que faz efetivamente a Lei 11.923/09, como já mencionamos alhures, é apenas e tão somente acrescer um § 3º ao crime de extorsão (artigo 158, CP).⁵

Sendo assim, é perceptível o primeiro equívoco do legislador, o qual foi bastante infeliz em mencionar a expressão “sequestro relâmpago” na Lei nº 11.923/2009, uma vez que não se criou um novo tipo penal, mas sim uma qualificadora específica para o crime de extorsão.

Quanto aos crimes hediondos, tomando como base a Constituição Federal de 1988 a fim de delimitar o seu estudo a um contexto histórico-jurídico mais adequado à realidade normativa vigente, sua nomenclatura foi introduzida no sistema através do art. 5º, XLIII, da CF/88, que diz: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou indulto a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos (...)”.

Note-se que o referido inciso está inserido dentro dos Direitos e Garantias Fundamentais, tendo o constituinte demonstrado explicitamente a sua intenção em afastar dos indivíduos que vierem a praticar os crimes de tortura, tráfico de drogas, terrorismo e aqueles a serem definidos como hediondos benefícios como a fiança, a graça ou o indulto. Portanto, o termo crime hediondo surgiu na Constituição como uma norma penal em branco, cabendo ao Poder Legislativo definir, através de lei especial, quais crimes seriam suscetíveis a hediondez.

3. Entende-se por criptografia ou “assinatura digital”, como é normalmente chamada, uma seqüência de números primos digitalizados nos cartões magnéticos que, quando compatíveis com outra seqüência numérica existente no banco, permite o acesso a informações bancárias e possibilita as movimentações financeiras.

4. Matéria JC online. Seqüestro-relâmpago apavora classe média, de 24 de setembro de 1999. Disponível em: http://www2.uol.com.br/JC/_1999/2409/cd2409h.htm. Acesso-

do em: 13 jul. 2010.

5. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A Lei nº 11.923/09 e o famigerado seqüestro-relâmpago. Afinal, que raio de crime é esse?. Jus Navegandi, Teresina, ano 13, n. 2135, 06 de maio de 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12760>>. Acesso em: 20 jul. 2010.

Já em 1989, um ano após a promulgação da Carta Magna, o Congresso Nacional passou a apresentar projetos de lei para definir a matéria, sendo o primeiro sobre o tema o Projeto de Lei nº 2.105, que previa penas mais graves aos crimes de sequestro e estupro seguido de morte e excluía qualquer tipo de direito durante a execução da pena; seguido dos Projetos de Lei nº 2.154 e 2.529, que tornava o processamento dos crimes de drogas mais rígido através da prisão preventiva obrigatória e pretendia a aplicação da pena em dobro às penas cominadas no tipo penal, respectivamente.

O Projeto de Lei nº 2.529, também propunha que seriam considerados crimes hediondos o estupro, o sequestro, o genocídio, as violências praticadas contra menores impúberes, os delitos executados com evidente perversidade, o latrocínio e a periclitacão de vida dos passageiros de quaisquer veículos de transporte coletivo, apresentando a possibilidade dos crimes hediondos serem elencados em um rol enumerativo.

Ainda em 1989, foi ofertado o Projeto de Lei nº 3.754, elaborado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e encaminhado ao Congresso Nacional pelo Presidente da República através da mensagem 546/89, em que definia a expressão crimes hediondos como sendo todo o delito que se pratique com violência à pessoa, provocando intensa repulsa social, bem como apresentava mais um rol de crimes que seriam considerados hediondos.

No mesmo ano, ainda foram propostos o Projeto de Lei nº 3.875, que previa penas superiores a vinte anos de reclusão a uma lista de crimes que seriam rotulados como hediondos e o Projeto de Lei nº 4.272, que visava incluir nos crimes de extorsão mediante sequestro (art. 159, CP) e de estupro (art. 213, CP) parágrafos que os apontavam como sendo crimes hediondos.

No início do ano de 1990, foram oferecidos os Projetos de Lei nº 5.270 e 5.281 que visavam aumentar as penas do crime de extorsão mediante sequestro e vedava a concessão de livramento condicional e a progressão de regime na fase de execução, em face do número crescente de casos envolvendo este tipo de delito.

Em seguida, surgiu o Projeto de Lei nº 5.355 propondo que o procedimento criminal para os crimes de extorsão mediante sequestro seria aquele previsto na Lei nº 6.368/76 (Lei Antitóxica) e que não haveria dilação nos prazos para a conclusão do inquérito, no final, previa o instituto da delação premiada reduzindo a pena de 1/6 a 2/3 em caso de desmantelamento da quadrilha ou bando.

Por fim, em 25 de junho de 1990, foi promulgada a Lei nº 8.072, baseada no Projeto nº 5.405, elaborado pelo Deputado Roberto Jefferson, relator da Comissão de Constituição, Justiça e Redação, tendo por base a mensagem presidencial 546/89 e todos os projetos acima descritos, os quais tiveram suas propostas adequadas à referida lei que foi aprovada sem dificuldade pelo Congresso Nacional.

Desse modo, tanto a Lei 11.923/2009 quanto a

Lei nº 8.072/90 foram aprovadas com o objetivo de atingir crimes específicos que aterrorizavam o país, como forma de tentar inibir a sua crescente propagação e, embora estejam em momentos distintos da história, se apresentam sob o mesmo contexto.

2. POLÊMICAS ACERCA DA ADEQUAÇÃO TÍPICA DO “SEQUESTRO-RELÂMPAGO”

A definição do termo “sequestro relâmpago”, até o advento da Lei nº 11.923/2009, sempre foi alvo de muita discussão entre os estudiosos do Direito, uma vez que a forma criminosa que deu origem à referida nomenclatura pode se apresentar de diversas maneiras, o que, de fato, pode acarretar uma modificação da tipificação penal a depender do caso concreto.

Enquanto fenômeno social, o “sequestro relâmpago” recebeu várias definições, todas sempre questionando se deveria ser enquadrado como crime de roubo ou de extorsão, como bem demonstrou Álvaro Pereira da SILVA JÚNIOR, em sua obra, senão vejamos:

Como descrição do fato social denominado de ‘seqüestro relâmpago’ temos várias iniciativas. Mendonça (op. cit) faz a seguinte menção: (...) consiste inicialmente na privação da liberdade exercida por um ou mais meliantes contra determinada pessoa ou pessoas, ainda que dita privação perdure por espaço de tempo inferior ao que normalmente se verifica na ocorrência de um seqüestro propriamente dito. Dias (2002) descreve o crime de ‘seqüestro relâmpago’ da seguinte maneira: a empreitada criminosa consiste na privação temporária da liberdade da vítima, ocasião em que o agente constrange o sujeito passivo a fornecer-lhe o seu cartão bancário magnético e sua respectiva senha, para que posteriormente possa dirigir ao caixa eletrônico, colimando obter vantagem indevida. Jesus (2000) faz seguinte descrição do crime e, ao final, apresenta indagações: o impropriamente denominado ‘seqüestro relâmpago’ retrata a hipótese de o autor, mediante grave ameaça, constranger a vítima a lhe entregar o cartão magnético e lhe fornecer a senha, acompanhando-o a caixas eletrônicos de bancos para sacar dinheiro. O fato configura roubo (Código Penal, art. 157) ou Extorsão (art. 158)? Campos (2000) em sua definição também demonstra incerteza quanto à descrição da conduta dos praticantes do crime de ‘seqüestro relâmpago’, vejamos: ainda encontra-se numa ‘zona cinzenta’ a tipificação da conduta dos agentes, que se utilizam de arma de fogo, exigindo o fornecimento da senha do cartão do banco da vítima, para efetuarem saques nos caixas-eletrônicos que estão localizados nas vias públicas, e, ao depois, libertam o ofendido, o qual foi abordado quando encontrava-se dentro de seu veículo e ficou privado de sua liberdade (...). Franco (2001) dá a seguinte descrição ao fato social denominado ‘seqüestro relâmpago: cuida-se do caso em que a vítima é conduzida, no seu próprio veículo, a percorrer caixas eletrônicos para a re-

*tirada de dinheiro. É evidente, nessas circunstâncias, que o saque do dinheiro só será possível se a vítima entregar o cartão magnético e fornecer a respectiva senha. Nesse caso, ocorreu roubo? Ou extorsão? (...).*⁶

Atualmente as divergências doutrinárias quanto à correta tipificação penal do fato social denominado “sequestro relâmpago” foram sanadas pelo §3º do art. 158 do CP, inserido pela Lei nº 11.923/2009, que qualifica o crime de extorsão quando for cometido mediante a restrição da liberdade da vítima e essa condição for necessária para a obtenção da vantagem econômica, sendo este o conceito legal do tipo penal.

Assim, baseado neste conceito legal, pode-se afirmar que o “sequestro relâmpago” é a conduta criminosa em que a vítima é coagida, mediante violência ou grave ameaça, como também através do tolhimento momentâneo da sua liberdade, para que colabore na obtenção da vantagem econômica indevida, sendo a sua participação requisito indispensável para a consumação do delito. Celso DELMANTO, em seu Código Penal Comentado, traz 04 (quatro) elementos para a caracterização do delito:

*(...) para a caracterização deste §3º, é mister a ocorrência: 1. de constrangimento ilegal; 2. a intenção de se obter vantagem econômica indevida; 3. que esse constrangimento seja praticado mediante a restrição da liberdade da vítima; 4. que tal restrição seja indispensável para se obter a vantagem econômica indevida.*⁷

Faz-se necessário frisar que há uma corrente de pensamento filiada à idéia que a maioria dos casos intitulados “sequestro relâmpago” consistem, na verdade, em condutas mais aproximadas do crime de roubo do que do crime de extorsão, como equivocadamente tentou generalizar o legislador. Argumentam que a coação empreendida contra a vítima no momento da ação delituosa é absoluta e, portanto, não pode ser resistida, o que caracteriza a subtração e não a tradição do bem.

A divergência entre a distinção do crime de roubo e extorsão é antiga e com o surgimento da Lei nº 11.923/2009, onde em sua ementa o legislador diz que a lei irá tratar dos casos de “sequestro relâmpago”, voltou a se discutir qual seria a linha tênue que separa os referidos crimes, vez que não há uma uniformidade nos casos rotulados como “sequestro relâmpago”, o qual pode se apresentar de várias maneiras. Discute-se, por exemplo, se quando a vítima é interceptada, tem sua liberdade restringida e é dirigida até uma agência bancária onde, acompanhada

pelo criminoso que tem uma arma apontada contra a sua pessoa, exige que a mesma saque determinada quantia no caixa eletrônico, estaria configurado um crime de roubo (art. 157, §2º, V, CP) ou de extorsão (art. 158, §3º, CP)?.

Diversas são as formas de diferenciação apresentadas para os referidos delitos, para Francesco CARRARA, no roubo o proveito patrimonial é simultâneo ao mal prometido à vítima, enquanto que na extorsão o mal e a indevida vantagem econômica são futuros. Cleber MASSON, em sua obra Direito Penal esquematizado, transcreve tal pensamento:

No sentido jurídico moderno, as características especiais da extorsão resultam do intervalo de tempo que deve transcorrer (por breve que seja) entre a ameaça de um dano e sua execução ou entre a ameaça de dano e o fato de apoderar-se do objeto. Para que haja roubo é preciso que o ladrão tenha dito “Ou me dá isto ou te mato”, ou que tenha feito obrigatória a entrega mediante força física, por sua vez, para que haja extorsão é preciso que o ladrão tenha dito: “Se não me der isto, eu te matarei, ou queimarei tua casa”, ou algo semelhante, uma palavra: o mal iminente e a subtração simultânea constituem o roubo; o mal futuro e o proveito patrimonial futuro caracterizam a extorsão.(grifos do autor)⁸

Nelson HUNGRIA tentou simplificar o critério de distinção ao definir que no roubo ocorre uma concretatio, quando a coisa é subtraída da vítima, enquanto que na extorsão ocorre uma traditio, quando a vítima entrega a coisa. Deste modo a entrega ou a subtração seriam os fatores determinantes.

A doutrina moderna também diverge sobre o assunto, Fernando CAPEZ corrobora da lição de Guilherme de Souza NUCCI de que a participação ativa da vítima é indispensável para a consumação do delito, vejamos:

(...) A extorsão é uma variante de crime patrimonial muito semelhante ao roubo, pois também implica numa subtração violenta ou com grave ameaça de bens alheios. A diferença concentra-se no fato de a extorsão exigir a participação ativa da vítima fazendo alguma coisa, tolerando que se faça ou deixando de fazer algo em virtude da ameaça ou da violência sofrida. No roubo, por outro lado, o agente atua sem a participação da vítima.(sic)⁹

Em sentido contrário tem se apresentado Cesar BITENCOURT e Rogério GRECO, que defendem a lição de CARRARA na qual o roubo é determinado por um mal iminente e um proveito contemporâneo e a extorsão por um

6. SILVA JÚNIOR, Álvaro Pereira da. “Sequestro Relâmpago” análise do fenômeno no Distrito Federal. 2002. 74f. Monografia. Curso de Especialização em Política Criminal e Penitenciária e Segurança Pública. Escola de Governo do Distrito Federal/UNIRIO. Brasília. Disponível em: <<http://www.infoseg.gov.br/infoseg/senasp-arquivos/arquivos/monografiaSR.doc>>. Acessado em: 21 jul. 2010.

7. DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 581.

8. MASSON, Cleber Rogério apud CARRARA, Francesco. Direito Penal Esquematizado: parte especial. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense e São Paulo: Método, 2009. p. 413.

9. NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 727.

mal futuro e uma vantagem indevida também futura.

O jurista André ESTEFAM traz uma diferenciação bastante prática e conciliadora das correntes de pensamento apresentadas, exaltando, porém, a indispensabilidade da participação da vítima para o êxito do crime, vejamos:

Em nosso sentir, podem ser assinaladas as seguintes diferenças: a) quanto à ação nuclear: no roubo, há subtração; na extorsão, constrangimento; b) quanto aos meios executórios: no roubo, a lei prevê o emprego de violência ou grave ameaça contra a pessoa e de recurso que reduza a vítima à incapacidade de resistência (violência imprópria); na extorsão, violência ou grave ameaça contra a pessoa; c) quanto à imprescindibilidade do comportamento da vítima: no roubo, diversamente da extorsão, a atitude da vítima não é conditio sine qua non para o êxito do desfalque patrimonial. (grifos do autor).¹⁰

Inobstante aos demais argumentos, prevalece o entendimento de que o fator diferencial é a essencialidade da participação da vítima para a consumação do delito de extorsão, de modo que caso não haja a sua cooperação jamais haverá dano ao patrimônio, a exemplo de deixar de fornecer a senha do cartão para inviabilizar o saque em sua conta bancária, pois, mesmo diante de uma violência ou grave ameaça, a vítima tem o poder de inviabilizar a infração penal.

Deste modo, entendemos que não deve prosperar a tese de que a modalidade de “sequestro relâmpago” em que a vítima é conduzida pelo agente até o caixa de autoatendimento e cede as ameaças efetuando diversos saques em sua conta seria um crime de roubo, por não se tratar de uma coação absoluta, sendo acertada a opção do legislador em tipificar a referida conduta como uma forma qualificada de extorsão em face da indispensabilidade da participação da vítima para o sucesso do intento criminoso.

3. “SEQUESTRO-RELÂMPAGO” E A LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

Dentre todos os aspectos e discussões trazidas pela Lei nº 11.923/2009 a ausência da inserção do crime extorsão mediante restrição da liberdade vítima no rol dos crimes hediondos é a que merece maior visibilidade, por trazer sérias complicações à aplicabilidade e ao enquadramento da nova conduta.

De fato, a maioria da doutrina acredita que o art. 158, §3º, CP, não foi incluído no rol do art. 1º da Lei nº 8.072/90 por um equívoco do legislador, o qual atribuiu fortes sanções a nova qualificadora da extorsão, elevando-a a categoria de crimes graves que são punidos rigorosamente, sendo impulsionado pelo crescimento de-

senfreado desta modalidade delituosa, ou seja, tentando combater severamente a gravidade do delito, assim como fez com os crimes hediondos na década de 90, mais especificamente com o crime de sequestro.

No entanto, como já mencionado, a Constituição Federal de 1988 ao se referir aos crimes hediondos no inciso XLIII do art. 5º, apresenta-se como uma norma penal em branco, deixando a cargo de o legislador ordinário definir quais seriam esses crimes, o que efetivamente ocorreu com a promulgação da Lei nº 8.072/90.

O método adotado pelo legislador foi o critério legal enumerativo, onde somente pode ser considerado hediondo aquele crime que constar no rol do art. 1º da Lei nº 8.072/90, sendo vedada a analogia in mallan partem, por força do princípio da estrita legalidade, já que não há crime sem lei anterior que o defina (nullum crimen nulla poena sine lege), previsto no art. 5º, XXXIX, da CF/88 e no art. 1º do Código Penal Brasileiro.

Anote-se que não há divergências doutrinárias nem jurisprudenciais acerca do critério eleito pelo legislador, tanto que os crimes de tráfico de drogas, terrorismo e tortura, não podem ser considerados hediondos, primeiro, por ter sido tratado pelo próprio constituinte como não sendo, ao prever que são crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou indulto a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos (art. 5º, XLIII) e segundo, por não figurarem no rol do art. 1º da Lei dos Crimes Hediondos. Porém, são considerados equiparados aos crimes hediondos, por força do art. 2º da já mencionada lei.

Desse modo, tendo em conta tal critério, podemos afirmar que o crime de extorsão mediante a restrição da liberdade da vítima não é um crime hediondo, já que não fora determinada a sua inclusão no rol dos crimes hediondos, mesmo se tratando de um crime tão grave quanto e, a depender do caso, até mais hediondo.

Guilherme de Souza NUCCI, ao tratar do assunto em seu Código Penal Comentado, afirma que a ausência do art. 158, §3º, CP, no rol dos crimes hediondos se dá em razão de um erro do legislador, vejamos:

Houve, em nossa visão, erro do legislador, ao não considerar como crime hediondo a forma qualificada, com resultado lesão grave ou morte. É impossível, por analogia in malam partem, corrigir o equívoco. A forma eleita para transformar delitos em hediondos é a inserção no rol do art. 1º da Lei 8.072/90. (...) Não constar desse rol elimina a infração penal do elenco dos hediondos. A falha é, pois, evidente. São hediondos o roubo com resultado morte (mas não o roubo com resultado lesão grave), a extorsão qualificada pela morte (mas não a extorsão com resultado lesão grave), a extorsão mediante seqüestro,

10. ESTEFAM, André. Direito Penal parte especial. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 405.

com resultado lesão grave ou morte. Não se menciona a extorsão com restrição da liberdade, mesmo que com resultado lesão grave ou morte (art. 158, §3º, CP). Pensamos devesse haver uniformidade, justamente em nome do princípio da proporcionalidade.¹¹

O mesmo autor, ao tratar do assunto em sua obra Lei Penais e Processuais Penais Comentadas, faz uma análise do critério enumerativo adotado pelo legislador para definir os crimes hediondos, apontando os aspectos positivos e negativos, vejamos:

O primeiro critério, usado pela Lei 8.072/90, simplesmente enumera os delitos que o legislador considerou hediondos – mais graves que outros, portanto – sem explicar ou fundamentar as razões que o levaram a tomar tal medida. O ponto positivo desse modelo é a segurança na aplicação da lei, isto é, somente são hediondos os delitos ali constantes. Outros, por pior que pareçam, estão excluídos. O ponto negativo consiste na nebulosa avaliação legislativa, sem que haja parâmetros para descobrir o que teria levado o Parlamentar a considerar, por exemplo, como hediondo o envenenamento de água potável (art. 270, CP) na primeira edição da lei em 1990, deixando de fora desse quadro o homicídio qualificado (art. 121, §2º, CP). O aspecto negativo, em nosso entendimento, prevalece, pois o Parlamentar pode agir, (como já o fez) ao sabor das notícias e da mídia, elevando à categoria de crime hediondo um tipo penal qualquer, somente porque contou com um caso rumoroso, captador de atenção nacional (ex: falsificação de remédios, art. 273, CP, hoje constante do rol dos delitos hediondos, após escândalos amplamente divulgados nesse sentido em determinada época).¹²

Seguindo esse entendimento, indubitavelmente o crime de extorsão com restrição da liberdade não seria um crime hediondo, mesmo quando do crime resultar lesão grave ou a morte da vítima, parecendo estar correta a hipótese aventada de que houve um erro legislativo, já que o próprio legislador ao tratar da qualificação do “sequestro-relâmpago” pelo resultado remete o tipo às penas do art. 159, §2º e 3º, do CP (extorsão mediante sequestro com lesão grave ou morte) que é um crime hediondo.

Ora, é no mínimo estranho que o legislador não tenha optado de forma consciente em não considerar a extorsão com restrição da liberdade como crime hediondo, ainda que fosse apenas com resultado morte, já que a extorsão simples com resultado morte é um crime hediondo. Além do mais, qual seria o intuito de equiparar a punição do art. 158, §3º, CP, quando resultar grave lesão

ou morte da vítima as penas de um crime considerado hediondo por excelência, como é a extorsão mediante sequestro (art. 159, CP).

É baseado nesta discrepância, que o professor Luiz Flávio GOMES surge com uma interpretação inovadora de que o “sequestro relâmpago” é um crime hediondo. Não que o ilustre jurista questione o critério legal enumerativo adotado pela Lei 8.072/90, o que, na verdade, não o faz, mas, através de uma interpretação teleológica do novo dispositivo inserido pela Lei nº 11.923/2009, o referido autor concluiu que o §3º, do art. 158 do CP não se trata de um tipo penal autônomo, tratando-se tão somente de uma nova forma de agir do crime de extorsão, e, por ser considerada hedionda a extorsão com resultado morte (art. 158, §2º, CP) quando a extorsão com restrição da liberdade resultar morte, esta também seria um crime hediondo.

Luiz Flávio GOMES apresenta a seguinte argumentação sobre a matéria:

(...) Realmente a extorsão do §3º não está (explicitamente) catalogada no rol exaustivo da Lei 8.072/90 como delito hediondo, sendo vedada analogia contra o acusado. Se do fato resulta na vítima lesão corporal grave, o crime não se converte em hediondo, aplicando-se, tão-somente, as penas previstas no art. 159, §2º (é extorsão mediante sequestro quod poenam). Na extorsão, em nenhuma hipótese de lesão corporal o crime é hediondo. Situação diversa ocorre na provocação (dolosa ou culposa) da morte da vítima, hipótese em que crime será, sim, hediondo, visto que nada mais é que desdobramento formal do tipo do art. 158, §2º, tendo o legislador preservado a matéria criminosa, explicitando, somente, seu mais novo modus operandi. O tipo penal do §3º não é autônomo, ao contrário, é derivado e meramente explicitado de uma forma de extorsão. Em outras palavras, a nova qualificadora (com resultado morte) já estava contida no parágrafo anterior, especificando-se, no derradeiro parágrafo, um meio de execução próprio (restrição da liberdade da locomoção da vítima).¹³

Assim, segundo este novo posicionamento doutrinário, o crime de extorsão com restrição da liberdade (art. 158, §3º, CP) quando resultar na morte da vítima é um crime hediondo, pois o crime de extorsão qualificado pela morte já se encontrava expressamente previsto no art. 1º, III, da Lei nº 8.072/90, portanto, independentemente se a extorsão é cometida em concurso de pessoas ou com emprego de arma de fogo (§1º, art. 158) ou mediante restrição da liberdade da vítima (§3º, art. 158), quando resultar na morte da vítima (§2º, art. 158) deverá ser considerado um crime hediondo.

11. NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 771.

12. NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 637.

13. GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentários à Reforma Criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 23.

GOMES, afirma ainda, que tal análise não se trata de uma analogia in malam partem, mas sim de uma interpretação extensiva a qual demonstra de forma inequívoca a vontade da lei, vejamos a diferenciação apresentada pelo mestre:

De que modo podemos admitir a conclusão de que a extorsão do §3º do art. 158, com resultado morte, é crime hediondo? Por meio da interpretação extensiva (que não se confunde com a analogia em com a progressiva). Qual é a diferença entre elas? A seguinte: (a) a interpretação extensiva não foge nem ultrapassa a vontade do legislador; (b) na analogia aplica-se a um fato análogo ("B") o que o legislador previu para outra situação ("A") (...).¹⁴

Desta maneira, o autor argumenta que a possibilidade de se entender como crime hediondo a forma de extorsão prevista no §3º, do art. 158 não se trata de uma integração da norma penal, sendo, na verdade, uma forma interpretativa que demonstra a exata vontade do legislador.

Quanto à questão de que a pena de 6 (seis) a 12 (doze) anos prevista para o crime do art. 158, §3º, CP ofende ao princípio da proporcionalidade, por se apresentar exagerada e discrepante em relação aos demais crimes que tutelam penalmente o patrimônio, a doutrina também apresenta entendimentos conflitantes.

De um lado, há quem defenda que o legislador errou ao impor a referida sanção em um patamar tão elevado, equiparando a pena mínima ao de crimes como homicídio (art. 121, CP) e estupro (art. 213, CP) que tutelam bens como a vida e a dignidade sexual. Os adeptos dessa linha de pensamento acreditam que não há proporcionalidade no caso de uma pessoa ser sentenciada por ter atentado contra o patrimônio no mesmo quantum de alguém que ceifou a vida de outra pessoa.

Por outro lado, existe um entendimento em sentido contrário que sustenta a proporcionalidade da sanção e que o legislador tratou corretamente a mensuração da pena ao crime tipificado no §3º, do art. 158 do CP, posto que não é apenas o patrimônio que é violado neste tipo de crime, já que a vítima também terá a sua liberdade atingida, a qual será restringida por um certo período, portanto, não há no que se falar em desproporcionalidade quando uma só conduta viola dois bens distintos como o patrimônio e liberdade.

Ademais, os filiados a este posicionamento afirmam que crimes como o de roubo qualificado (art. 157, §2º, CP) e o próprio crime de extorsão cometido em concurso de pessoas ou com uso de arma de fogo (art. 158, §1º, CP) podem resultar em uma pena mínima de 5 (cinco) anos e 04 (meses), sendo inteiramente proporcional esta

diferença de 8 (oito) meses para o crime de extorsão previsto §3º, já que a liberdade da vítima é restringida como condição para o modus operandi.

Guilherme NUCCI se apresenta como um dos defensores da proporcionalidade da pena do art. 158, §3º do CP, e traz uma crítica quanto à proporcionalidade do crime de homicídio, a qual, segundo ele, deveria ser revista, vejamos:

Comparar a nova penalidade do seqüestro relâmpago com crimes sexuais, afirmando que os seis anos de pena mínima do delito de estupro, por exemplo, fere a proporcionalidade implica em não analisar o contexto global. O fato de ser grave o delito de estupro não elimina, em hipótese alguma, a igual ou superior gravidade do seqüestro relâmpago. Ademais, o que sempre nos pareceu lesão à proporcionalidade é o esquecimento do crime de homicídio, que fere o mais relevante bem jurídico – a vida humana. Não se pode mais sustentar a pena do homicídio simples em singelos seis anos. Se o estupro merece tal penalidade; se, igualmente, o seqüestro relâmpago atinge esse patamar, algo está errado. E o equívoco deve-se a mantença da pena do delito de homicídio em apenas seis anos. Se quisermos debater a proporcionalidades das penas eleitas pelo Legislativo, poderíamos começar com o crime previsto no art. 273 (falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais), que é infração de perigo, com pena de reclusão de 10 a 15 anos e considerado hediondo. Se muitos erros existem na legislação penal brasileira, não nos parece no tocante à pena do seqüestro relâmpago.¹⁵

Diante de tudo, percebe-se que a aplicabilidade do art. 158, §3º, do CP está diretamente ligada ao fato da nova qualificadora do crime de extorsão ser ou não um crime hediondo, pois caso se entenda que não é, deve-se atentar que a Lei nº 11.923/2009 se trata de uma lei mais favorável com relação aos indivíduos que foram julgados, antes da sua vigência, por crimes assemelhados ao fenômeno social denominado "sequestro relâmpago", já que oscilavam as decisões entre roubo e extorsão e, a depender do caso, podem se apresentar como crimes hediondos.

Portanto, faz-se necessária uma urgente atuação do Poder Legislativo a fim de solucionar este ponto nebuloso que surge com a nova lei, caso contrário deverão ser reavaliados todos os casos que já tiveram um provimento jurisdicional desfavorável ao réu, uma vez que a Lei dos Crimes Hediondos trata de maneira mais gravosa os crimes que assim são considerados.

CONCLUSÃO

Diante desses argumentos, podemos concluir

14. Ibidem. p. 24.

15. NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 731/732.

que a nova qualificadora ao crime de extorsão, inserida pela Lei nº 11.923/2009 no §3º do art. 158, trata-se de um crime grave, punível severamente com uma pena de 6 a 12 anos de reclusão, quando a vítima for constrangida mediante a restrição da sua liberdade para obtenção da vantagem econômica indevida.

Com efeito, o contexto histórico que cerca o denominado “sequestro relâmpago” assemelha-se ao vivenciado na década de 90 com o crime de sequestro e que impulsionou a criação da Lei dos Crimes Hediondos, com o fito de tratar mais severamente condutas específicas. Sendo assim, a divergência sobre a hediondez do §3º do art. 158 do CP encontra substrato, posto que a Lei nº 11.923/2009 também surgiu como uma resposta a propagação de uma nova modalidade criminosa.

Percebemos que se a discussão sobre a correta definição jurídica do fenômeno social intitulado “sequestro relâmpago” teve fim com a Lei nº 11.923/2009, a problemática acerca do alcance da Lei 8.072/90 encontra-se longe de terminar, pois, como vimos, existem situações que podem nos levar a interpretações que conduzem a nova qualificadora do crime de extorsão à Lei dos Crimes Hediondos.

Respeitado o critério legal enumerativo elegido pelo legislador, o art. 158, §3º do CP sem o resultado morte, nos parece impossível de ser considerado um crime hediondo, contudo, caso a vítima venha a falecer em decorrência do crime, acreditamos que o pensamento de GOMES é o mais correto, no sentido de que a nova qualificadora não é um tipo penal autônomo e, por isso, seria possível a aplicação da Lei nº 8.072/90.

De fato, pela sistemática do art. 158, o resultado morte previsto no §2º, e que é um crime hediondo, já disciplinava os efeitos do crime de extorsão quando da sua prática ocasionasse a morte da vítima e, considerando que o novo §3º é apenas mais uma forma de execução é possível reconhecer a sua hediondez sem atentar contra o critério enumerativo.

Por fim, quanto à desproporcionalidade da pena da nova qualificadora da extorsão, pensamos, a esteira do pensamento de NUCCI, que a previsão em abstrato de 6 a 12 anos de reclusão mostra-se razoável por se tratar de uma conduta que ofende a dois bens jurídicos concomitantemente, quais sejam o patrimônio e a liberdade.

Mais uma vez reforçamos o perigo da incerteza trazida pela má redação da Lei nº 11.923/2009, visto que tal indefinição irá proporcionar a retroatividade da norma para beneficiar os indivíduos já condenados por condutas identificáveis como “sequestro relâmpago”, porém tipificadas como roubo qualificado ou extorsão mediante sequestro.

REFERÊNCIAS

• BACO. *Legalizar a maconha: uma questão social*. CMI Brasil. São Paulo/SP. 6.11.2003. Disponível em: Portal Mídia independente. <http://www.midiaindependente.org/pt/blue/2003/11/267357.shtm> Acesso em: 12 out. 2008.

• BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm Acesso em: 15 out. 2008.

• _____. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Institui o Código Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm> Acesso em: 15 out. 2008.

• _____. *Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001*. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 12 de julho de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110259.htm Acesso em: 15 out. 2008.

• _____. *Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002*. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícito de produtos, substâncias e drogas ilícitas, que causem dependência física ou psíquica, assim elecandos pelo Ministério da Saúde e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/2002/L10409.htm> Acesso em: 15 out. 2008.

• _____. *Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm Acesso em: 15 out. 2008.

• _____. *Lei n. 5.726, de 29 de outubro de 1971*. Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 29 de outubro de 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/1970-1979/L5726.htm> Acesso em: 15 out. 2008.

• _____. *Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976*. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 21 de outubro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L6368.htm> Acesso em: 15 out. 2008.

• _____. *Mensagem n. 724, de 23 de agosto de 2006*. Portal da Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Msg/Vep/Vep-724-06.htm Acessado em: 15 out. 2008.

• CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Legislação Especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2008, vol. 4.

• FRANCO, Paulo Alves. *Tóxicos: Tráfico e Porte*. Comentários

à Lei 6.368/76, de 21/10/1976. 2. ed. Leme/SP: Editora de Direito, 2001.

• GOMES, Luis Flávio; BIANCHINI, Alice. *Usuário de drogas: a polêmica sobre a natureza jurídica do art. 28 da lei 11.343/2006*. Blog do LFG. Disponível em: <http://www.lfg.blog.br> Acesso em: 03 out. 2008.

• _____ [et al.]. *Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006*. Luiz Flávio Gomes (coord.). 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

• GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas Anotada: Lei n. 11.343/2006*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

• GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *A Nova orientação político-criminal para o crime do uso de drogas*. Revista CEJ. Brasília, n. 37, p. 45, abr./jun.2007.

• JESUS, Damásio E. de. *Portar droga para uso próprio é crime?*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1794, 30 maio 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11328> Acesso em: 12 out. 2008

• LEAL, João José. *Política criminal e a Lei n. 11.343/2006: descriminalização da conduta de porte para consumo pessoal de drogas?*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1213, 27 out. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9091> Acesso em: 25 set. 2008.

• _____. *Política criminal e a Lei 11.343/2006: Nova Lei, Novo Conceito de Substância Causadora de Dependência*. Portal Boletim Jurídico. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1586> Acesso em: 25 set. 2008.

• MARCÃO, Renato. *O dependente e o usuário na Lei n. 10.409/2002 (nova lei antitóxicos)*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2820> Acesso em: 04 out. 2008.

• _____. *Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

• MORAES, Rodrigo Iennaco de. *Abrandamento jurídico-penal da "posse de droga ilícita para consumo pessoal" na Lei nº 11.343/2006: primeiras impressões quanto à não-ocorrência de "abolitio criminis"*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1155, 30 ago. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8868> Acesso em: 18 set. 2008.

• SILVA, José Siqueira. *Reflexos da nova lei de drogas na atuação das policiais estaduais*. Revista Brasileira de Segurança. Ano 1. Ed. 2. 2007. *Portal Forum segurança*. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/pdf/revista_2/drogas_violencia_jose_siqueira.pdf Acesso em: 12. out. 2008.

• SILVA JÚNIOR, Álvaro Pereira da. *"Seqüestro Relâmpago" análise do fenômeno no Distrito Federal*. 2002. 74f. Monografia. Curso de Especialização em Política Criminal e Penitenciária e Segurança Pública. Escola de Governo do Distrito Federal/UNIRIO. Brasília. Disponível em: <<http://www.infoseg.gov.br/infoseg/senasp-arquivos/arquivos/monografiaSR.doc>>. Acessado em: 21 jul. 2010.

• THUMS, Gilberto; PACHECO, Gilmar. *Nova Lei de Drogas & Crimes, investigação e processo*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

Frederico Garcia Pinheiro

Mestre em Direito Agrário e Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Especialista em Direito Processual pelo Axioma Jurídico. Professor de Direito de Empresa no Instituto Goiano de Direito Empresarial (IGDE) e Palestrante da Escola Superior de Advocacia da OAB-GO. Procurador do Estado de Goiás, atualmente ocupando o cargo de Procurador-Chefe da Procuradoria Judicial. Advogado em Goiânia-GO.

INTRODUÇÃO

Finalmente, após diversas tentativas frustradas de se introduzir no ordenamento jurídico brasileiro alguma hipótese de constituição de pessoa jurídica por uma única pessoa natural, a Lei 12.441/2011 foi publicada no Diário Oficial da União (DJU), que circulou em 12/07/2011, e trata da empresa individual de responsabilidade limitada ou, resumidamente, "EIRELI". A nova possibilidade jurídica que autoriza determinada pessoa natural a constituir pessoa jurídica para a exploração de empresa, sem a necessidade de se juntar a algum sócio, é razoável e há muito tempo aguardada pelos empresaristas.

Afinal de contas, antes da Lei 12.441/2011 o empresário individual não tinha escolha: se quisesse explorar determinada empresa, sem a colaboração de sócios, estaria arriscando todo o seu patrimônio pessoal e penhorável.

Porém, a Lei 12.441/2011 vai além e também admite que, sob a roupagem da EIRELI, qualquer pessoa jurídica, isoladamente, constitua uma ou mais subsidiárias integrais, alargando a faculdade que já era admitida, exclusivamente, para as sociedades anônimas.

O presente artigo tem a singela pretensão de analisar, criticamente, alguns aspectos do novo regime ju-

rídico que entrará em vigor com a Lei 12.441/2011, mas sem o compromisso de exaurir o tema, pois só com a análise do cenário fático após a sua vigência é que será possível extrair as melhores conclusões. Trata-se, portanto, de um ensaio com as primeiras impressões sobre as inovações da Lei 12.441/2011.

A vigência dessa novidade para o segmento empresarial, contudo, somente se dará após *vacatio legis* de 180 dias, conforme previsto no art. 3º da Lei 12.441/2011. Apesar da vigência postergada para o futuro, mas buscando facilitar a compreensão do tema, no presente artigo utilizar-se-á tempo verbal como se já estivesse em vigor a Lei 12.441/2011.

1. EMPRESÁRIO INDIVIDUAL E UNIPESSOALIDADE NO EXERCÍCIO DA EMPRESA

Prudentemente, a expressão "empresário individual", em que pese a sua redundância, costuma ser utilizada, "até porque a legislação, em algumas passagens, ao falar de empresário, abarca o empresário individual e a sociedade empresária"¹.

Assim, a princípio, a utilização da expressão "empresário individual" para identificar a pessoa natural que exerce empresa visa que tal empresário não seja confundido com a pessoa jurídica que explora a empresa por intermédio de uma sociedade empresária, mas agora também servirá para não confundir-lo com a EIRELI.

O empresário individual (art. 966 e ss. do Código Civil) pode ser definido como a pessoa natural que, isoladamente, sem personalidade jurídica, não pode afetar ou destacar parte do seu patrimônio para arriscá-lo no dia-a-dia empresarial e, assim, coloca em risco todo o seu patrimônio penhorável.

Porém, a sistemática do empresário individual não é a única possibilidade legal de se exercer e dirigir determinada empresa de forma unipessoal, isto é, sem a colaboração de sócios. Com efeito, pois a unipessoalidade tem acepção mais ampla, abarcando todas as possibilidades legais de que uma pessoa, natural ou jurídica, explore empresa, individualmente, na condição de pessoa natural mesmo, ou mediante uma pessoa jurídica que não seja formada por dois ou mais sócios.

Essa última situação – pessoa jurídica empresarial

1. Gladston MAMEDE, *Direito Empresarial Brasileiro*, v. 1, p. 83.

que não seja formada por dois ou mais sócios – é rotineiramente nominada de “sociedade unipessoal”. Porém, essa expressão é criticável, haja vista que não há que se falar em sociedade sem sócios ou de um único sócio.

A única hipótese em que se pode admitir a utilização da expressão “sociedade unipessoal” é quando determinada sociedade que já opere venha a, posteriormente, quedar-se com apenas um único sócio. Somente nesse caso, em razão de a unipessoalidade ser superveniente e temporária, admitida em prol da preservação da empresa (art. 1.033, inc. IV, do Código Civil ou art. 206 da Lei 6.404/76 ou Lei das S/A's), é que se poderia cogitar de chamá-la de “sociedade unipessoal”.

Fora dessa situação, antes da vigência da Lei 12.441/2011, a legislação ainda admitia a criação de “pessoa jurídica unipessoal” mediante a instituição da subsidiária integral de determinada sociedade anônima (arts. 251 e 252 da Lei 6.404/76) e da empresa pública unipessoal (art. 5º, inc. II, do Decreto-Lei 200/67).

Com a vigência da Lei 12.441/2011 surge uma nova modalidade de “pessoa jurídica unipessoal”: a EIRELI, regulamentada basicamente pelo novo art. 980-A do Código Civil e objeto central de estudo no presente artigo.

2. RESPONSABILIDADE DO EMPRESÁRIO INDIVIDUAL

A sistemática do empresário individual não o possibilita limitar sua responsabilidade. “É a própria pessoa física que será o titular da atividade. Ainda que seja atribuído um CNPJ próprio, distinto do seu CPF, não há distinção entre a pessoa física em si e o empresário individual”². Em outras palavras, apesar de o empresário individual ter registro no CNPJ, não pode afetar ou separar parte do seu patrimônio para responder pelas dívidas contraídas durante o exercício da empresa³.

Essa situação jurídica do empresário individual sempre foi alvo de duras críticas por parte da doutrina já que, para buscar a limitação da responsabilidade patrimonial, incentivava a formação de sociedades entre sócios que, na prática, não nutriam affectio societatis (laço psicológico de reciprocidade na união em prol de finalidade econômica).

Por óbvio, as sociedades de que se trata aqui devem ser do tipo que admita a limitação da responsabilidade dos sócios, como no caso das sociedades limitadas e das sociedades anônimas – as mais utilizadas na atualidade, conforme doutrina Paula A. Forgioni:

Em outros tempos, os comerciantes ou industriais valiam-se de diversos tipos societários para acomodação de seus interesses. Hoje, a realidade demonstra que as opções resumem-se a praticamente duas: sociedades anônimas e sociedades limitadas.

Esses tipos societários viabilizam a limitação da responsabilidade do sócio, possibilitando o cálculo do risco assumido por conta do investimento. O agente econômico destaca de seu patrimônio parcela destinada a garantir as obrigações contraídas em razão de atividade empresarial. Ao subtrair os bens particulares do sócio do alcance dos credores da sociedade, estimula-se a inversão⁴.

Outra crítica que se faz é o estímulo ao nascimento de “sociedades de fachada”, nas quais um dos sócios detém 99,9% dos votos (ou outro percentual expressivo, próximo a este), enquanto o outro sócio detém a parcela ínfima restante, servindo como mero “sócio de fachada”, “sócio laranja” ou “sócio testa-de-ferro”. Segundo André Luiz Santa Cruz Ramos, “trata-se, na verdade, de uma sociedade unipessoal disfarçada, de um drible no atraso de nossa legislação societária”⁵.

Sobre essa situação, Gladston Mamede afirma que “há muito o Direito e a realidade social e mercantil brasileira convivem com a hipocrisia das sociedades contratuais que, sendo de direito, não o são de fato”⁶, além de ressaltar que:

[...] é preciso reconhecer haver um número expressivo das sociedades limitadas, no Brasil, que não constituem sociedades de fato, mas apenas de direito. Nelas não se afere, efetivamente, um encontro de investimentos e esforços de seus sócios; pelo contrário, tem-se um sócio majoritário, que é aquele que efetivamente investiu na constituição da pessoa jurídica e da empresa e que dela se ocupa, e um sócio minoritário (esposa, irmão, filho, primo etc.) que nada investiu de fato, que sequer se interessa pelo que se passa com a sociedade. Está ali apenas para garantir a pluralidade de pessoas que, salvo exceções específicas, é necessária para que se tenha uma sociedade (pessoa jurídica). E apenas por meio de uma sociedade o empreendedor pode se beneficiar de um limite de responsabilidade entre a atividade empresarial e o patrimônio pessoal dele⁷.

Por outro lado, há quem não veja problema em tais “sociedades de fachada”, chamando-as até de “sociedades etiquetas”, pregando ainda ser desnecessária limita-

2. Marlon TOMAZETTE, Curso de Direito Empresarial, v. 1, p. 48.

3. O Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) foi criado e disciplinado por Instruções e outros atos normativos da Receita Federal do Brasil (RFB), e substituiu o extinto Cadastro Geral de Contribuintes (CGC). Este último cadastro, por seu turno, foi criado pelo art. 1º da Lei 4.503/64 e, desde então, a ele também deveria se submeter as pessoas físicas/naturais portadoras de firma individual. Atualmente, os empresários individuais (que têm como nome empresarial uma firma individual) continuam tendo que se registrar no

CNPJ, em que pese não explorem empresa mediante uma pessoa jurídica.

4. A Evolução do Direito Comercial Brasileiro, p. 155.

5. Direito Empresarial Esquemático, p. 167.

6. Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, art. 69, p. 373.

7. Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, art. 69, p. 372.

ção da responsabilidade do empresário individual, como o faz Waldírio Bulgarelli:

Temos para nós contudo, em tema de limitação da responsabilidade do empresário individual, que o sistema atual tem sido suficiente, através da constituição de sociedades “etiquetas” de responsabilidade limitada. Entendido esse contrato societário em relação à causa, como daqueles denominados por Tulio Ascarelli de negócio jurídico indireto em que não há intenção de fraudar nem mesmo simulação, não vemos razão maior para as constantes investidas contra essa situação, que não prejudica os credores, já que a sociedade, dessa maneira constituída, ostenta a sua condição de responsabilidade limitada dos sócios, portanto, não os enganando. E em caso de fraude intencional ou não, sempre haverá o recurso à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica [...] ou a penhora das cotas para atender aos credores particulares⁸.

Porém, as críticas às “sociedades de fachada” são merecidas, mormente porque o inciso XX do art. 5º da Constituição Federal garante, como direito fundamental, que “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”, ao passo que a legislação infraconstitucional, contraditoriamente, em razão de conveniência prática, acaba compelindo os empresários individuais a formarem sociedades de algum tipo que limite as suas responsabilidades – situação corriqueira na realidade brasileira, pelo menos antes da vigência da Lei 12.441/2011.

Sobre a histórica injustiça feita com o empresário individual no Direito brasileiro, Romano Cristiano ainda apresenta a seguinte reflexão fundada no princípio da isonomia:

[...] O absurdo da situação me obriga a perguntar: “Os agentes empresariais associados possuem porventura alguma qualidade, algum mérito ou algum direito que o empresário individual não possua?” Uma vez que a pergunta é apenas retórica, não me parece ser possível resposta que não indique negação absoluta; o que me obriga a perguntar de novo: “Por que então, os primeiros costumam ser premiados, ao passo que o segundo castigado com insistência? Porventura os seres humanos não estão lutando, com unhas e dentes, para que, em seus relacionamentos, em sua vida social, existam igualdade e justiça cada vez maiores?”

Desde a vigência do atual Código Civil, alguns dispositivos que tratam do empresário individual já vinham admitindo a afetação patrimonial pelo exercício da empresa. É o que se percebe da possibilidade de alienação dos imóveis ligados ao exercício da empresa, sem a necessidade de outorga conjugal (art. 978) ou da blindagem dos

bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ou não relacionados ao exercício da empresa (§ 2º do art. 974).

No caso do art. 978 do Código Civil, não há limitação da responsabilidade do empresário individual, apesar de haver certa afetação patrimonial para facilitar as negociações empresariais, ainda que em detrimento da preservação da meação do cônjuge do empresário individual, haja vista ser dispensável a sua autorização para alienação de imóveis relacionados ao exercício da empresa.

Já na hipótese do § 2º do art. 974 do Código Civil, há limitação da responsabilidade do empresário individual que, por ser incapaz, obteve autorização judicial para continuar exercendo determinada empresa. Nesse caso excepcional, visando proteger o patrimônio do incapaz, o juiz autoriza que a empresa continue a operar, mas restringe a possibilidade de que dívidas contraídas no seu exercício sejam pagas utilizando bens de propriedade do incapaz que sejam estranhos ao acervo empresarial.

Contudo, só no caso do § 2º do art. 974 do Código Civil é que, além da afetação patrimonial, há limitação da responsabilidade do empresário individual. Porém, por se tratar de situação excepcional, pouco vista na prática, dependente de burocrática autorização judicial, é possível afirmar que não foi capaz de corrigir a histórica exposição patrimonial do empresário individual.

Com a vigência da Lei 12.441/2011, certamente será grande a quantidade de empresários individuais que optarão por se transformar em EIRELI, visando limitar as suas responsabilidades. Ademais, a tendência também é que deixem de ser registrados novos empresários individuais.

3. EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

3.1. NATUREZA JURÍDICA

A EIRELI não tem natureza jurídica de sociedade empresária, ao contrário do que muitos podem imaginar, mas trata-se de uma nova categoria de pessoa jurídica de direito privado, que também se destina ao exercício da empresa. Tanto que a Lei 12.441/2011 incluiu “as empresas individuais de responsabilidade limitada” no rol de pessoas jurídicas de direito privado do art. 44 do Código Civil (inc. VI).

Ademais, a Lei 12.441/2011, ao inserir no Código Civil o art. 980-A, teve o cuidado de, topograficamente, também criar um novo título (Título I-A: “Da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada”), situado entre os Títulos I e II, que tratam, respectivamente, do empresário individual e das sociedades empresárias.

Outrossim, também não se afigura razoável atribuir à EIRELI a natureza jurídica de “sociedade unipessoal”,

8. A Teoria Jurídica da Empresa, p. 416.

9. Empresa é risco, p. 254.

pois só há que se falar em sociedade se houver mais de um sócio. A criação de uma nova modalidade de pessoa jurídica de direito privado não impõe que seja classificada como “sociedade unipessoal”.

É preciso não confundir os conceitos de pessoa jurídica e sociedade, pois nem toda sociedade tem personalidade jurídica, tanto que o próprio Código Civil regulamentou aspectos da sociedade em comum (art. 986 e ss.) e da sociedade em conta de participação (art. 991 e ss.) que são espécies de sociedades não personificadas. Outrossim, também é preciso ressaltar que nem toda pessoa jurídica que explora empresa é classificada como sociedade empresária – e a EIRELI é o exemplo de tal assertiva.

A EIRELI é simplesmente uma nova espécie de pessoa jurídica de direito privado reconhecida pela legislação brasileira. E não há nenhum impedimento legal para a atribuição de personalidade jurídica que não seja relacionada a uma coletividade de pessoas. Além da EIRELI, Gladston Mamede lembra que a fundação também é um exemplo de pessoa jurídica que não é criada por uma coletividade de pessoas, mas sim composta por uma coletividade de bens destinados a determinado fim, in verbis:

A afirmação de que a pessoa jurídica corresponde a uma coletividade, embora corriqueira, deve ser vista com certa reserva. No caso de bens, não se exige, efetivamente, uma coletividade: uma fundação pode ser constituída a partir de um único bem, desde que seja suficiente para atingir os fins a que se destina, como fica claro dos artigos 62 a 64 do Código Civil. Em fato, a propriedade sobre uma única fazenda pode ser destinada à constituição de uma fundação¹⁰.

Portanto, sem sombra de dúvida, pode-se afirmar que nem toda pessoa jurídica de direito privado é criada por uma coletividade de pessoas. O Direito brasileiro atribui personalidade jurídica a outras situações, mas ressalta ser indispensável o registro para a existência legal de qualquer pessoa jurídica, nos termos do art. 45 do Código Civil. Assim, conclui-se que sem o competente registro não há que se falar em pessoa jurídica de direito privado. E, ademais, a EIRELI é uma nova espécie de pessoa jurídica de direito privado que não se confunde com as sociedades que têm personalidade jurídica.

3.2. CRÍTICA À NOMENCLATURA

O Legislador andou mal ao nominar de EIRELI a nova espécie de pessoa jurídica de direito privado criada pela Lei 12.441/2011. É que essa nomenclatura confunde o sujeito (empresário) com a atividade exercida (empresa).

Seguindo as lições de Waldírio Bulgarelli, expostas na clássica obra “Teoria Jurídica da Empresa”, publicada

em 1985, e que continuam atuais, a acepção funcional da empresa é aquela que melhor se relaciona com as demais categorias jurídicas que envolvem e integram o fenômeno denominado empresarialidade.

Em sua acepção funcional, a empresa é considerada como uma especial atividade (econômica, organizada, profissional e destinada à produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado), não se confundindo com o sujeito que a exerce (o empresário), nem com os bens organizados para instrumentalizar o seu exercício (o estabelecimento). Essa foi a idéia adotada pelo atual Código Civil brasileiro (Lei 10.406/2002), facilmente detectada pela análise conjunta dos arts. 966 e 1.142.

Empresa (atividade), empresário (sujeito de direito) e estabelecimento (conjunto de bens organizados) têm conceitos e funções jurídicas específicas e não devem ser confundidos entre si, sob pena de haver prejuízo para a segurança jurídico-metodológica.

É bem verdade que, no ordenamento jurídico brasileiro, inúmeros são os casos de menção à empresa que a confundem com o empresário ou com o estabelecimento. Aliás, o art. 931 do próprio Código Civil equivocou-se e caiu em contradição ao fazer menção à empresa. Porém, pelo menos esse dispositivo situa-se fora do Livro II da Parte Especial do Código Civil, responsável pelo trato do Direito de Empresa. Por outro lado, o novo art. 980-A, incluído pela Lei 12.441/2011, foi inserido justamente no bojo do referido Livro II que trata do Direito de Empresa – situação que agrava, sem dúvida, o seu equívoco.

Portanto, seria coerente que o Legislador tivesse optado pela expressão “empresário individual de responsabilidade limitada” ou até mesmo por “empreendedor individual de responsabilidade limitada”. Aliás, essa última expressão foi a utilizada na Subseção II, onde se localizaria o art. 69 da Lei Complementar 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), caso não tivesse sido vetado pela Presidência da República.

3.3. SEPARAÇÃO OU AFETAÇÃO PATRIMONIAL E RESPONSABILIDADE

Sem dúvida alguma, a limitação da responsabilidade é a grande vantagem em se constituir uma pessoa jurídica de direito privado da espécie EIRELI.

Essa limitação da responsabilidade é possibilitada pela separação ou afetação do patrimônio relacionado à referida pessoa jurídica, que com a criação desta não mais será confundido com o patrimônio próprio da pessoa criadora. A criação da pessoa jurídica, automaticamente, promove a separação dos patrimônios.

Ao contrário do vetado art. 69 da Lei Complementar 123/2006, que tentou instituir a figura do “empreende-

10. Direito Empresarial Brasileiro, v. 2, p. 33.

dor individual de responsabilidade limitada”, mas sem lhe atribuir personalidade jurídica, o art. 980-A do Código Civil é louvável porque torna mais fácil a identificação de qual o patrimônio afetado à empresa, já que deverá estar vinculado a pessoa jurídica distinta e autônoma.

Destaque-se que a Lei 12.441/2011 teve um único dispositivo vetado pela Presidência da República, qual seja, o § 4º que faria parte do art. 980-A do Código Civil, com a seguinte redação:

§ 4º Somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, não se confundindo em qualquer situação com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, conforme descrito em sua declaração anual de bens entregue ao órgão competente.

O veto se deu em razão da provável confusão interpretativa que daria ensejo à impossibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica quando verificados seus pressupostos. Ademais, as razões do veto esclarecem que, teleologicamente, deve ser conferido à EIRELI o mesmo tratamento dispensado às sociedades limitadas, in verbis:

Não obstante o mérito da proposta, o dispositivo traz a expressão “em qualquer situação”, que pode gerar divergências quanto à aplicação das hipóteses gerais de desconsideração da personalidade jurídica, previstas no art. 50 do Código Civil.

Assim, e por força do § 6º do projeto de lei, aplicar-se-á à EIRELI as regras da sociedade limitada, inclusive quanto à separação do patrimônio¹¹.

Logo, verificados os pressupostos do art. 50 do Código Civil ou de outros permissivos legais, a desconsideração da personalidade jurídica pode ser aplicada à EIRELI e, eventualmente, responsabilizar e atingir o patrimônio pessoal de seu administrador ou criador, mormente porque “Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas” (§ 6º do art. 980-A do Código Civil).

3.4. RESTRIÇÃO AO “CAPITAL SOCIAL”

Nem toda pessoa poderá constituir uma EIRELI, haja vista que o caput do art. 980-A do Código Civil exige que, no ato de constituição, no mínimo, seja afetado um patrimônio não inferior a 100 (cem) salários mínimos, in verbis:

Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade

de limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

[...]

É interessante notar o atraso do dispositivo, pois, atualmente, não há maior ou menor salário-mínimo vigente no Brasil, já que existe um único salário-mínimo nacional. Outrossim, a menção ao “capital social” foi infeliz, haja vista que não há coletividade de pessoas ou sociedade in casu, mas apenas a atribuição de personalidade jurídica a parte do patrimônio de uma única pessoa, o qual é afetado ao exercício da empresa. Melhor seria que o Legislador tivesse optado por “capital separado”, “capital afetado”, “capital integralizado”, “capital inicial” ou algo semelhante.

Com a fixação de um piso para o capital inicial, o dispositivo parece ter visado evitar que pequenos negócios gozassem da possibilidade de limitação de responsabilidade. O raciocínio é que somente fazem jus à limitação da responsabilidade aqueles empreendimentos que demandem capital inicial superior a 100 (cem) salários mínimos.

Ademais, a fixação do capital inicial mínimo também visou dificultar que a EIRELI fosse utilizada para fraudar a legislação trabalhista, tal como vem sendo utilizado o regime jurídico do microempreendedor individual (MEI), previsto no art. 68 da Lei Complementar 123/2006. É que, na prática, muitos empregadores, buscando diminuir custos com mão-de-obra, têm demitido seus empregados e, logo, em seguida, os têm recontratado, fraudulentamente, na condição de microempreendedores individuais. Com a fixação do piso inicial de 100 (cem) salários mínimos, espera-se que a EIRELI seja desestimulada a servir de ferramenta para fraudes trabalhistas desse jaez.

Porém, a fixação desse capital inicial mínimo merece algumas críticas. Em primeiro lugar, porque somente seria justificável caso também o fosse exigido na constituição de sociedade empresária, sob algum tipo que limitasse a responsabilidade dos sócios.

Em segundo lugar, afigura-se estranho o estabelecimento somente do capital inicial mínimo, tendo em conta que eventual subcapitalização material superveniente à criação da EIRELI não tem o condão de provocar a sua desconsideração ou extinção.

Destaque-se que o capital declarado é sempre nominal, porque relativamente estável e congelado no tempo. Já o patrimônio é volátil no tempo e serve para a elaboração do balanço real da empresa, conforme ensina Ivens Henrique Hübert:

O patrimônio, é preciso reconhecer, traduz-se tam-

11. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Msg/VEP-259.htm

*bém em cifra, mas apenas para efeito de inevitável elaboração de balanço. A cifra que ele representa não é mais que uma fotografia de um dado momento, já modificado no momento seguinte. O capital social, ao contrário, permanece o mesmo por períodos muito mais extensos, como que se corporificando na própria cifra*¹².

Ademais, interessante notar que o patrimônio real somente se confunde com o capital inicial no dia da criação do ente empresarial. Nesse sentido, em que pese o foco nas sociedades, mas cujas lições se aplicam mutatis mutandis aqui, Alfredo de Assis Gonçalves Neto doutrina:

A sociedade utiliza seu patrimônio para a realização de seus fins. Ao fazê-lo, esse patrimônio oscila de valor e se modifica a todo momento: cresce e define de conformidade com as injunções do mercado ou com a expansão ou o encolhimento das atividades sociais. Contrastando com ele, o capital social é um valor permanente, uma cifra fixa que permanece como referencial do valor, não do patrimônio de cada dia, mas da massa patrimonial que os sócios reputaram ideal para a sociedade poder atuar.

*Assim, no momento da constituição da sociedade, capital e patrimônio têm o mesmo valor. Mas, iniciando-se a atividade social, o patrimônio oscila aumentando ou encolhendo, segundo as vicissitudes da atividade exercida, enquanto o capital mantém-se fixo, como um número, uma cifra constante e permanente*¹³.

Segundo Ivens Henrique Hübert, na subcapitalização material superveniente o patrimônio líquido (créditos subtraídas as dívidas) é inferior ao capital nominal – o que se verifica em razão de eventuais perdas patrimoniais resultantes da normal exploração da empresa¹⁴.

Ora, se a subcapitalização material superveniente que diminua o patrimônio líquido para patamar inferior a 100 (cem) salários mínimos não tem como consequência a desconsideração ou extinção da EIRELI, conclui-se que o estabelecimento desse piso inicial no caput do art. 980-A do Código Civil traz pouca ou nenhuma serventia prática.

Em terceiro lugar, como se só não bastasse, é imperioso reconhecer que a real integralização do capital inicial é difícil de ser fiscalizada, principalmente porque as Juntas Comerciais não costumam ser rigorosas quanto à comprovação dessa integralização, bastando uma mera declaração do interessado nesse sentido.

Aliás, é possível imaginar até que alguém, fraudulentamente, declare perante a Junta Comercial que tem o capital mínimo necessário para a constituição de uma EIRELI e, posteriormente, também declare tal capital

como renda na sua declaração anual de imposto de renda, pagando a correspondente exação tributária e, com isso, dando ares de verdade a uma fantasia – a propósito, lembre-se que para o Poder Público “o tributo não tem cheiro” (princípio non olet).

Outrossim, para impedir ou dificultar ainda mais o descobrimento da fraude, e eventualmente até deixar de pagar o imposto de renda, basta que o interessado “regularize” a subcapitalização material superveniente, fazendo constar da escrituração contábil “maquiada” a ocorrência de graves perdas patrimoniais.

Se ao tempo da subcapitalização material superveniente não houver credor da EIRELI que consiga provar a fraude, conclui-se que haverá burla à regra do caput do art. 980-A do Código Civil sem maiores prejuízos àqueles que atuam no mercado, aos empregados, ao Poder Público etc.

3.5. COMPATIBILIDADE COM A MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE

A EIRELI, devidamente constituída, poderá se enquadrar como microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP), desde que preencha os respectivos pressupostos exigidos pelo art. 3º da Lei Complementar 123/2006. Apesar de inexistir referência expressa no caput do dispositivo, o §6º do art. 980-A do Código Civil é claro ao determinar que “Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas”, que é uma das espécies de sociedades empresárias.

Noutro giro, independentemente da sua receita bruta, a “empresa individual de responsabilidade limitada”, por se tratar de pessoa jurídica, não pode se beneficiar das regras específicas do microempreendedor individual (MEI) a que se refere o art. 68 da Lei Complementar 123/2006, pois esse último dispositivo tem aplicabilidade restrita a pessoas naturais.

3.6. APLICABILIDADE PRÁTICA

A imprensa tem ressaltado que a EIRELI será muito utilizada como alternativa à exploração da empresa sob a roupagem jurídica do empresário individual. Porém, é bom que fique claro que essa não é a única aplicabilidade prática de que se pode cogitar.

O art. 980-A do Código Civil também abre a possibilidade para que determinada pessoa jurídica constitua outra pessoa jurídica sob a forma de EIRELI. Essa conclusão pode ser facilmente obtida mediante a constatação de que o caput do art. 980-A do Código Civil não faz distinção

12. Sociedade Empresária e Capital Social, p. 65.

13. Direito de Empresa, p. 166.

14. Sociedade Empresária e Capital Social, p. 104.

entre pessoa natural e jurídica, ao passo que, mais à frente, no § 2º do mesmo dispositivo, há menção expressa à pessoa natural, confira-se:

Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

[...]

§ 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade.

[...]

Logo, não quis o Legislador restringir a criação da EIRELI apenas à pessoa natural, mas quanto a essa resolveu limitar a possibilidade de criação para apenas uma pessoa jurídica de tal modalidade.

A contrario sensu, como não há restrição semelhante quanto à pessoa jurídica criadora de EIRELI, conclui-se que determinada pessoa jurídica pode instituir quantas EIRELI's desejar, desde que preenchidos os demais requisitos legais para tanto.

Pode-se dizer que a possibilidade de que dada pessoa jurídica constitua, isoladamente, uma nova pessoa jurídica, sob a roupagem de EIRELI, equivale à autorização genérica para a instituição da subsidiária integral. Em outras palavras, a partir da vigência da Lei 12.441/2011, a subsidiária integral também pode ser constituída por qualquer espécie de pessoa jurídica, sendo que antes de tal marco somente as sociedades anônimas eram autorizadas a fazê-lo (arts. 251 e 252 da Lei 6.404/76).

Marlon Tomazette, sobre a sistemática da subsidiária integral, afirma que “trata-se de uma idéia similar à de uma filial, porém, dotada de personalidade jurídica própria e, conseqüentemente, de direitos e obrigações próprios”¹⁵. Assim, a instituição da subsidiária integral é uma faculdade legal que poderá ser adotada quando se vislumbrar a necessidade de melhorar a organização administrativa, seja para fins de planejamento societário, familiar, sucessório ou tributário.

Para a pessoa jurídica que se dedica à execução de diversas atividades, relacionadas com distintos segmentos mercadológicos, por vezes é importante separar ou fracionar tais atividades, imputando-as a outras pessoas jurídicas autônomas, que podem ser subsidiárias integrais caso inexistam sócios¹⁶.

Outrossim, mister destacar que a vedação de que

determinada pessoa natural constitua mais de uma EIRELI, constante do § 2º do art. 980-A do Código Civil, poderá ser facilmente contornada. Com efeito, pois basta que a referida EIRELI, na condição de pessoa jurídica, institua quantas outras pessoas jurídicas da mesma espécie que entender ser conveniente, mas desde que sejam subsidiárias integrais daquela. Nessa hipótese, diga-se de passagem, poderá a primeira EIRELI atuar como holding das demais subsidiárias integrais.

Noutro giro, o § 5º do art. 980-A do Código Civil autoriza a constituição de EIRELI para a prestação de serviços que envolvam a exploração da rentabilidade de direitos autorais (regulados pela Lei 9.610/1998), cedidos ou que sejam do próprio autor-instituidor. Segue o teor do dispositivo em comento:

Art. 980-A. omissis

[...]

§ 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.

Porém, totalmente criticável a autorização específica contida no § 5º do art. 980-A, porque sem sentido prático, haja vista que já existente em termos genéricos no parágrafo único do art. 966, também do Código Civil.

É que o parágrafo único do art. 966 do Código Civil, a princípio, exclui as atividades intelectuais, que podem ser de natureza científica, artística ou literária, do regime do Direito de Empresa. Porém, o mesmo dispositivo autoriza a submissão ao Direito de Empresa quando tais atividades intelectuais forem exercidas como “elemento de empresa”, senão veja-se:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Independentemente da caracterização fática do “elemento de empresa”, é interessante notar que basta a

15. Curso de Direito Empresarial, p. 602.

16. “A intercomunicação marcante entre as sociedades deixa a subsidiária integral em condição análoga à de órgão social da controladora, embora com autonomia subjetiva

(personalidade jurídica própria) e patrimonial (faculdades – inclusive a titularidade de bens – e obrigações próprias)” (Gladston MAMEDE, Direito Empresarial Brasileiro, v. 02, p. 564).

mera declaração de que a atividade intelectual é exercida com esses contornos para sujeitá-la ao regime do Direito de Empresa. Nesse exato sentido, o Enunciado 54 das Jornadas de Direito Civil, organizadas pelo Conselho da Justiça Federal, dispõe que: “É caracterizador do elemento empresa a declaração da atividade-fim, assim como a prática de atos empresariais”.

O mesmo posicionamento é comungado por Gladston Mamede, que aduz bastar a mera declaração do “intuito de empresa”, “intuito de empresário” ou “intenção de empresa” para que seja aceito o registro empresarial na Junta Comercial, independentemente de prova do exercício fático da empresa:

Ao registrar-se na Junta Comercial [...] ele [o empresário] assumiu esse intuito de empresa, confessou essa empresarialidade, deu-lhe conformação jurídica, não sendo lícito a ninguém pretender contestá-la, torná-la coisa controversa (res controversa): uma ação declaratória negatória (ou negativa) de empresarialidade deve ser extinta por impossibilidade jurídica do pedido. [...] Com o registro, ele exteriorizou o intuito empresário, a intenção de empresa: disse do seu horizonte, que é estabelecer, ainda que passo a passo, uma atividade econômica organizada, por mais que ínfima em seu nascedouro¹⁷.

Portanto, quem exerce atividade intelectual, seja de natureza científica, artística ou literária, incluindo atividades relacionadas à exploração econômica de direitos autorais regulados pela Lei 9.610/1998, pode se registrar na Junta Comercial como empresário individual, sociedade empresária ou EIRELI, independentemente da demonstração do que se trata de “elemento de empresa”. A única exceção feita a essa regra é quanto ao exercício da advocacia, em razão da vedação legal extraída de diversos dispositivos da Lei 8.906/1994 (Estatuto de Advocacia da OAB). Assim, afigura-se totalmente inócua a autorização do § 5º do art. 980-A do Código Civil.

Na prática, à exceção do advogado, o profissional liberal que exerce atividade intelectual (de natureza científica, artística ou literária) e que quiser limitar a sua responsabilidade, poderá optar pela afetação patrimonial mediante a criação de pessoa jurídica autônoma, da espécie EIRELI.

3.7. NOME EMPRESARIAL

Assim como no regime jurídico da sociedade limitada (art. 1.158 do Código Civil), o nome empresarial da EIRELI poderá ser uma firma ou uma denominação. Porém, em vez de constar ao final a expressão “limitada” ou sua abreviatura (“Ltda.”), necessário que conste a expressão

“EIRELI”, que é justamente a abreviatura de “empresa individual de responsabilidade limitada”. Nesse sentido, vide o teor do § 1º do art. 980-A do Código Civil:

Art. 980-A. omissis

§ 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão “EIRELI” após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada.

[...]

Destaque-se que andou mal o Legislador ao fazer referência à “denominação social”, haja vista que a EIRELI não é uma sociedade. Melhor teria sido se mencionasse apenas “denominação”.

Pois bem, considerando que o § 6º do art. 980-A do Código Civil determina a aplicação das regras que tratam da sociedade limitada, quando compatíveis, conclui-se que a firma somente poderá ser utilizada quando a EIRELI for instituída por pessoa natural e, nesse caso, deverá ser composta pelo nome de tal pessoa natural (§ 1º do art. 1.158 do Código Civil).

Já a denominação pode ser utilizada tanto pela EIRELI instituída por pessoa natural, quanto por aquela instituída por pessoa jurídica (nominada de subsidiária integral). Deve a denominação designar o objeto da empresa e, excepcionalmente, pode fazer referência ao nome da pessoa que a instituiu (§2º do art. 1.158 do Código Civil). O maior traço característico da denominação, contudo, é a necessária utilização de alguma “expressão de fantasia”, além dos demais elementos acessórios referidos acima (objeto da empresa e expressão “EIRELI”).

Para arrematar, é imperioso alertar que a utilização do nome empresarial da EIRELI, com omissão da expressão “EIRELI” ao final, implica na responsabilidade solidária e ilimitada do seu administrador (§ 3º do art. 1.158 do Código Civil).

3.8. ADMINISTRAÇÃO

A administração da EIRELI pode ser conferida a terceiro indicado pelo instituidor ou a este último mesmo, desde que seja pessoa natural. Assim, não há que se falar em pessoa jurídica administradora (inc. VI do art. 997 c/c caput do art. 1.053 c/c § 6º do art. 980-A, todos do Código Civil).

O administrador deverá ter capacidade para tanto, isto é, deve ter capacidade civil e não ser legalmente impedido de exercer essa função (art. 972 c/c § 1º do art. 1.011 c/c § 6º do art. 980-A, todos do Código Civil).

Sendo assim, afigura-se plenamente admissível que o incapaz, devidamente assistido ou representado, institua EIRELI, com a nomeação de terceiro para exer-

cer a sua administração (§ 3º do art. 974 c/c §6º do art. 980-A do Código Civil).

Destaque-se que o incapaz não pode ser empresário individual, mas só continuar empresa que já era antes exercida, desde que seja autorizado judicialmente (art. 974 do Código Civil). Porém, o incapaz pode constituir EIRELI, pois esta é uma pessoa jurídica que necessita de ter um administrador, podendo ser indicado terceiros para exercer tal função.

3.9. TRANSFORMAÇÃO

A partir da vigência da Lei 12.441/2011, a empresa pode ser exercida por empresário individual, EIRELI ou sociedade empresária. E quem já exerce empresa sob alguma das três estruturas jurídicas retro mencionadas pode, eventualmente, transformar-se em alguma das outras. Por outro lado, também haverá transformação se determinada sociedade altera o tipo societário, independentemente de dissolução ou liquidação.

Nesse sentido, destaque-se que o parágrafo único do art. 1.033 do Código Civil, com nova redação conferida pela Lei 12.441/2011, esclarece que não há que se falar em dissolução de sociedade quando houver concentração de todas as cotas sob a titularidade de uma única pessoa, ainda que por prazo superior a 180 (cento e oitenta) dias, desde que o único titular requeira a transformação da sociedade em empresário individual ou EIRELI, senão veja-se:

*Art. 1.033. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer:
[...]*

*IV - a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias;
[...]*

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV caso o sócio remanescente, inclusive na hipótese de concentração de todas as cotas da sociedade sob sua titularidade, requeira, no Registro Público de Empresas Mercantis, a transformação do registro da sociedade para empresário individual ou para empresa individual de responsabilidade limitada, observado, no que couber, o disposto nos arts. 1.113 a 1.115 deste Código.

Ademais, o § 3º do art. 980-A do Código Civil é bem elucidativo ao dispor que: “A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração”.

Portanto, não resta dúvida quanto às amplas possibilidades de transformação na estrutura dos sujeitos que exercem empresa. Por outro lado, em qualquer hipótese de transformação, desde que preenchidos os requisitos legais para a manifestação da vontade do sujeito, basta

a alteração do registro na Junta Comercial para que produza seus regulares efeitos (arts. 1.113 a 1.114 c/c § 6º do art. 980-A, todos do Código Civil, e arts. 220 e 221 da Lei 6.404/76). Esses efeitos, contudo, não poderão promover modificação ou prejudicar, em qualquer caso, os direitos dos credores pré-existentes (art. 1.115 c/c § 6º do art. 980-A, ambos do Código Civil, e art. 222 da Lei 6.404/1976).

CONCLUSÃO

O regime jurídico da EIRELI, instituído pela Lei 12.441/2011, é passível de algumas críticas. Uma dessas críticas é quanto à instituição de um piso para o capital inicial, que não pode ser inferior a 100 (cem) salários mínimos, haja vista que igual restrição não é imposta às sociedades e, ademais, poderá ser facilmente contornada na prática.

Já quanto às nomenclaturas adotadas, algumas delas não se enquadram bem na dogmática jurídica. Sendo a EIRELI uma nova modalidade de pessoa jurídica, não é justificada a utilização de nomenclaturas exclusivas das sociedades, como “capital social” e “denominação social”. Por outro lado, sendo um sujeito de direito autônomo, com direitos e obrigações próprios, deveria o Legislador ter nominado-a de “empresário individual de responsabilidade limitada” ou “empreendedor individual de responsabilidade limitada” – dessa forma haveria preservação dos princípios básicos da teoria jurídica da empresa adotada pelo Código Civil. Ademais, totalmente inócua a autorização para a constituição de EIRELI para explorar os reflexos econômicos de direitos autorais.

Porém, é preciso reconhecer que, na prática empresarial, a nomenclatura é o que menos importa. Nessa seara, é relevante a diminuição de custos e riscos com o propósito de incentivar o ingresso de mais agentes empresariais no mercado.

É verdade que não há empresa sem risco. Porém, também é verdade que quanto mais a legislação diminuir os riscos de perda patrimonial daqueles que se aventuram a produzir ou circular bens ou serviços para o mercado, mais pessoas serão estimuladas a exercerem empresa.

A afetação patrimonial, com limitação da responsabilidade, é admitida há muito tempo com relação a vários tipos de sociedades, em especial as sociedades limitadas e anônimas. Mas, só com a vigência da Lei 12.441/2011 também passou a ser admitida para aqueles que não querem se juntar a algum sócio. Nesse sentido, a EIRELI vem suprir uma antiga e injustificável lacuna na legislação brasileira.

Como alternativa à sistemática do empresário individual, a Lei 12.441/2011 autorizou a pessoa natural a constituir apenas uma única pessoa jurídica do tipo EIRELI. Entretanto, não restringiu a quantidade de pessoas jurídicas ou subsidiárias integrais que podem ser constituídas por outra pessoa jurídica. É preciso ressaltar que as pessoas jurídicas também podem constituir

EIRELI, situação que corresponde à instituição de subsidiária integral, tal qual já admitido há muito tempo pelos arts. 251 e 252 da Lei 6.404/76.

Por último, espera-se que esse novo instrumento posto à disposição do segmento empresarial seja amplamente utilizado e, com isso, conseqüentemente, mais empresas sejam iniciadas e movimentem a economia brasileira de forma positiva, ajudando no progresso social.

REFERÊNCIAS

- BULGARELLI, Waldírio. *A Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FORGIONI, Paula A. *A Evolução do Direito Comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- GOLÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- HÜBERT, Ivens Henrique. *Sociedade Empresária e Capital Social*. Curitiba: Juruá, 2009.
- MAMEDE, Gladston. Art. 69. In: MAMEDE, Gladston et al. *Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte*. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. *Direito Empresarial Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1.
- _____. *Direito Empresarial Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 2.
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial Esquemático*. São Paulo: Método, 2011.
- TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas, 2008. v. 1.

INCIDÊNCIA DA NORMA JURÍDICA: A QUESTÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA CULTURAL

Isabel Arruda Matheos de Lima

Advogada, Mestre e Doutoranda em Direito pela UFPE; Professora de Direito Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito do Recife.

INTRODUÇÃO

A busca por um modelo que possa assegurar a “correta” interpretação dos fatos jurídicos, o qual permita, de igual maneira, uma “perfeita” aplicação da norma jurídica a esses fatos, parece ter dominado grande espaço do discurso do direito até alguns anos atrás, sendo ainda presente em alguns ambientes jurídicos. Muitos foram os redutores dos juristas neste aspecto que, ao desenvolverem conceitos de certas ferramentas, tais como molduras e outros instrumentos metafóricos, primaram pela sistematização de um modelo pretensamente universal e lógico a respeito deste tema.

A utilização de tais modelos, no entanto, se compara com as vicissitudes humanas, decorrentes de divergência e mudança de interesses e sentimentos a orientar as ações do homem. Assim, da mesma maneira que não é possível antecipar o comportamento humano, por mais conhecidos que sejam os sujeitos, as normas jurídicas não conseguem alcançar previamente todos os elementos que irão constituir o suporte fático da norma. É possível, então, a detecção de características intrínsecas ao evento que, até a fixação da norma, não haviam sido identificados, mas que, pela mutabilidade dos eventos sociais, passaram a ser inevitavelmente estampados nestes e imprescindíveis para a efetuação da decisão jurídica.

Isto implica, necessariamente, numa primeira di-

ficuldade na aplicação das normas jurídicas aos eventos sociais, que seria o de identificar, diante da ocorrência destes, a norma jurídica que mais se aproximaria, por meio das previsões respectivas, do evento que se apresenta na sociedade. Nesse sentido, por exemplo, é de se perguntar se o recebimento de indenizações em valores monetários por um sujeito constituiria uma aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda, que caracteriza o fato gerador do imposto de renda, nos termos do Código Tributário Nacional?

Este primeiro momento de identificação da norma aplicável diante da ocorrência dos fatos sociais, da incidência ou não da norma jurídica ao fato, é deveras complexo, diante da dificuldade que reside na impossibilidade de criação de uma previsão capaz de antecipar, nas normas jurídicas, todos os elementos constitutivos dos fatos que ainda irão acontecer. Tal dificuldade permanece ainda em todo o processo de interpretação dos elementos normativos e factuais, não apenas assim na identificação da norma cabível, mas também no entendimento dos efeitos decorrentes desta subsunção¹.

Nesse sentido, então, não obstante a existência da norma tributária que prevê a ocorrência do fato gerador do imposto de renda, sempre que houver aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica desta, entendeu o STJ que o recebimento de dinheiro pela indenização por danos morais não consiste em suporte fático que enseje a incidência da norma em comento. O argumento da Fazenda Nacional, que acusava nesse caso uma interpretação contrária à previsão legal instituidora do imposto de renda, além de referir-se à inexistência de hipótese isentiva que abrangesse o caso em comento, foi superado pelo entendimento agora jurisprudencial de que a indenização consiste numa recomposição do patrimônio do contribuinte.

Assim, apesar da expressa previsão legal de que a aquisição de disponibilidade de renda pelos sujeitos, seja ela econômica, seja ela jurídica, consiste no fato gerador da incidência do imposto de renda, sem nenhuma ressalva a exceções quanto à natureza dessa disponibilidade,

1. A respeito dessas dificuldades, procedeu o Prof. João Maurício Adeodato à classificação dos abismos gnoseológico e axiológico. O primeiro advém de “incompatibilidades recíprocas entre : a) evento real; b) idéia (ou ‘conceito’, ‘pensamento’); e c) expressão linguística (ou ‘simbólica’);”, o segundo decorre “da individualidade

humana e de sua criatividade reativa e ativa diante do ambiente, das enormes diferenças entre as pessoas, que são entes reais e cujas atitudes constituem eventos reais”. (ADEODATO, 2002, p. 288-293).

foi possível a realização de uma interpretação afastando o alcance dessa norma sob o argumento de que a aquisição de disponibilidade de renda que repõe o patrimônio do lesado, ao invés de aumentá-lo, não representa suporte fático para incidência do imposto de renda.

Especificamente nesse caso, entendeu o referido tribunal que a aquisição de renda pelo sujeito não serviria para aumentar-lhe o patrimônio, mas apenas para recompor este por meio de indenização, recompensando os danos sofridos pelo particular por ação do Estado do Rio Grande do Sul². O STJ identificou, portanto, uma diferenciação entre tantas as disponibilidades de renda possíveis que nem a própria lei prevê e, ao fazê-lo, retirou a disponibilidade de renda advinda de indenizações do campo de incidência do imposto de renda.

É de ser observado, nesse cenário, que a norma tributária em comento, o art. 43 do Código Tributário Nacional³, existia e era aplicada da mesma forma sobre todas as aquisições de renda, inclusive as indenizatórias, há quase cinquenta anos. Em todo este tempo, nunca houve mudanças no texto do caput do referido artigo, de maneira que, sobre todas as aquisições de renda, sem distinção, deveria incidir o imposto de renda. A única mudança ocorrida no texto consistiu, inclusive, na adição de dois parágrafos, um dos quais expressamente aduz que “a incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento (...)”, o que contribuía com a interpretação defendida pela Fazenda Nacional. Mesmo assim, o STJ adotou o entendimento que, nesta perspectiva, chega a ser contrário, para afastar da incidência do imposto de rendas as aquisições indenizatórias percebidas pelos sujeitos.

Diante disso, o que dizer de todos os contribuintes que, ao longo de tantas décadas, pagaram imposto de renda sobre as indenizações? Também eles não estavam apenas recompondo seu patrimônio diante de danos? Será que este entendimento, que afastava as rendas indenizatórias, estava sempre obscuro na norma do imposto de renda, aguardando a revelação dos juristas? Como fica o papel do legislador ao descrever um fato na norma e do intérprete ao observá-lo pela perspectiva desta? O que torna possível uma variação de interpretação ao longo dos anos, mesmo com a norma intacta?

Pelo exemplo acima referido é possível perceber que mesmo as normas e os entendimentos supostamente sedimentados podem variar, apesar de nenhuma alteração no texto legal. Diante desta constatação, serão analisadas nas próximas linhas algumas contribuições doutri-

nárias acerca deste evento, aparentemente simples, que é a incidência de uma norma sobre um fato, mas que guarda em si diversas implicações. Para a realização de tal análise será proposto ao fim um estudo a respeito da imunidade tributária cultural.

1. O FATO, A NORMA E O QUE FAZ INCIDI-LA

Que lastro detêm certos fatos a ponto de se tornarem jurídicos? O que pode ser relevante para diferenciar um fato de outro e assim excluí-lo ou incluí-lo no âmbito de incidência da norma? No exemplo acima citado, o recebimento de indenizações passou, de um momento para outro, após várias décadas da mesma maneira, a não mais consistir no fato gerador do imposto de renda. É importante endossar que o caso acima referido sequer constitui, por expressa determinação jurisprudencial, uma hipótese de isenção tributária. A decisão determina que o recebimento de dinheiro decorrente de indenizações, diferente dos outros recebimentos monetários, não é suporte fático para a verificação da incidência da norma do imposto de renda, conforma argumentação acima exposta.

Há, portanto, um universo de eventos sociais constituídos pelo recebimento de renda por um sujeito, sobre os quais a norma tributária vigente no Brasil determina o nascimento de uma relação obrigacional. A partir deste momento o sujeito que recebe a renda passa a ser denominado sujeito passivo e o ente competente para a instituição do referido tributo, no caso, a União, passa a ser conhecido como sujeito ativo. Este tem o dever de exigir daquele, desde que verificado o lançamento, o cumprimento de uma prestação pecuniária.

Apesar de não haver qualquer diferenciação na norma que determina esta obrigação, a jurisprudência excluiu da hipótese de incidência do tributo em comento o recebimento de indenizações, o que torna evidente o problema do reconhecimento do suporte fático da norma pelos que a esta se dedicam. Dentre as possíveis razões por esta mudança jurisprudencial poderia ser citado, a título exemplificativo, o crescimento do número de demandas indenizatórias no Brasil desde o final da década de 90, como resultado do Código do Consumidor, bem como da doutrina que se especializou neste tema, aprofundando-se em temas correlatos como o da recompensa no dano moral e que passou a refletir na jurisprudência até então existente, inclusive tributária.

Assim, se um fato não configura mais a previsão

2. REsp 963387/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 08/10/2008, DJe 05/03/2009, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3788644&sReg=200701463865&sData=20090305&sTipo=51&formato=PDF> Acesso em: mai. 2011.

3. “Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da

combinação de ambos; II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior. § 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. § 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo.”

normativa existente, seja por mudança na lei, seja por mudança na interpretação desta, a consequência será a inaplicabilidade deste para produção de efeitos jurídicos, tais como a criação de uma obrigação tributária. Esta observação é bastante antiga e chegou a ser ponderada pelos romanos. TORQUATO CASTRO narra que, além do significado relativo ao próprio conteúdo de uma controvérsia, os romanos atribuíam à expressão *causa* ou *titulus* o sentido de “fonte de uma obrigação ou título de um direito real” (CASTRO, 1985, p. 115-116). Nesse sentido, *causa*:

É a presença de uma matéria, ou res, não só fechada, como juridicamente qualificada, já que nela se comporta a ordem de fatos que, quando afinal separados e valorados, constituir-se-ão em causa-fonte jurídica daquilo que, no mérito, será definido pela sentença (CASTRO, 1985, p. 122-123).

Os efeitos jurídicos são assim produzidos a partir da verificação no mundo fático de certos eventos que estão previamente contidos em normas jurídicas. Para o referido autor: “todo fato jurídico é constitutivo, isto é, tem a aptidão nata de constituir efeitos previstos” (CASTRO, 1985, p. 122-123). A idéia de que a norma jurídica, de alguma forma, produz os fatos jurídicos, ou seja, os fatos que interessam ao direito, é recorrentemente relatada pela doutrina, inclusive por meio de metáforas. Por isso, são encontradas muitas construções teóricas que têm como objeto o tema da incidência normativa. No entanto, a limitação concernente à comprovação empírica deste objeto reduz a possibilidade de concordância doutrinária, inclusive sobre os pontos de partida que iniciam a análise da questão.

PONTES DE MIRANDA, por exemplo, parte da premissa de que haveria lógica no sistema jurídico. Para este autor, “a regra jurídica é norma com que o homem, ao querer subordinar os fatos a certa ordem e a certa previsibilidade, procurou distribuir os bens da vida (...). O que é por ela previsto e sobre o qual ela incide é o suporte fático.” (MIRANDA, 1954, p. 3). A determinação de conceitos tais como suporte fático e incidência da norma seriam fundamentais para dotar o direito de cientificidade.

Nesse sentido, fatos seriam acontecimentos que podem sempre ser observados no mundo. Porém, estes últimos poderiam ou não ser interessantes ao direito. Caso assim o fossem, e isto por expressa determinação da regra jurídica, passariam a integrar o mundo que o autor denominou de “mundo jurídico”. Isto apenas seria possível mediante a incidência de regras jurídicas sobre esses fatos. O autor descreve tal evento da seguinte maneira:

Para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas – isto é, normas abstratas – incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os “jurídicos”. Algo como a prancha da máquina de impressão, incidindo sobre fatos que se passam pelo mundo, posto que aí os classifique segundo discriminações conceptuais. (...) À lei é essencial colorir fatos, tornando-os fatos do mundo jurídico

e determinando-lhes os efeitos” (MIRANDA, 1954, p. 6).

É possível afirmar, assim, que o fato jurídico, noção fundamental do direito nesta concepção, constituir-se-ia simultaneamente à verificação, no mundo dos fatos, de um acontecimento anteriormente previsto, sobre o qual uma norma jurídica incidiu. Não haveria lapso temporal entre a verificação do fato no mundo fático e a caracterização deste como jurídico no mundo jurídico, nem a incidência da norma que torna isso possível dependeria da atuação de nenhum sujeito.

A utilização, pelo próprio PONTES, da idéia de que a norma jurídica “colore” o fato, tornando-o jurídico, traz a idéia de que este fenômeno seria autônomo e que a participação dos homens para que possa ocorrer a entrada dos fatos no mundo jurídico se limita à previsão desses fatos no suporte fático de uma norma jurídica. Nada mais seria necessário para tanto, e os fatos passariam assim a ser jurídicos, sendo comum a descrição da incidência normativa na teoria deste autor como um raio que, sozinho, cai sobre a terra. Assim:

*Um dos conceitos fundamentais da teoria geral do direito é o de incidência. A regra incide sobre o dado-de-fato. Esse dado-de-fato é o suporte fático. A incidência nem sempre toma-o em sua complexidade compositiva. Recorta-o, simplificando. O suporte fático que entra no campo de incidência é o fato jurídico (o *fattispecie*, o *Tatbestand*, o *state of affairs*). Nem sempre é precisa a distinção entre os dois conceitos, ou são relativos: o que era já fato jurídico ingressa como suporte fático de outra regra, para compor novo fato jurídico.* (VILANOVA, 2003, p. 407).

Isso permite concluir que a ausência dos elementos que constituem o suporte fático de uma norma num determinado fato do mundo retira a entrada deste fato do mundo jurídico, independentemente da ação humana. Há a incidência da norma, mas apenas para impedir que o fato seja colorido. Nesse sentido, afirmou o autor ora comentado que: “se a regra jurídica diz que o suporte fático não é suficiente, ou que algo aconteceu que o desfalcou, tal regra jurídica pré-juridicizante não torna jurídico o suporte factico: incide sobre ele para lhe vedar entrar no mundo jurídico” (MIRANDA, 1954, p. 28).

Maneira diversa de descrever a incidência da norma ao fato é a proposta por PAULO DE BARROS CARVALHO. Os fatos não seriam os acontecimentos verificáveis no mundo, mas sim “enunciados linguísticos sobre as coisas e os acontecimentos, sobre as pessoas e suas manifestações” (CARVALHO, 2010, p. 139), apontando uma distinção entre fato e evento. Tais enunciados determinariam, portanto, o modo como se deu determinada ocorrência.

Para o tributarista, seria necessária a constituição desse fato por meio da linguagem jurídica, caso contrário, não há que se falar em fato jurídico correspondente. Afirmou, nesse sentido, que:

(...) o direito posto não se satisfaz com a linguagem ordinária que utilizamos em nossas comunicações corriqueiras: exige uma forma especial, fazendo adicionar declarações perante autoridades determinadas, requerendo a presença de testemunhas e outros requisitos mais. Justamente o que sucede no caso do nascimento. A linguagem do direito não aceita as comunicações que os pais fazem aos vizinhos, amigos e parentes. Impõe, para que o fato se dê por ocorrido juridicamente, um procedimento específico (CARVALHO, 2010, p. 144).

Ao contrário do que defendeu PONTES DE MIRANDA, então, PAULO DE BARROS CARVALHO advoga que os fatos jurídicos não seriam constituídos automaticamente pela incidência de uma norma jurídica sobre um acontecimento do mundo dos fatos, previamente determinado. Para ele seria necessária a participação do homem, por meio da utilização da linguagem jurídica, reconhecendo o citado acontecimento como tal. Caso contrário, o fato, ou a descrição desse acontecimento, não seria jurídico. Esta interpretação da incidência normativa defendida pelo autor resta facilitada, inclusive, quando se observa que, no direito tributário, a constituição do crédito apenas se dá com o lançamento que reconhece a ocorrência do fato gerador.

No entanto, é preciso levar em consideração algumas questões diante das teorias acima apontadas, principalmente ao se observar o exemplo que iniciou este artigo, sem retirar a grandeza que representam para a doutrina jurídica. Deve-se ter cautela, assim, ao defender que há suficiência das normas jurídicas para colorir os fatos que ocorrem no mundo e a conseqüente entrada desses no mundo jurídico. O suporte fático contido na norma que determina a hipótese de incidência do imposto de renda, por exemplo, foi alterado depois de quase cinquenta anos, sem qualquer mudança normativa que prevísse tal alteração, afastando, assim, as rendas advindas de indenizações, sobre as quais chegou a incidir. Como se pode imaginar que isto aconteceu sem a participação do homem?

Da mesma forma, como afirmar que apenas seriam jurídicos os fatos reconhecidos pela linguagem jurídica, como no caso trazido pelo segundo autor analisado, sobre o registro civil do recém-nascido? O que dizer das crianças que passam anos, ou mesmo a vida inteira, sem registro no Brasil? Por esta perspectiva, não poderiam ser titulares de direitos perante o Estado, já que este não utilizou a linguagem jurídica, reconhecendo o nascimento delas. Será que pode ser mesmo afirmado que o direito apenas existe quando é formalmente reconhecido pela autoridade competente? E se esta premissa for considerada verdadeira, como ter a certeza de que seria atingida a segurança jurídica, diante dos plausíveis erros administrativos?

Já observando problemas desta natureza que surgem nesta e noutras discussões jurídico-doutrinárias, partiu ALF ROSS para uma outra focalização da questão. Para ele não se trata de definir que fatores determinam ou não a incidência de uma norma sobre um fato jurídico.

Para provar este ponto de vista, o autor narra ironicamente o conceito de "tu-tu", utilizado pelos membros de uma tribo fictícia, ao qual estariam submetidos aqueles que cometessem uma infração. Assim, diante da ocorrência de um fato considerado como infração para aquele grupo, se instalaria sobre o infrator um estado denominado de "tu-tu", cuja conseqüência seria a necessidade de que o sujeito infrator se submetesse a uma cerimônia especial de purificação (ROSS, 1976, p. 8).

O autor tenta demonstrar o caráter acessório ou até mesmo dispensável da utilização de certos termos, como seria "tu-tu", para atribuir implicações jurídicas a fatos verificados na sociedade. Para ele, bastaria que fosse afirmado que, diante da ocorrência de certos eventos, tais seriam as conseqüências a serem enfrentadas. Não haveria sentido em discutir determinados termos jurídicos, como "crédito", já que a submissão do sujeito à uma situação de obrigação já seria capaz de atribuir a este dever de realizar o pagamento. Mais que isso, a utilização deste e de outros termos seria apenas uma tentativa evitar o enfrentamento de certas questões jurídicas, e das razões que as podem determinar, por meio do uso de palavras que, no fundo, não teriam qualquer significado.

Este posicionamento fortalece a idéia de que os diversos jogos de linguagem possíveis de serem manejados sobre os conceitos contidos num texto normativo podem permitir várias interpretações sobre a incidência ou não da mesma norma jurídica sobre os fatos. As construções argumentativas a serem feitas pelos juristas sobre os termos que compõem estas normas desamarram as atas que são supostamente postas pelo Direito. Quanto a isso, propõe-se aqui a observação da questão da imunidade tributária cultural, prevista da Constituição de 1988.

2. INCIDÊNCIA DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA CULTURAL

Será aqui proposta a análise da imunidade tributária cultural, diante de todas as premissas teóricas acima colocadas. As imunidades tributárias, juntamente com os princípios constitucionais relativos ao direito tributário, constituem as chamadas limitações ao poder de tributar. Com o objetivo de resguardar certos valores, o próprio Estado restringe o alcance das normas que instituem os tributos, afastando certas pessoas ou certos objetos da incidência destes.

Com isso, pode ser afirmado que a competência tributária é determinada não apenas de maneira positiva, com a especificação constitucional das atribuições de cada ente da federação, mas também de maneira negativa, com a restrição do poder de tributar em determinados casos. Nesse sentido, "o conteúdo normativo do poder de tributar é resultado de uma metafórica 'subtração' do âmbito material das regras de competência pelas regras de imunidade" (ÁVILA, 2008, p. 81).

Esta limitação representada pelas imunidades

tributárias não consiste em concessões feitas convenientemente pelos entes tributantes a certas situações identificadas por eles, como, por exemplo, uma específica situação econômica empresarial ou uma condição de saúde do contribuinte que é pessoa física. Nesse caso, cada ente tributante, seja este um Município, um Estado, a União ou o Distrito Federal, ao exercer o respectivo poder de tributar, pode abrir mão de certos recolhimentos que normalmente seriam feitos, se não fossem as isenções concedidas.

Portanto, diferentemente da isenção, que é uma forma de exclusão do crédito tributário que pode ser prevista em lei pelo ente competente – o qual tem, por isso mesmo, a faculdade de concedê-la ou não – a imunidade representa uma limitação ao próprio poder de tributar. Isto significa dizer que o legislador não poderá estender às normas tributárias que institui o alcance dos respectivos tributos aos sujeitos ou objetos constitucionalmente previstos nas normas imunizantes. Trata-se, portanto, de uma “regra negativa de competência” (BORGES, 1969, p. 209), dotada de um conteúdo axiológico⁴.

Por tais razões, a imunidade tributária é definida pela doutrina pátria como: “a qualidade da situação que não pode ser atingida pelo tributo, em razão de norma constitucional que, à vista de alguma especificidade pessoal ou material dessa situação, deixou-a fora do campo sobre que é autorizada a instituição do tributo” (AMARO, 2005, p. 151). Tais situações são então expressamente retiradas do campo de incidência da norma tributária que institui um determinado tributo. Assim, como não são suportes fáticos desta norma, estes fatos não se tornam jurídicos. Nesse sentido:

O importante é notar que a regra de imunidade estabelece exceção. A Constituição define o âmbito do tributo, vale dizer, o campo dentro do qual pode o legislador definir a hipótese de incidência da regra de tributação. A regra de imunidade retira desse âmbito uma parcela, que torna imune (MACHADO, 2009, p. 284.).

No art. 150, VI⁵, da Constituição Federal, estão previstas as hipóteses de imunidade tributária. Pela ordem de inclusão no texto constitucional, estão assim imunes a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, em relação ao patrimônio, a renda e os serviços, uns dos outros, os templos de qualquer culto, os partidos políticos, as entidades sindicais e as instituições de educação e de as-

sistência social sem fins lucrativos, em relação aos respectivos patrimônios, rendas ou serviços, bem como os livros, jornais, periódicos e o papel destinado a impressão destes.

A primeira imunidade é conhecida como imunidade recíproca. Por meio dela, fica estabelecida a impossibilidade de que os entes da federação tributem, uns aos outros, em relação ao patrimônio, à renda e aos serviços respectivamente por eles prestados. Dessa maneira, por exemplo, a sede do governo de um determinado Estado não sofrerá a incidência do IPTU. Pode-se dizer, com isso, que esta primeira imunidade constitucional é subjetiva, pois está ligada a características próprias de sujeitos determinados, e não aos objetos sobre os quais incide a tributação.

Assim, nesse exemplo, a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel localizado na zona urbana do Município, que é a hipótese de incidência do IPTU, é detida por outro ente da federação, o Estado. Nesse caso, sequer chega a ser concretizado o fato gerador, diante de expresso impedimento constitucional – a imunidade recíproca. É importante destacar que o §2º do artigo acima referido⁶ estende tal imunidade a autarquias e fundações públicas.

A segunda imunidade trazida no texto constitucional refere-se aos templos de qualquer culto. Nesse caso, a imunidade é objetiva, já que se refere expressamente ao objeto tributável. É importante anotar, no entanto, que o conceito de templo não se refere apenas às construções físicas das entidades religiosas, mas também à própria entidade em si. Desta maneira, não apenas o patrimônio está imune à incidência dos tributos, mas também a renda e os serviços que são realizados pela entidade religiosa que o detém. A respeito disso:

Este valor – o da liberdade de crença – é um dos mais caros à sociedade brasileira. Naturalmente, não poderia passar indiferente aos Constituintes, agora os de 1988, que invocando, no preâmbulo da nossa Carta Constitucional, a proteção de Deus, além de terem desse valor cuidado meticulosamente no título que se refere aos direitos e garantias fundamentais, não titubearam em conferir imunidade tributária quantos aos impostos sobre templos de qualquer culto, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com as suas finalidades essenciais (PESTANA, 2001, p. 83-84).

A terceira imunidade trazida na Constituição Federal está relacionada aos seguintes sujeitos: partidos po-

4. No mesmo sentido, o princípio da imunidade tributária seria “o feixe de valores jurídicos, depositados na Constituição Federal, que permitem construir normas jurídicas que revelam a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para instituir tributos nas situações especificadas no Texto Constitucional” (PESTANA, 2001, p. 62).

5. “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI - instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros; b) templos de

qualquer culto; c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.”

6. “Art. 150. (...) § 2º - A vedação do inciso VI, “a”, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.”

líticos, entidades sindicais dos trabalhadores, instituições de educação e de assistência social. Nesse caso, no entanto, não basta a existência dessas pessoas como tal para que gozem de imunidade tributária, necessário se faz também que atendam aos requisitos legais. O Código Tributário Nacional⁷ prevê alguns desses requisitos, dentre os quais, o cumprimento de obrigações tributárias acessórias pela entidade, para que o fisco possa realizar fiscalizações. A inobservância desses preceitos enseja a suspensão da imunidade.

Não obstante a constatação de que muitos são ainda os temas a serem debatidos acerca de todas estas imunidades até aqui identificadas, constitui objeto do presente trabalho verificar, mais aproximadamente, a chamada imunidade cultural, a fim de analisar a interpretação do Supremo Tribunal Federal em relação à incidência da respectiva norma imunizante. Com este objetivo foram traçadas as próximas linhas.

A inserção da imunidade tributária cultural no ordenamento jurídico brasileiro deu-se na Constituição de 1946 e era relativa apenas ao papel destinado à impressão de jornais, periódicos e livros. A Constituição de 1967 incluiu na imunidade os próprios livros, jornais e periódicos. Tal previsão foi mantida no texto constitucional de 1969 (COSTA, 2006, p. 186). A Constituição Federal de 1988, por seu turno, determina a vedação à instituição de impostos sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

Diferentemente da imunidade dos sujeitos logo acima referida, a imunidade cultural não precisa de regulamentação legal, tendo eficácia plena. Se, por um lado, esta ausência de referência à regulamentação por lei traz uma maior plenitude ao valor que se pretendeu resguardar, por outro, enseja diversos problemas no momento da interpretação do respectivo dispositivo imunizante, principalmente no que diz respeito ao suporte fático sobre o qual este deve ou não incidir.

A questão é saber que fatos estão aptos a constituir o suporte fático para incidência da norma de imunização cultural, e que fatos são insuficientes para tanto? Conforme assinalado, a doutrina é assente ao reconhecer que a instituição de imunidades tem como objetivo preservar certos valores na constituição, por meio da liberação de certas atividades à imposição de tributos. Nesse sentido, "(...) a causa justificativa da imunidade é facilitar, por meio da exclusão da encargos tributários, a consecução de finalidades que devem ser atingidas pelo próprio Estado" (ÁVILA, 2008, p. 218).

Assim, alguns direitos, como, por exemplo, o direito da propriedade, é resguardado principalmente pelo

direito de polícia que detém a Administração Pública. Outros direitos, como o do acesso dos cidadãos à cultura, também são assegurados das mais diversas maneiras. O acesso à cultura pode ser concretizado pelo Poder Público, desta feita, por meio de incentivos a escolas e bibliotecas públicas, realização de projetos artísticos, premiações, publicações populares, apoio financeiro a exposições, mostras e espetáculos, dentre tantos outros possíveis. Uma outra maneira de incentivar o acesso à cultura foi pretendida por meio do estabelecimento da imunidade dos impostos sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à impressão destes.

É possível notar que a instituição da imunidade cultural tem como objetivo a redução dos custos na produção destas formas de reprodução de cultura, a fim de incentivar a propagação destas. Assim, ao serem retirados os custos relativos aos tributos que poderiam incidir sobre o valor do custo de produção dos livros e equivalentes, resta configurado um exemplo de incentivo público ao fomento desta atividade. Em consideração a isto:

Destaque-se, especialmente, o teor dos arts. 206, I – segundo o qual o ensino será ministrado com base, dentre outros, no princípio da “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber” –, e 220, caput, da Constituição, que estatui que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição”, observado o disposto na própria Lei Maior (COSTA, 2006, p. 186).

Saltam aos olhos muitos questionamentos a respeito desta imunidade. Poder-se-ia discutir se, de fato, tal incentivo no Brasil é repassado aos consumidores por meio de uma redução dos custos dos livros, jornais e periódicos, que seja efetivamente capaz de incentivar a aquisição destes. Ademais, a concessão deste tipo de benefício de exoneração acaba, ainda que indiretamente, sendo repassado como carga tributária a ser suportada por outros contribuintes, devendo, por isso mesmo, ser seriamente ponderado se o incentivo cultural almejado por meio da instituição da imunidade é realmente alcançado, compensando a renúncia desta receita pelo Poder Público, ou se outras formas de incentivo seriam mais eficientes.

A par destas e de outras questões, igualmente relevantes, será aqui focada a questão da determinação da incidência das normas que prevêm estas imunidades e os fatos que podem ser por estas abrangidos. A respeito

7. “Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas: I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; II – aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais; III – manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão. § 1º Na falta de

cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício. § 2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.”

disso, a doutrina adverte ao fato de que: “a imunidade do livro, jornal ou periódico, e do papel destinado a sua impressão, há de ser entendida em seu sentido finalístico” (MACHADO, 2009, p. 290).

Não obstante o entendimento de que a interpretação do dispositivo imunizante deve ser finalística, ou seja, que esta deve, caso a caso, concretizar o objetivo constitucional de difusão da cultura, algumas decisões do STF evidenciam a inexistência de uma uniformidade jurisprudencial, quando o tema é o incentivo a esta difusão por meio da imunidade tributária. Não existe um norte capaz de tornar claros os métodos de obtenção desta pela imunidade, pois ora a interpretação deste preceito constitucional é feita amplamente, ora restritivamente.

É possível que esta questão resida na dificuldade da definição do que seja “cultura”, especificamente para a determinação de imunidades tributárias, ou até mesmo daquilo que possa incentivar a difusão desta. Este é um conceito importante que não se encontra na norma constitucional. Ademais, a imunidade tributária cultural tem aplicação imediata, não necessitando de regulamentação por lei, o que deixa uma certa indefinição deste conceito para fins de incidência da norma imunizante.

Cultura pode ser definida como a transmissão, de uma geração para a próxima, por meio de ensino e imitação, do conhecimento, dos valores e de outros fatores que influenciam o comportamento (BOYD / RICHERSON, 1985). Nesse sentido, também: “o modo de ver o mundo, as apreciações de ordem moral e valorativa, os diferentes comportamentos sociais e mesmo as posturas corporais são assim produtos de uma herança cultural, ou seja, o resultado de uma operação de uma determinada cultura” (LARAIA, 2009, p. 68).

O próprio conceito do que vem a ser cultura, portanto, traz em seu bojo a idéia de transmissão, ou seja, a possibilidade de difusão de informações valorativas entre os seres humanos. A respeito disso:

Esse processo de relacionamento de indivíduos, pelo qual se transmitem significados, é comunicação. É um processo fundamental e vital. Fundamental na medida em que toda a sociedade humana se baseia na capacidade do homem de transmitir suas intenções, desejos, sentimentos, conhecimentos e vivências de um a outro. Vital, na medida em que a habilidade de comunicar-se aumenta as chances de sobrevivência do indivíduo. O mecanismo de comunicação abrange não somente os órgãos somáticos humanos, mas todos os sistemas mecânicos de transmissão verbal, escrita, mímica, sonora, etc. É graças a todos esses processos de comunicação social que os homens compartilham das experiências dos demais homens, tornando possível o progresso e a vida humana (...). (PERUZZOLO, 1972, p. 34-35).

Muitas são as formas de se transmitir a cultura, portanto. A Constituição Federal elegeu a forma escrita de divulgação de cultura para fins de estabelecimento de con-

cessão de imunidades, ao expressamente determinar que livros, jornais, periódicos e o papel destinado à impressão destes são imunes. No entanto, apesar de não estar expressamente previsto no texto constitucional, o STF estendeu a imunidade tributária também para as apostilas:

IMUNIDADE - IMPOSTOS - LIVROS, JORNAIS, PERIÓDICOS E PAPEL DESTINADO À IMPRESSÃO - APOSTILAS. O preceito da alínea “d” do inciso VI do artigo 150 da Carta da República alcança as chamadas apostilas, veículo de transmissão de cultura simplificado. (RE 183403, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 07/11/2000, DJ 04-05-2001 PP-00035 EMENT VOL-02029-04 PP-00856).

Isto porque, nesse caso, houve o reconhecimento de que a apostila, apesar de não estar expressamente prevista no texto constitucional, também consiste num meio de transmissão de cultura, devendo, nesse caso, incidir a norma tributária imunizante, para afastar os tributos deste suporte fático. Também nesse mesmo sentido, com uma interpretação ampla do conceito de divulgação de cultura pelo meio impresso, o STF entendeu que não poderia determinar a existência ou não do valor cultural de uma obra, estendendo à imunidade tributária também para os álbuns de figurinhas e às próprias figurinhas:

EMENTA Álbum de figurinha. Imunidade tributária. art. 150, VI, “d”, da Constituição Federal. Precedentes da Suprema Corte. 1. Os álbuns de figurinhas e os respectivos cromos adesivos estão alcançados pela imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, “d”, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário desprovido. (RE 179893, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 15/04/2008, DJe-097 DIVULG 29-05-2008 PUBLIC 30-05-2008 EMENT VOL-02321-02 PP-00256 RTJ VOL-00206-01 PP-00392 LEXSTF v. 30, n. 359, 2008, p. 205-209).

Mais uma vez, assim como as apostilas, apesar de não estarem previstas no texto constitucional, também os álbuns de figurinhas e as respectivas figurinhas foram consideradas imunes pela jurisprudência pátria. O STF, no entanto, ao julgar a extensão da imunidade tributária a outros insumos que constituem o livro, além do papel, realizou sobre a mesma norma uma interpretação mais restrita do conceito de divulgação de cultura e excluiu da incidência da norma imunizante os outros materiais, como a tinta para a impressão e a cola:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. CREDITAMENTO. INSUMOS UTILIZADOS NA CONFECÇÃO DE JORNAIS, LIVROS E PERIÓDICOS. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Em se tratando de insumos destinados à impressão de livros, jornais e periódicos, a imunidade tributária abrange, exclusivamente, materiais

assimiláveis ao papel. 2. Impossibilidade do reexame de provas: incidência da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. (RE 372645 AgR, Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 20/10/2009, DJe-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009 EMENT VOL-02382-03 PP-00461 LEXSTF v. 31, n. 372, 2009, p. 187-191).

O argumento foi a ausência de previsão constitucional destes outros insumos no art. 150, VI, d), levando o tema, dessa vez, à uma interpretação estritamente legalista da norma, ao contrário do que aconteceu com as apostilas e os álbuns de figurinhas. Nesse caso, o critério finalístico da diminuição dos custos do livro foi deixado de lado e se ateve às palavras contidas na Constituição Federal.

Com isso, é de ser indagado: se o viés finalístico da transmissão da cultura fosse priorizado nesse caso, assim como aconteceu quanto às apostilas e ao álbum de figurinhas, como é possível distinguir o papel da cola ou da tinta, se todos estes são insumos que constituem o livro? A imunidade, tanto de um, como dos outros insumos, é capaz de diminuir os custos do livro no Brasil, já que constituem custos de produção destes. A insistência, apenas nesse caso, numa interpretação meramente formal das leis pode-se tornar problemática diante do avanço tecnológico dos métodos de difusão de cultura. Como é sabido, há atualmente outras maneiras de ler um livro que ultrapassam a impressão de palavras num papel. Nesse sentido:

Não se pode esquecer que estamos diante de um novo paradigma, de um outro modo de comunicação de idéias, que exige reformulação das velhas figuras constitucionais e legais que surgiram para a proteção de relações jurídicas formadas em um ambiente cultural diverso. Procura-se juridicizar uma revolução tecnológica que está no seu início e da qual não se pode imaginar o completo desenvolvimento (TORRES, 1998, p. 184-185).

A observação destas jurisprudências demonstra que diferentes argumentos se mostraram como possíveis na determinação da incidência ou não de uma mesma norma sobre fatos que foram levados ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal e, como resultado, surgiram decisões antagônicas, umas para ampliar o entendimento da norma, incluindo fatos não previstos nesta, outras afastaram fatos desta incidência normativa.

Com isso, é de se perguntar o que tem definido a solução para determinar os fatos sobre os quais uma norma deve incidir. Apesar de ser a finalidade da imunidade tributária cultural, a norma constitucional que instituiu tal benesse não definiu como deveria se dar esta propagação de cultura pelo meio escrito. As soluções foram construídas a partir da ocorrência dos fatos, e não previamente, por meio das normas.

3. CONCLUSÃO

O que para a maioria dos cidadãos deve ser assegurado: certo padrão de segurança jurídica nas relações humanas, não é conseguido, assim, por meio da simples determinação de palavras no texto de uma lei, ou mesmo da Constituição Federal. A interpretação das palavras muda, mesmo que a lei não mude, como foi aqui inicialmente demonstrado no caso da não incidência tributária sobre as rendas indenizatórias. Fatos sociais que outrora eram jurídicos, por meio da mudança jurisprudencial deixam de sê-lo. De igual sorte, a mesma palavra ou expressão pode ser manipulada pelo homem de maneiras antagônicas, ora para conceder, ora para denegar um benefício advindo de uma imunidade tributária, em concordância com o caso estudado linhas acima.

De certo que alguns podem até displicentemente pensar que o melhor seria conferir aos fatos jurídicos um alto grau, até mesmo total, de previsibilidade. Ou mesmo achar que as normas conteriam em si um sentido que, ainda que obscuro, apenas precisaria ser desvendado pelo jurista, sendo este então o seu trabalho. Ocorre que as próprias relações humanas não são estáveis, pois estão, conforme afirmado no início deste trabalho, atreladas às vicissitudes humanas, decorrentes de divergência e mudança de interesses e sentimentos que orientam as ações do homem. Dessa forma, sempre que o instinto humano pender pela total previsibilidade normativa das ações humanas e dos respectivos efeitos jurídicos, é de se imaginar um mundo sem surpresas ou novidades, bem como lembrar que isso seria ao mesmo tempo monótono e inalcançável.

Felizmente ou não, a segurança buscada pelo ser humano não está sempre no texto da lei, muito menos nas decisões daqueles que a interpretam. Não se pode amarar por lei, seja pelo pretexto do “correto”, por exemplo, ou seja pelo argumento do poder, diferenças de interesses que podem sim existir e influenciar a interpretação de uma norma, bem como a extensão dessa aos fatos sociais. Talvez isso fosse mais fácil do que lidar diuturnamente com diferentes valores e princípios, mas não é viável.

Isto porque não apenas as normas determinam as ações dos homens, mas outras inúmeras razões, dentre as quais a compaixão, o preconceito, a solidariedade, o costume familiar, a vingança, a riqueza material, apenas para citar alguns incentivos não normativos. A limitação desses incentivos particulares por meio de normas jurídicas deve levar em consideração todas as transformações sociais nas quais estão inseridas. E, mesmo assim, não serão capazes de determinar o comportamento humano, pois poderão ser vencidas intimamente pelos referidos incentivos.

Não se pode, por conseguinte, estabelecer o comportamento do ser humano por meio de comandos prévios que abranjam todas as vicissitudes humanas. Primeiro, porque tais comandos nunca atingiriam a totalidade de circunstâncias. Assim, se apenas fossem eficientes as normas quando a atingissem, nunca o poderiam ser, o

que torna esta pretensão desprovida de fundamentos palpáveis. As normas precisam, ao mesmo tempo, abranger as vicissitudes e incongruências humanas ao serem constituídas, mas abstraí-las na sua constituição. Tal corte demarcativo se faz necessário para tornar mais abrangente o suporte fático da norma jurídica.

Segundo, porque a interpretação desses comandos também está afogada nessas circunstâncias humanas, delas não podendo se desvincular, fato que também deve ser levado em consideração pelo jurista. Devem ser afastadas, assim, pressuposições tão antigas como recorrentes de uma busca pelo verdadeiro espírito da lei ou do legislador, ou pela interpretação correta dentro de uma moldura ou qualquer outro limite perfeitamente pré-estabelecido. Não apenas as normas mudam, mas a interpretação destas também pode mudar. Mesmo que isso não aconteça a olho nu. Mesmo que para isso não se consiga construir um modelo ou atribuir uma metáfora.

Que a dificuldade em aceitar essa dupla limitação na determinação do suporte fático da norma não seja motivo para ignorá-la. Os homens necessitam e lançam mão de previsões normativas, seja para facilitar a comunicação, seja para tornar possível o convívio social. Mas lembrar que a instituição e a interpretação dessas normas, com o estabelecimento de suportes fáticos e conseqüências jurídicas, possuem limitações, é uma atitude vantajosa quando o objetivo for repensar as instituições jurídicas existentes em determinado tempo e aproximar o direito das transformações sociais.

4. REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.
- AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BORGES, José Souto Maior. Isenções tributárias. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969.
- BOYD, Robert; RICHERSON, P.J. Culture and the evolutionary process. Chicago: University of Chicago Press, 1985
- CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CASTRO, Torquato. Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985.
- COSTA, Regina Helena. Imunidades tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.
- LARAIA, Roque de Barros. Cultura: um conceito antropológico. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.
- MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado: parte geral. Introdução, Pessoas físicas e jurídicas. Tomo 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
- PERUZZOLO, Adair Caetano. Comunicação e cultura. Porto Alegre: Sulina, 1972.
- PESTANA, Márcio. O princípio da imunidade tributária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- TORRES, Ricardo Lôbo. Imunidades tributárias. In: Imunidades tributárias. Coordenado por Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- ROSS, Alf. "Tu-tu". Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976.
- VILANOVA, Lourival. Escritos jurídicos e filosóficos. São Paulo: Axis Mundi/ Ibet, 2003.

DA SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA NA ATIVIDADE REGISTRAL

Maria José do Amaral

Mestra em Direito Público pela UFPE/FDR) Docente vinculada aos Cursos de Graduação em Direito da Faculdade Joaquim Nabuco) e Pós-Graduação da Escola Superior de Advocacia de Pernambuco Professor Ruy Antunes – ESA. Advogada. Assessora Jurídica da Organização Não-Governamental Via do Trabalho, em Recife/PE

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A título de argumentação inicial, importante salientar que o registro do imóvel equivale à certidão de nascimento da pessoa física. Tal sucede, por força da vigência do artigo 1.227 do Código Civil Brasileiro, sendo certo que no Código Civil revogado havia a mesma previsão legal no artigo 676. Nesse diapasão, doutrina Sílvio Rodrigues que “o Registro de Imóveis constitui repositório de informações e centro para onde convergem todos os elementos referentes à propriedade imobiliária.”¹

De fazer ver, que se em alguns sistemas, como o francês, a transcrição tem a serventia de apenas publicizar a transmissão da propriedade, eis que, nesse, os direitos reais se originam ou se transmitem por força dos contratos, em nosso sistema a transcrição formaliza a transmissão do domínio de bem imóvel.

Do que o registro, ex vi do artigo 186 da Lei de Registros Públicos, engloba a inscrição e a transcrição tendo-as por registro, restando certo que a averbação em matrícula de imóvel, toma a feição jurídica de aditamento do registro, seja para impor gravame, como a penhora, hipótese prevista pelo artigo 240 da LRP, seja para inscrição do bem de família, por força do artigo 263, da mesma lei.

Na tramitação de processo de registro, é possível

que haja dúvida. Sendo indubitosa a importância do registro de bem imóvel, em nosso sistema, haja vista a necessidade de regularização fundiária no país, de se ressaltar a importância da suscitação de dúvida, seu procedimento e processo, eis que as falcatruas oriundas do extinto Regime de Posses, donde o registro do vigário – regulamento surgido com a vigência do Decreto 1.318/30.jan.1854 – fazia prova da propriedade imóvel, ainda causam transtornos ao direito de propriedade, no Brasil².

É sobre esses aspectos, d’antes considerados, que dirigiremos o presente estudo.

2. A LEI DE REGÊNCIA: 6.015/73

Estipulado pelo Código Civil, o registro de imóveis vem a ser regulamentado pela Lei 6.015/73. Tanto assim que o Código de 1916, estabelecia o que se registrava, de quem se registrava e os efeitos do Registro Imobiliário. Mesmo modo, os artigos 1.245 e seguintes do Código Civil em vigor, que sob a rubrica “Da Aquisição pelo Registro do Título” recepciona a Lei de Registros Públicos, a qual promulgada em 1973, guardava perfeita simetria com o revogado Código Civil de 1916.

Na Lei de Registros Públicos, estão encartados princípios que regem o registro de imóveis, dentre outros: i. o princípio da obrigatoriedade, o qual dá como indispensável o registro do título translativo, a fim de que se opere a transmissão da propriedade imobiliária, ii. o princípio da fé pública, que imprime veracidade às afirmações transcritas pelo oficial do registro, com a admissão de prova em sentido contrário, eis que *juris tantum* tal presunção, iii. o princípio da possibilidade de retificação, pela via de sentença judicial, que decreta a anulação ou o cancelamento do registro. iv. o princípio da continuidade, que impõe a necessidade de alusão ao registro do título anterior, quando da transmissão da propriedade.

A lei, então prevê, em seu artigo 167, como atos de registro público a matrícula, o registro e a averbação. A primeira, entendida como “o ato de registro que caracteriza o imóvel e estabelece as suas confrontações”³. Como a lei de regência em seu artigo 225, consolida o princípio da unidade do bem de raiz, ou da especialidade, cada imóvel possui uma matrícula.

Nesse sentido, salutar decisão de relatoria do Des. Federal Rogério Fialho de Meneses Moreira, no processo de

1. Cf. RODRIGUES, Sílvio. (2003) *Direito civil: Direito das coisas*. vol. 5. 28ª. ed. São Paulo: Saraiva. p. 417.

2. Ver, nesse aspecto, LIBERATO, Ana Paula Gualarte. (2004) *Reforma agrária: Direito humano fundamental*. 2ª. tir. Curitiba: Juruá. p 47.

3. Interessante, se atentar para a doutrina de LISBOA, Roberto Senise. (2005) *Manual de direito civil: direitos reais e intelectuais*. vol. 4. 3ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p.485.

número 2001.05.00.007036-7⁴, donde se deu eficácia ao artigo 234 e concretude ao pré-falado princípio da unidade do bem de raiz, eis que o caso em litígio cuidava de imóveis com registro e matrículas autônomas. Irresignações contra o atendimento ao sobredito princípio, haveriam que se lastrear no artigo 1.247 do Código Civil, pela via de ação própria.

Todavia, antes de efetuado o registro, há todo um processo e procedimentos, seja na busca de concessão dos princípios registrários, seja no intuito de se garantir a segurança nas relações jurídicas.

É o que passamos à abordagem.

3. DÚVIDA, SUA SUSCITAÇÃO

Declara o artigo 156 em seu parágr. único, o direito do oficial registrante de recusa de registro, “a título e a documento que não se revistam das formalidades legais”. Evidente que a recusa deve possibilitar que o apresentante se valha das garantias de ampla defesa e do contraditório, encartadas no artigo 5º, LV da Carta Política de 1988, típicas do Estado democrático de direito.

Prenotado o título, há que se cumprir o disposto no artigo 198 da LRP, sendo competente para processar e julgar o litígio – de natureza administrativa – o Juiz Corregedor competente, observadas, todas as imposições encartadas nos artigos 199 a 202 da sobredita norma.

Por seu lado, o artigo 203 da Lei de Registro Públicos, estipula os procedimentos, em face da procedência ou improcedência da dúvida. Custas são devidas, se julgada procedente a dúvida, na forma prevista no artigo 207 da LRP. Em caso de sua improcedência, o oficial se suscitante não tem legitimidade para recorrer, por lhe faltar interesse processual, eis que tem apenas dever de ofício, encartado no princípio da fé pública e não legitimidade ad processum.

O processo administrativo não obstacula o ajuizamento de ação própria, a teor do que giza o artigo 204 da Lei de Registros Públicos; tampouco, se extingue na primeira instância. O artigo 202 da LRP, oportuniza, aos interessados, o manejo do Recurso de Apelação, dirigido à Corregedoria de Justiça.

Mesma forma para a retificação de registro, que pasaremos a tratar.

4. O PROCEDIMENTO DE RETIFICAÇÃO

Discorrendo sobre o princípio da possibilidade de retificação, afirmamos que a aplicação do princípio implica na busca de sentença judicial, que decreta a anulação ou o

cancelamento do registro.

A retificação, encontra amparo legal nos artigos 1.247 do Código Civil e 212 da LRP. De esclarecer, que desde que não afete direitos de terceiros, o procedimento de retificação poderá ser feito extrajudicialmente. Tem por objetivo “corrigir erros evidentes referentes à qualificação da parte, ou à indicação do imóvel”⁵, Esta disciplinado no artigo 213 da Lei de Registros Públicos, e perseguindo a simples correção de erro material, é processo de jurisdição voluntária.

D’outro modo, se a retificação abranger a descrição de divisas ou da área do imóvel, tratar-se-á de procedimento de feição contenciosa, garantindo-se aos confrontantes o direito ao contraditório e a ampla defesa, tutelados pela Constituição Federal em seu artigo 5º, LIV e LV, eis que o artigo 213 §2º. da LRP, foi recepcionado pela Constituição Federal vigente, garantindo, também, a concretude do princípio do devido processo legal.

Vale à pena ressaltar, que se o litígio versar sobre direito de propriedade de qualquer das partes, o juiz corrigente “remeterá o interessado para as vias ordinárias”, a teor do que impõe o §6º. do artigo 213 da LRP. Evidentes, as garantias ao princípio do devido processo legal, eis que retificar área tem a feição de expropriação de bem, impondo-se as garantias típicas da democracia, ao expropriado.

N’outra banda de ver que o princípio da prioridade, albergado nos artigos 191 e 192 da LRP, garante o direito de quem primeiro registrou e tal como registrou, haja vista o princípio da especialidade, estipulado no artigo 225 da mesma norma jurídica. Nesse viés, há que se atentar para a recorribilidade das decisões, seja no curso da suscitação de dúvida seja no procedimento de retificação de registro.

5. RECURSOS CABÍVEIS

Afirmamos anteriormente, que o artigo 202 da LRP, oportuniza, aos interessados, o manejo do Recurso de Apelação, dirigido à Corregedoria de Justiça, ou ao Conselho Superior da Magistratura, em caso de sentença que tenha por procedente a dúvida suscitada pelo oficial de registro.

Mesma sorte para a dúvida inversa, i.e., quando suscitada pelo interessado (parte, Ministério Público, terceiro prejudicado) e tida por improcedente. Ainda que sem previsão na LRP, o princípio da economia processual, admite-a⁶.

Induvidoso que o recurso cabível é a apelação, ex vi do artigo 202 da LRP, recebida nos seus efeitos devolutivo e suspensivo, tramitando de conformidade com o artigo 513 e ss. do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente.

4. No mesmo sentido, o princípio da imunidade tributária seria “o feixe de valores jurídicos, depositados na Constituição Federal, que permitem construir normas jurídicas que revelam a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para instituir tributos nas situações especificadas no Texto Constitucional” (PESTANA, 2001, p. 62).

5. “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI - instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros; b) templos de

qualquer culto; c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.”

6. “Art. 150. (...) § 2º - A vedação do inciso VI, “a”, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.”

Igualmente cabíveis todos os demais recursos encartados no Estatuto dos Ritos, inclusive aclaratórios, para fins de pré-questionamento.

Estipulados os recursos cabíveis, salutar confirmar a competência para processar e julgar o recurso tirado de suscitação de dúvida. Firmou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo o seguinte entendimento:

“008561188 - REGISTRO DE IMÓVEIS - Juiz Corregedor Permanente do Cartório Extrajudicial que indeferiu pedido de averbação em matrículas - Dissenso entre os interessados e o Oficial Registrador em torno da qualificação de título judicial, em razão de mandado expedido nos autos de ação de retificação de área - Decisão tomada na esfera puramente administrativa - Competência da E. Corregedoria Geral de Justiça - Recurso não conhecido, com determinação da remessa dos autos ao órgão competente”. (grifei)

De notar, que endereçar recurso de Apelação para Tribunal, tem por conseqüência o seu não conhecimento e remessa para a Corregedoria de Justiça. O que resulta em considerável perda de tempo.

Noutro aspecto, de ver que o caso em comento, decorreu de decisão em pedido de averbação em matrícula, nos autos de ação de retificação de área. Significa dizer que no curso de procedimento ordinário de ação de retificação de área, houve a suscitação de dúvida quanto à qualificação do título judicial pelo oficial registrante, ensejando recurso de apelação.

Logo, certo que a suscitação da dúvida registrária enseja a interposição dos recursos previstos no CPC, enquanto que na retificação, quando em questão direito de propriedade de qualquer das partes, i.e tiver natureza contenciosa, o juiz corrigente, após impugnação fundamentada, remeterá o interessado para as vias ordinárias, ex vi do §6º. do artigo 213 da LRP.

Contudo, em se tratando de correção de simples erro, a decisão possibilita aos interessados – legitimados processualmente – o manejo dos recursos previstos no CPC, tal como os faculta, no caso de suscitação de dúvida, não sendo defeso às partes a busca pela prestação jurisdicional, conforme declara o parágrafo único do artigo 212 da LRP, em perfeita congruência com o artigo 5º, XXXV da Carta de Outubro de 1988.

6. CONCLUSÕES

À guisa de conclusões, impende destacar que o direito de propriedade no Brasil, que se iniciou com a instituição do regime de sesmarias pelo colonizador português, passando por um sistema donde o proprietário detinha direitos

ilimitados, típicos das sociedades capitalistas e liberais, chega na pós-modernidade, com limitações. Por outro, lado há a necessidade de regulamentação fundiária, haja vista a grilagem e a espoliação das populações tradicionais, dos seus bens, dentre esses suas terras originárias.

Do ponto de vista do ordenamento, não há que se falar em anomia jurídica, eis que a Constituição Federal, vigente, o Estatuto da Terra - Lei 4.504/64 - o Código Civil, e a Lei de Registros Públicos – Lei 6.015/73 – disciplinam o direito de propriedade, estipulando as suas limitações. N’outra banda, se pode afirmar pela ausência de domínio, dos operadores do direito, no que concerne ao manejo do direito de propriedade, notadamente o seu registro, o qual sucede a matrícula.

Disso resulta, a interposição de uma ação ao invés de outra sem que seja possível a aplicação do princípio da fungibilidade – seja por interpretação extensiva, seja pelo uso da analogia - eis que no cerne do direito a propriedade, atropelar direitos implica em violar princípios, inclusive constitucionais, sobre os quais aqui discorreremos e, por conseqüência violar direitos humanos.

De mitigar essa ausência de domínio dos operadores de direito, se afirmando que a LRP é extremamente técnica e desce a minúcias. Todavia, o tecnicismo legal, obsta as falcatruas, como no caso da concretude do princípio da territorialidade, encartado no seu artigo 169. Significa dizer que a escritura, pode ser lavrada em qualquer cartório de notas, em qualquer localidade, mas o registro apenas no Cartório de Registro de Imóveis donde o imóvel esteja situado. Mesma circunstância se pode afirmar quanto à concreção do artigo 95 do Código de Processo Civil, que subsidiariamente, disciplina a tramitação das ações e incidentes processuais previstos na LRP, que em sentido estrito, garantem o direito e o acesso ao direito, a todos, grupos vulneráveis, inclusive.

7. REFERÊNCIAS

- GONÇALVES, Carlos Roberto. (2007) *Direito das Coisas*. vol. 3. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva. p 142.
- LIBERATO, Ana Paula Gualarte. (2004) *Reforma agrária: Direito humano fundamental*. 2ª. tir. Curitiba: Juruá. p 47.
- LISBOA, Roberto Senise. (2005) *Manual de direito civil: direitos reais e intelectuais*. vol. 4. 3ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p.485.
- MOREIRA, Rogério de Meneses Fialho. (2008) http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/200105000070367_20081015.pdf.
- RODRIGUES, Sílvio. (2003) *Direito civil: Direito das coisas*. vol. 5. 28ª. ed. São Paulo: Saraiva. p. 417.

7. “Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas: I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais; III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão. § 1º Na falta de

cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício. § 2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.”

MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES EM DIREITO TRIBUTÁRIO, SEGURANÇA JURÍDICA E OS JULGADOS DO STF

Karina Kauffman

Advogada, Mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC, Especialista em Direito Tributário pela COGEA-PUC/SP, Ex-professora assistente de Direito Tributário da COGEA-PUC/SP.

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

O presente artigo trata do instituto da modulação dos efeitos das decisões no Supremo Tribunal Federal na seara do direito tributário e de um de seus pré-requisitos, a segurança jurídica. Para tanto, faz-se uma breve análise científica acerca desses dois institutos, com intuito de ao final esclarecer se a aplicação da “modulação” proporciona segurança jurídica aos jurisdicionados.

Assim, para responder a esta última questão, é mister discorrer acerca da boa-fé objetiva e do princípio da irretroatividade do direito. Este é um dos corolários da segurança jurídica, que está intimamente relacionado ao princípio da legalidade, no qual dispõe que a lei a ser aplicada ao caso é a lei em vigor à época da ocorrência do fato.

Ainda o presente artigo, analisará alguns julgados em matéria tributária, nos quais foram suscitadas as possibilidades de modulação dos efeitos das decisões tendo em vista o princípio da segurança jurídica.

2. SOBRE PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O termo “princípio” se apresenta como norma

que insere valor ao sistema jurídico especificando-se em sobreprincípio e princípio. Aquela norma de escala hierárquica superior concretiza-se pela atuação de outros princípios impregnados no ordenamento jurídico. Conforme Paulo de Barros Carvalho é o nome que se dá às regras do direito positivo que introduzem valores relevantes para o sistema, influido vigorosamente sobre a orientação de setores da ordem jurídica¹.

Consigna-se que as normas de enunciados expressos e as de teor implícito do texto constitucional com forte carga axiológica têm a mesma força vinculante. Nesse sentido, consiste a segurança jurídica num sobreprincípio pressuposto de formação de qualquer ordem jurídica em Estados de direito. Sobreprincípio, pois ela está implícita no texto da Carta Magna; todavia, efetiva-se pela atuação de outros princípios implícitos ou explícitos, tais como o da legalidade, igualdade, irretroatividade, boa-fé objetiva e outros.

Segundo José Afonso da Silva a segurança no direito tem um duplo sentido, traduzindo-se em segurança do direito e segurança jurídica². No primeiro sentido, segurança do direito e constituição se misturam, uma vez que esta consiste no fundamento de validade do direito positivo, enquanto a segurança jurídica é uma garantia que decorre dessa positividade.

Nesta senda, referido autor averba que, nos termos da Constituição, a segurança jurídica pode ser entendida num sentido amplo e num sentido estrito. Na acepção ampla, ela assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica.

Em sentido estrito, a segurança jurídica consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu³.

Nesse sentido, a segurança se refere à proteção

1. Paulo de Barros CARVALHO, O princípio da segurança jurídica em matéria tributária, p.78.

2. Constituição e segurança jurídica. In: Constituição e segurança jurídica: direito adqui-

rado, ato jurídico perfeito e coisa julgada, p.15.

3. Ibid., p.17.

dos direitos subjetivos dos contribuintes, frente à mutação do direito posto, seja pela mudança das leis no tempo, seja dos atos administrativos ou da jurisprudência predominante nos tribunais superiores.

Assim, a segurança jurídica dos direitos subjetivos consiste em que administrados possam antever as consequências que seus atos surtirão em face do direito vigente naquele determinado espaço de tempo.

Uma importante condição da segurança jurídica, neste caso, está na relativa certeza de que as relações concretizadas no domínio daquela norma geral e abstrata, e individual e concreta, tal como jurisprudência, perdurem ainda que haja posterior revogação ou mudança da mesma.

3. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO DIREITO E PREVISIBILIDADE

O princípio da segurança jurídica possui um valor peculiar, qual seja, o de transmitir a toda comunidade social o sentimento de previsibilidade e da não surpresa quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta.

Tal sentimento tranquiliza os cidadãos, consentindo aos mesmos que planejem suas ações futuras, possuam confiança no sistema jurídico profusor de transformações com teores coerentes e com a correta aplicação das normas para alcançar a realização do direito.

Do exposto, depreende-se que o sobreprincípio da segurança jurídica tem o propósito de gerar uma estabilidade e transmitir uma confiabilidade aos cidadãos frente ao cumprimento das normas constitucionais, infraconstitucionais e nas decisões judiciais pelos aplicadores da norma.

Deste modo, é de suma importância ressaltar que a previsibilidade e confiabilidade, além de estarem nas normas infraconstitucionais, estão nas decisões prolatadas pelos Tribunais Superiores. Assim, decisões reiteradamente tomadas no mesmo sentido, por um determinado tempo, tornam-se decisões previsíveis, gerando segurança jurídica nos utentes do direito.

4. IRRETROATIVIDADE E JURISPRUDÊNCIA JUDICIAL

Um dos corolários da segurança jurídica em matéria tributária é o princípio da irretroatividade, que impede que a lei retroaja a fim de alcançar fato passado. Tal princípio está diretamente relacionado ao princípio da legalidade, pois a lei que deve ser aplicada ao caso é a lei em vigor à época da ocorrência do fato jurídico.

A regra geral, segundo Roque Antonio Carrazza, "é no sentido de que as leis tributárias, como de resto, todas as leis, devem sempre dispor para o futuro. Não lhes é

dado abarcar o passado, ou seja, alcançar acontecimentos pretéritos. Tal garantia confere estabilidade e segurança às relações jurídicas entre Fisco e contribuinte."⁴

A Constituição brasileira literalmente consignou a irretroatividade da lei, coibindo que lei nova alcance fatos jurídicos pretéritos a sua vigência. Desse modo, ela foi clara quanto às leis instituídas pelo Poder Legislativo. No que tange aos atos do Poder Judiciário e Executivo, ou seja, à irretroatividade de uma modificação jurisprudencial ou de um ato do executivo, esses são justificados de acordo com a sistemática da tripartição dos poderes.

O legislador segundo a teoria sistêmica se encontra na periferia, ele absorve as necessidades externas ao sistema jurídico, filtra-as e transforma-as na linguagem do direito. O sistema normativo não é autorreferencial⁵; ao invés disso, por meio da comunicação, ele está sempre se renovando e, desse modo, ele elabora leis pensando no futuro. Assim, as expectativas normativas, criadas pelo legislador, são o futuro, razão pela qual o princípio da irretroatividade é natural às leis.

Os demais poderes leem o ambiente externo pelos olhos do legislador. Eles atuam fundamentados nas regras impostas pelo poder Legislativo. Assim, enquanto ele dispõe sobre futuro, os Poderes Judiciário e Executivo olham o futuro numa forma de futuro-passado; assim, do ponto de vista do tempo, eles estão voltados para o passado, atuando em estrita vinculação com a Constituição, com as leis.

Nesse sentido, tendo em vista que as leis não retroagem, haja vista não ser da sua natureza, não podem também os atos do Judiciário e do Executivo, que as refletem, retroagir.

Vê-se, a título de exemplo legal, tal assertiva na Lei do Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99), cujo inciso XIII do art. 2º, parágrafo único, ao enumerar os princípios a que deve obedecer o processo administrativo federal, inclusive em suas decisões judicantes, estabelece: "Art. 2º, parágrafo único (...): XIII – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação" (sublinhei).

Assim, a nova interpretação dada à norma administrativa não irá alcançar as decisões prolatadas antes dessa, esse entendimento novo será aplicado para casos futuros.

O direito alemão, especialmente os seus tribunais constitucionais e sua dogmática, aplica analogicamente o princípio da irretroatividade das leis às decisões judiciais. Tal emprego está simultaneamente associado e fortalecido com a invocação da proteção da confiança e da boa-fé.

4. Curso de direito constitucional tributário, p. 319.

5. Autorreferência: implica unidade do elemento, porque só existe naquele sistema.

5. IRRETROATIVIDADE E AS MODIFICAÇÕES DAS JURISPRUDÊNCIAS JUDICIAIS

No tópico acima, observa-se que as modificações jurisprudenciais e os atos do Executivo não retroagem, o que significa que não alcançam fatos anteriores a essa mudança. O presente, refere-se à questão de quando se considera que não pode retroagir uma jurisprudência nova para desfazer os efeitos da anterior.

O direito como objeto cultural está em constante evolução e reciclagem. O Judiciário acompanha esse processo. Porém, segundo a teoria luhmanniana, as Cortes Superiores devem manter o mesmo posicionamento na tomada de decisão nos casos idênticos, isto é, a decisão judiciária tem que pretender sua generalização, algo que implica que casos equivalentes serão julgados da mesma forma. Isso não deve significar o engessamento do Poder Judiciário, mas uma garantia de estabilização da expectativa normativa quanto ao mesmo caso.

Nesse mesmo sentido, leciona Misabel Derzi, acolhendo os ensinamentos habermasianos: “A teoria da argumentação atribui à sentença, as características da universalização e da inércia, para referir-lhe a vocação de se estender a outros casos do mesmo grupo e a tendência ao contínuo, à repetição indeterminada no tempo.”⁶

Nesta medida, no instante em que a Corte Suprema passa a decidir os casos idênticos num único sentido, essa decisão torna-se uma jurisprudência consolidada. Adota-se, neste artigo, o posicionamento de Misabel Derzi ao se valer das lições de Heiki Pohl⁷ de que:

o fator decisivo, para definir a jurisprudência, identificada como a mesma jurisprudência, será o fato de a pergunta geral (que se extrai de vários casos similares) obter a mesma resposta geral. Assim, uma jurisprudência consolidada ou estável, firmada pelo Supremo Tribunal Federal será qualquer decisão, tomada em caráter definitivo pelo Plenário, que deu resposta geral a uma questão jurídica geral, verdadeira norma judicial, sendo irrelevante o número de decisões iguais, se a única decisão ou se são repetidas, em série.

Ocorre a modificação desta jurisprudência considerada consolidada pelo ordenamento jurídico no instante que, para uma pergunta geral extraída dos casos similares, é proferida resposta diversa daquela dada na jurisprudência anterior.

Assim, uma jurisprudência é considerada consolidada quando ela é julgada pelo pleno de um tribunal superior ou tribunal de justiça estadual, segundo competência definida na Constituição e nas leis e após publicada no Diário Oficial.

A vigência dessa norma judicial, consolidada como expectativa normativa, somente se configura com o trânsito em julgado. Logo, o trânsito em julgado marca o início da vigência dessa norma judicial.

Desse modo, os precedentes consolidados de um tribunal são considerados normas judiciais gerais e abstratas. Os demais juízes consubstanciados pelo direito processual civil de nosso ordenamento utilizam-nas como normas parâmetros.

O caput do artigo 557 do CPC configura-se um exemplo no qual, havendo confronto com jurisprudência dominante do STF ou STJ, o relator dos tribunais locais está autorizado a monocraticamente declarar inadmissível o recurso ou negar-lhe provimento. Vê-se o referido dispositivo, assim como outros valorizam fortemente os precedentes jurisprudenciais, de modo a tornar oficial aquela influência dos julgados dos órgãos superiores sobre os inferiores.

A norma judicial aproxima-se, a partir do momento em que se converte em jurisprudência, da norma legal, em suas características essenciais. Por isso, está ainda na raiz do princípio da regra de separação dos Poderes compreender que a norma judicial não se pode desprender da casuística, isto é, dos casos concretos que motivaram a sua criação. Esse é o limite que nos assegura que a jurisprudência consolidada obriga, vincula, impõe-se a todos, mas não é lei.⁸

Nesta feita, norma judicial proferida pelas Cortes Supremas vincula terceiros que se encontram em idênticas situação. Assim, para aqueles que figuram no mesmo grupo de casos e que não fazem parte do processo surge uma verdadeira expectativa normativa.

Entende-se que a irretroatividade jurisprudencial deve ser aplicada somente para os casos que fazem parte de uma mesma questão geral e possuam respostas idênticas. A aplicação analógica do princípio da irretroatividade legal à jurisprudencial está sob essa condição.

6. MODIFICAÇÕES DAS JURISPRUDÊNCIAS JUDICIAIS, CONFIANÇA E BOA-FÉ

O princípio da confiança legítima desenvolveu-se primeiramente no direito alemão, que o entende como um sistema de defesa do cidadão contra intervenções administrativas, legislativas e judiciais. A Dogmática e a jurisprudência alemãs utilizam o princípio da proteção da confiança como princípio e como direito fundamental individual, que somente o privado reivindica em contraposição à Administração Pública, aos Poderes Legislativo e Judiciário.

No seara legislativa, a proteção da confiança tem

6. Modificações da jurisprudência no direito tributário, p. 550.
7. Ibid, p. 531.

8. Cf. Misabel Abreu Machado DERZI. Modificações da jurisprudência no direito tributário, p. 575-576.

o condão de limitar o poder do legislador, nos casos em que os destinatários da norma sofram mais do que o objetivo perseguido pelo conteúdo legal.⁹

Ocorre, também, proteção aos cidadãos em face de mudanças na jurisprudência dos altos tribunais que poderiam provocar uma deterioração das situações legais dos destinatários da norma interpretada. Logo, eles devem poder confiar também na continuidade de determinadas linhas de pensamento jurisprudencial para, em conformidade com elas, pautar suas ações no mundo jurídico e fenomênico.¹⁰

Assim, em sede jurisprudencial, a confiança legítima tem o intuito de proteger os fatos pretéritos. Ela proíbe que se aplique entendimento diverso do que vinha sendo prolatado, independentemente de ter surgido um novo sentido para aquela matéria.

Nesta senda, um judiciário que vem decidindo num determinado sentido atua de forma a proporcionar confiança de que aqueles casos equivalentes serão julgados com o mesmo entendimento.

No que tange à boa-fé, Nelson Nery Junior divide-a em subjetiva e objetiva. Esta última é a que nos interessa neste estudo. Segundo esse autor, "A boa-fé objetiva se consubstancia na conduta que se espera da parte ou da administração, independentemente de sua manifestação de vontade, de sua intenção em praticar o ato ou de celebrar o negócio jurídico privado ou administrativo."¹¹

Nesta senda, espera-se que a administração pública pautar-se pela boa-fé objetiva de suas condutas, conforme os princípios regidos pela Carta Magna, quais sejam: a segurança jurídica, a legalidade e a moralidade administrativa.

Isto significa que o poder público deve manter-se coerente em suas condutas e, se assegurou ao administrado a segurança de que ele poderia realizar certo ato ou ter determinada conduta, posto que na visão do Estado estariam corretos, não pode o poder público, de modo abrupto e incoerente com sua conduta anterior, alterar seu posicionamento em detrimento do administrado.

Assim, o Poder Judiciário age de boa-fé objetiva quando não impõe aos jurisdicionados sanções ou desvantagens relativamente a direitos e obrigações, frutos da modificação de seu entendimento a respeito de determinada situação ou relação jurídica. Caso o órgão superior do Judiciário altere sua interpretação sobre a Constituição e as leis, deve ser mantida a orientação dada na jurisprudência anterior, sob pena de ferir-se a boa-fé objetiva do jurisdicionado que confiou na, até então, jurisprudência predominante.

Quanto à aplicação da boa-fé objetiva às modificações jurisprudenciais, na seara tributária, referido

autor¹² dispõe:

No campo tributário a boa-fé objetiva do contribuinte caracteriza-se pela realização de seu planejamento tributário e de sua conduta de acordo com a jurisprudência dos tribunais superiores. Não estaria de acordo com o espírito da Constituição, e não faria sentido, apenar-se o contribuinte porque fez planejamento tributário, praticou atos com repercussão tributária – contáveis ou não – obedecendo a jurisprudência predominante no momento, somente porque o tribunal alterou o seu entendimento relativamente àquele ponto.

Nesta medida, verifica-se que em toda hipótese de boa-fé, existe confiança a ser protegida. E isto significa que uma das partes, por meio de seu comportamento objetivo, criou confiança em outra, em decorrência da firme crença na duração de um estado de coisas.

Do exposto, inferi-se que os princípios da proteção da confiança e da boa-fé são princípios constitucionais que se integram. Ambos, aliados, proporcionam segurança jurídica ao ordenamento positivo, o que podemos referendar pelas palavras de Cândido Rangel Dinamarco: "Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma jurisprudência superior devem perdurar ainda quando tal jurisprudência seja substituída."¹³

7. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

A regra da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade é uma exceção legal, criada pela norma infraconstitucional, Lei nº 9.868/99. A regra geral é no sentido de que os efeitos de uma decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo são ex tunc, significa que uma norma anulatória irá desconstituir o ilícito normativo anterior que foi inserido no sistema normativo irregular, e, portanto, todos os atos fundados em sua aplicação são anulados, retroagindo-se até a sua instituição.

O art. 27 da referida lei excepcional essa regra geral e possibilita a atribuição de efeitos prospectivos ou outro momento qualquer a ser fixado para as decisões que declarem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, desde que presentes razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social. Veja o que prescreve esse dispositivo, verbis:

"Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei

9. Cf. BLANCO, Federico Castilho. La protección de confianza en el derecho administrativo, p.116.

10. Ibid, p.362.

11. Boa-fé objetiva e segurança jurídica. In Efeito ex nunc e as decisões do STJ, p. 83.

12. Boa-fé objetiva e segurança jurídica. In: Efeito ex nunc e as decisões do STJ, p. 89.

13. Mutações Jurisprudenciais e as expectativas dos jurisdicionados. A garantia constitucional de acesso à justiça e a irrelevância da inexistência de instrumentos processuais específicos. In Crédito-prêmio do IPI, p. 104.

ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."

Desse modo, infere-se que citado dispositivo inovou dispendo expressamente a possibilidade de atribuição de efeitos prospectivos para as decisões que declaram a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, desde que presentes razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

8. DECISÕES DO STF EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

O primeiro caso trata do RE nº 370.682/SC, que gira em torno do direito ao crédito de IPI decorrente da aquisição de matéria-prima cuja entrada é não tributada ou sobre a qual incide a alíquota zero. A União sustenta que o acórdão, ao reconhecer direito a crédito nas hipóteses de insumos não tributados ou sujeitos à alíquota zero, ofendeu o inciso II do § 3º do art. 153 e, ainda, o § 6º do art. 150 da CF. Esta foi vencedora por maioria no tribunal pleno.

Ocorre que acerca desta matéria a Suprema Corte, desde do final dos anos 90s, se posicionou favoráveis aos contribuintes, porém não ocorreu o trânsito em julgado uma vez que a parte adversa interpôs agravo regimental e embargos de declaração. Tendo em vista entendimento pacificado por quase uma década, os contribuintes passaram a creditar-se, de forma rotineira, do IPI decorrente das operações que envolviam entrada de insumos isentos, tributados com alíquota zero ou não tributados.

Ainda, mesmo após mudança de entendimento acerca da matéria, praticamente todos os Tribunais Regionais Federais e mesmo os magistrados de primeira instância da Justiça Federal continuaram a prestigiar a jurisprudência predominante na Corte.

Desse modo, considerando que não houve alteração no contexto fáctico e nem mudança legislativa, mas sobreveio uma alteração substancial no posicionamento do STF sobre a matéria, possivelmente em face de sua nova composição, seria conveniente evitar uma modificação abrupta de rumo de tal forma que ela acarrete prejuízos aos jurisdicionados, pois estes pautaram suas ações pelo entendimento pretoriano por longo tempo dominante.

Todavia, não foi esse o entendimento da maioria dos membros da Suprema Corte, que por não haver coisa julgada a ser protegida, uma vez que não ocorreu o trânsito em julgado, fato imprescindível à formação de um precedente consolidado, não teria sentido modular os efeitos da decisão, já que não há insegurança jurídica a ser protegida.

De fato, é inegável a ausência de coisa julgada, marco de vigência de precedente jurisprudencial, mas também é inegável a presença de outros princípios constitucionais. Se o princípio da irretroatividade não pode

ser acolhido segundo o entendimento da Suprema Corte, outros direitos e garantias fundamentais, como previsibilidade, confiança, boa fé, corolários do sobreprincípio da segurança jurídica deveriam ter sido analisados para decidir pela modulação.

O segundo caso, o RE nº 377.457/PR, os Ministros em sessão plenária decidiram pela legitimidade da revogação pelo art. 56 da Lei 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91, haja vista inexistir relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Segundo essa Corte, a LC 70/91 é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída.

Trata-se de um caso de modificação jurisprudencial. Afirma-se no item 4 que, do ponto de vista do tempo, as leis que estão voltadas para o futuro são normas gerais e abstratas, já as precedentes estão voltadas para o passado, para o que pôs o legislador, atuando em estrita vinculação à Constituição e às leis. O princípio da irretroatividade legal é natural ao sistema jurídico, ou seja, leis novas não alcançam fatos ocorridos antes da sua vigência, e tal norma esta prescrita constitucionalmente. Por se esperar que o Judiciário cumpra sua função constitucional, cabe o uso desse princípio analogicamente a este Poder, ou seja, um novo precedente jurisprudencial não retroage para alcançar fatos passados.

No presente caso, os juízes e os tribunais desde o ano de 2003 aplicavam a súmula do STJ, no sentido de que as sociedades civis de prestação de serviços profissionais seriam isentas da COFINS. Verifica-se caso claro de jurisprudência consolidada. Foi visto no item 5, que uma jurisprudência consolidada ou estável será qualquer decisão firmada pelos tribunais superiores, tomada em caráter definitivo pelo Plenário, que deu resposta geral a uma questão jurídica geral, verdadeira norma judicial, sendo irrelevante o número de decisões iguais, se a única decisão ou se são repetidas, em série.

Assim, por se tratar de modificação jurisprudencial, em respeito aos princípios da irretroatividade, confiança e boa-fé do contribuinte, todos constituindo-se em expressão do sobreprincípio da segurança jurídica, entende-se que caberia ao STF acolher a modulação dos efeitos da decisão, o que não ocorreu.

O último caso trata do RE nº 556.664/RS, no qual os Ministros em sessão plenária declararam a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que havia fixado em 10 anos o prazo prescricional das contribuições da seguridade social.

No presente, o STF em controle difuso reconheceu a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei n.8.212/91, assim como modulou os efeitos desta decisão. Neste caso, o plenário entendeu que a regra da nulidade não deveria ser aplicada e, por razões de segurança jurídica os efeitos da decisão, seriam ex nunc, impedindo-se a cobrança dos créditos ainda não pagos por prazo superior a cinco anos,

porém proibindo-se a restituição dos valores outrora recolhidos aos cofres públicos, argumento fundamentado nas leis declaradas inconstitucionais.

Todavia, conforme explanado neste artigo, para o presente caso não se pode defender a modulação dos efeitos da decisão em razão da segurança jurídica, por dois motivos: primeiro, porque não se trata de modificação jurisprudencial, uma vez que a jurisprudência e o posicionamento da Dogmática sempre deram sinal de inconstitucionalidade no que tange aos referidos dispositivos, bem como não houve precedente consolidado; segundo, não há que se falar em ofensa aos princípios da confiança e da boa-fé.

Ainda, se esclarece que neste caso apenas os contribuintes adimplentes suportaram o peso da segurança de todos. Assim, tal decisão, ao invés de trazer segurança jurídica para os jurisdicionados, provoca efeito diverso: ocorrerá um aumento de ações na justiça, além do fato de que tal decisão deixa uma sensação de estímulo de que leis podem ser editadas desrespeitando a Constituição, as leis e a jurisprudência dos tribunais superiores.

9. CONCLUSÃO: SEGURANÇA JURÍDICA E MODULAÇÃO

O desenvolvimento deste artigo revelou que a eliminação retroativa de normas vigentes no sistema jurídico pode gerar situações de verdadeira instabilidade do direito, ocasionando grande insegurança para aqueles que pautaram seus atos pela norma declarada inconstitucional ou pela interpretação divergente de norma antes considerada aceita.

Por tal motivo, vislumbrando o tribunal superior que a retroação dos efeitos da norma declarada inconstitucional irá ferir a segurança jurídica ou excepcional interesse social, ele possibilitou a adoção da prospectividade dos efeitos da decisão. Entende-se também que a aplicação da modulação se estende também para interpretação divergente de norma.

Todavia, como saber se o sobreprincípio da segurança jurídica em matéria tributária foi ferido na decisão prolatada pelos tribunais superiores?

Para responder a essa questão, vale lembrar as lições anteriores. O direito é um objeto cultural criado para alcançar determinadas finalidades, ou seja, valores que a sociedade deseja implementar. A Constituição Federal brasileira elenca a segurança e a justiça, entre outros, como valores supremos para se instituir um Estado Democrático de Direito. A segurança jurídica caracteriza um sobreprincípio que necessita de outros princípios para sua definição.

A irretroatividade é um dos princípios que garante a segurança jurídica. Ele impede que a lei retroaja a fim de alcançar fatos passados em relação ao início de sua vigência. Todavia, em virtude da tripartição dos poderes, aplica-se analogicamente o princípio da irretroatividade também às decisões jurisprudenciais, porque o legislador

elabora normas pensando no futuro, pois ele quer transformar a realidade, enquanto o Judiciário está voltado para o passado, para o que pôs o legislador, atuando em estrita vinculação às normas do ordenamento.

Nesta medida, uma nova decisão da Corte Superior modificando jurisprudência não pode abarcar os fatos jurídicos ocorridos sob a égide do precedente. Tal assertiva não significa o engessamento do Poder Judiciário, pois o sistema jurídico não é autorreferencial, ele está aberto às informações dos outros sistemas, mas o juiz deve manter o mesmo posicionamento na tomada de decisão nos casos idênticos, significando isso uma garantia de estabilização da expectativa normativa quanto ao mesmo caso. Assim sendo, na medida em que o plenário da Corte Suprema passa a decidir os casos idênticos num único sentido, essa decisão torna-se uma jurisprudência consolidada. O trânsito em julgado marca o início da vigência dessa norma judicial.

Ainda, mesmo que não tenha ocorrido o trânsito em julgado, em nome da confiança legítima e da boa-fé, instrumentos de atuação da segurança jurídica, a nova jurisprudência não pode atingir fatos advindos de orientação jurisprudencial predominante anterior.

Um judiciário que vem decidindo num determinado sentido atua de forma a proporcionar confiança de que aqueles casos equivalentes serão julgados segundo o mesmo entendimento. Ademais, o Poder Judiciário tem de agir de boa-fé, no sentido de que as modificações jurisprudenciais não devem impor aos jurisdicionados sanções ou desvantagens relativamente a direitos e obrigações.

Logo, a mudança de posicionamento das Cortes Superiores, com alteração de sua interpretação sobre a Constituição e as leis, não pode ter eficácia retroativa, sob pena de ferir-se, entre outros cânones constitucionais, a boa-fé objetiva do jurisdicionado que confiou na, até então, jurisprudência predominante.

AS CORRENTES DOUTRINÁRIAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO *AMICUS CURIAE*

Diogo Souza Moraes

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Procurador Federal desde 2007, atualmente, exerce suas funções na Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Pós-Graduando em Direito Público pela Escola de Magistratura de Pernambuco – ESMAPE. Autor de artigos jurídicos publicados em diferentes revistas especializadas. Aprovado em diversos concursos públicos, dentre os quais se destacam o de Procurador do Estado do Tocantins – PGE/TO, o de Procurador Federal – AGU e o de Analista Judiciário do TJPE.

1. INTRODUÇÃO

O estudo da natureza jurídica do *amicus curiae*, instituto jurídico recente dentro do ordenamento jurídico pátrio, vem causando muita controvérsia em sede doutrinária, razão pela qual o presente trabalho, sem a intenção de ser conclusivo, pretende contribuir para o esclarecimento da questão.

Distante de possuir apenas importância doutrinária, a caracterização da natureza jurídica de um dado instituto - entendida como “a classificação específica que algo possui dentro do direito”¹ - em uma ou outra forma possui íntima correspondência com as faculdades que lhe são atribuídas, “influenciando na extensão de seus poderes, determinando, inclusive sua amplitude no ordenamento”². Daí a importân-

cia de se analisar o tema.

No caso do *amicus curiae* não é diferente. A depender da alocação que se faça do instituto, o amigo da corte poderá assumir um papel mais ou menos ativo no processo, obter um maior ou menor poder de influência nas decisões dos órgãos jurisdicionais etc. No entanto, podemos afirmar, de antemão, que, tomadas em conjunto as diversas correntes de pensamento, há um ponto de convergência: “todas criam a possibilidade de manifestação de um órgão ou entidade em benefício da corte”³.

Desse modo, partindo da constatação acima referida, passaremos a abordar no desenvolvimento do tema as três correntes doutrinárias que gozam de maior prestígio na doutrina pátria, quais sejam, a que defende a natureza jurídica de intervenção de terceiros do *amicus curiae*, através de uma assistência qualificada; a que aduz ser a atuação do amigo da corte uma intervenção atípica de terceiro; e a que assevera ser a presença do *amicus curiae* no processo manifestação de um auxiliar do juízo.

Por fim, após o desenvolvimento sugerido, tomaremos partido de uma das três correntes doutrinárias, elencando os motivos que cremos ser os mais adequados para alocar o instituto em análise.

2. DESENVOLVIMENTO

Conforme já adiantado, parte da doutrina defende a natureza jurídica de assistente qualificado para o *amicus curiae*. Para os que assim se posicionam, o fato de a Lei 9.868/1999, primeira a prever a participação do *amicus curiae* no nosso ordenamento, ter estabelecido, no caput do seu artigo 7º, que a intervenção de terceiros está vedada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade não é motivo que impeça a sua inclusão no rol de assistentes de uma parte.

Assim, para essa primeira corrente, forte no entendimento de que somente está autorizado a intervir em uma lide quem logre demonstrar a existência de in-

1. ROCHA, João Marcelo. Direito tributário. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ferreira, 2005, p. 24.

2. AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*: coleção de temas de processo civil — estudos em homenagem a Eduardo Espínola. Salvador: JusPODIVM, 2005, p. 47.

3. PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues del. Breves considerações sobre o *amicus curiae* na ADIN e sua legitimidade recursal. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais sobre terceiros no processo civil (e assuntos afins). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 62.

teresse jurídico com a matéria discutida na demanda⁴, a admissibilidade de órgãos ou entidades na condição de colaborador da corte deve ser precedida da presença do interesse contra ou a favor de determinada posição, bem como pelo preenchimento dos requisitos legais, que, no caso da Lei 9.868/1999, subsume-se na relevância da matéria e na representatividade do postulante (a constatação deste último requisito justificaria a presença do adjetivo “qualificada” junto ao substantivo “assistência”).

A principal idéia extraída dessa corrente de pensamento é a de que o interesse na resolução do conflito a favor de uma das partes deve ser imprescindível e útil aos esclarecimentos prestados ao Tribunal, isto é, que os conhecimentos específicos do *amicus curiae* somente possuem relevância na medida em que sejam utilizados de modo imparcial e contribuam para o esclarecimento da questão posta à análise do Estado-Juiz⁵.

A segunda corrente, composta pela imensa maioria dos juristas, acredita que a manifestação do *amicus curiae* seria uma espécie de intervenção de terceiros, distinta daquelas já conhecidas⁶ e arroladas no Código de Processo Civil ainda em vigor.

Conforme regra geral já relatada, somente é autorizada a intervenção de terceiros estranhos a determinada lide na medida em que demonstrem ter interesse jurídico de que a sentença seja favorável a uma das partes – assistência simples - ou toda vez que a decisão houver de influir na relação jurídica entre o assistente e o adversário do assistido, caso no qual a assistência é qualificada de litisconsorcial.

Entretanto, argumentam os que defendem a natureza especial ou atípica de intervenção de terceiros do *amicus curiae* que a vedação acima citada (art. 7º da Lei 9.868/1999) está relacionada com a assistência, porquanto que neste caso se exige o interesse jurídico. Ao contrário, em todas as hipóteses de admissão do colaborador da corte se observa um processo objetivo, ou seja, sem a presença de interesses subjetivos diretos, o que acarretaria a ausência da necessidade de demonstração de interesse jurídico, bastando, por exemplo, tão-somente a existência de interesse econômico.

Assim, sendo a proibição do ingresso na lide daqueles que não demonstrem os requisitos acima referidos

mera política legislativa, nada impediria, para os defensores dessa linha de pensamento, que uma lei nova pudesse modificar esse entendimento restritivo. Destarte, toda vez que uma norma de caráter geral autorize o ingresso do *amicus*, estará criada uma nova e especial forma de intervenção de terceiros⁷.

Por fim, a terceira e última corrente doutrinária defende que a natureza jurídica do colaborador da corte é a de auxiliar do juízo. Tal linha de pensamento é, dentre as encontradas na doutrina, a que conta com menos adeptos⁸.

Para os defensores dessa tese, o fato do auxiliar assumir uma posição neutra diante das partes, unicamente interessado em municiar o Tribunal com argumentos para a melhor solução da lide, é suficiente para distanciá-lo de qualquer outra corrente ideológica que exija a presença de interesse jurídico ou econômico.

Portanto, é notório que o auxiliar não intervém para salvaguardar direitos subjetivos próprios, não é parte no processo e não alega pretensões jurídicas em favor de nenhuma das partes, limitando-se a apresentar observações sobre questões de fato e de direito atinentes à controvérsia que poderiam revelar-se em auxílio para uma das partes, ou, mesmo ao contrário, ser desprovida de caráter ad adiuvandum e melhor voltadas à definição objetiva do quadro probatório e normativo⁹.

De acordo com Mirella Aguiar, “não há como se conceber a necessidade de intervenção do ‘amigo da corte’, haja vista que a atuação deste sujeito processual é aceitável inclusive quando inexistente interesse em intervir, já que a finalidade do instituto não é outra senão a de propiciar auxílio ao juízo”¹⁰.

Concordamos com a última das correntes, pelos motivos que passamos elencar.

Com a vênua dos que se posicionam em sentido contrário, parece-nos que no atual estágio de desenvolvimento do direito, onde a participação social com o objetivo de conceder mais legitimidade às decisões jurisdicionais é o norte a se seguir, ideia originada no pensamento de Peter Häberle, notadamente na obra denominada “Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e ‘Procedimental’ da Constituição”, exigir do ami-

4. Segundo Fredie Didier Jr., a intervenção de quem não é parte no processo se justifica, em regra, por manter ele um vínculo com a relação jurídica discutida, o que conferiria ao processo civil brasileiro uma natureza/característica fechada. In: DIDIER JR., Fredie. Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva. 5. ed. rev., ampl. e atualiz. Salvador: JusPODIVUM, 2005, p. 268.

5. Como um dos maiores defensores dessa linha de pensamento, Edgard Silveira Bueno Filho assim se manifesta: “Embora a lei diga que não é possível a intervenção de terceiros nos processos de controle direto de constitucionalidade, e o regimento interno do STF haja proibido a assistência, o fato é que a intervenção do *amicus curiae* é uma forma qualificada de assistência”. In: BUENO FILHO, Edgar Silveira. *Amicus curiae: a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ — Centro de Atualização Jurídica, n. 14, jun./ago., 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 20 nov. de 2010.

6. AGUIAR, op. cit., p. 52.

7. São defensores dessa linha de pensamento, Milton Luiz Pereira (In: PEREIRA, Milton Luís. *Amicus curiae: intervenção de terceiros*. Revista do Centro de Estudos Jurídicos (CEJ). Brasília: n. 18, p. 83-86, jul./set., 2002.), Gustavo Binenbojm, Dirley da Cunha Júnior, Antônio do Passo Cabral, Carlos Del Prá, dentre outros.

8. A propósito, ver o prefácio da obra de Mirella de Carvalho Aguiar, elaborado por Fredie Didier Jr. In: AGUIAR, op. cit.

9. BARATA, Roberto. *La legittimazione della amicus curiae dinanzi agli organi giudiziari della organizzazione mondiale del commercio*. Apud: AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae: coleção de temas de processo civil — estudos em homenagem a Eduardo Espinola*. Salvador: JusPODIVUM, 2005. p. 57.

10. *Ibid.*, p. 52.

cus curiae, a cada intervenção, como o fazem os que lhe atribuem a natureza de assistente qualificado, a presença de interesse jurídico com a situação fática e a matéria discutidas na demanda é diminuir o papel reservado aos jurisdicionados no desenvolvimento da justiça.

Com efeito, a máxima pluralização do debate jurídico-processual é fator que contribui para a legitimação das decisões proferidas pelo Estado-Juiz, para o caráter democrático que devem deter os órgãos incumbidos de distribuir justiça e pacificar as pendengas sociais e, principalmente, para possibilitar que a sociedade tenha, de modo direto, através das suas instâncias representativas, vez e voz no debate jurídico, mormente no constitucional, caso da Lei 9.868/1999.

Por outro lado, não nos parece ser a melhor doutrina a que defende ser o amicus curiae uma espécie *sui generis*, especial, de intervenção de terceiros, distinto da assistência – única que seria vedada diretamente pelo ordenamento –, já que somente neste caso seria necessária a demonstração do interesse jurídico.

De fato, a primeira constatação a fissurar a tese esposada pela segunda corrente reside no argumento de que é a lei processual que exige de todos os terceiros, assistentes ou quaisquer outros, que pretendem ingressar no processo o interesse jurídico, não obstante sabermos se tratar de mera opção legislativo-processual. Tal fato, aliado à constatação de que o interessado não é parte inicial no processo, é o que justifica a essência da intervenção de terceiros, seja em processos subjetivos ou em processos objetivos, como os que ocorrem, por exemplo, no controle abstrato de constitucionalidade. Não fosse assim, as lides seriam verdadeiras aventuras nas quais todas as pessoas, físicas e jurídicas, poderiam intervir quando bem quisessem e desejassem. Balburdia processual maior não haveria.

Outro argumento em desfavor da natureza jurídica de intervenção atípica de terceiros do amigo da corte é a de que a sua atuação ficaria dependente de lei prévia que o isentasse da demonstração de interesse jurídico. Aqui cabem as mesmas afirmações feitas anteriormente: a atuação do amicus curiae deve ser pautada pela ideia de maior legitimação que a sua participação traz à decisão formulada, bem como à democratização do acesso à justiça, e não pela presença ou ausência de interesse jurídico. O auxílio não vem em socorro da parte autora ou ré, recorrente ou recorrida, impetrante ou impetrada, arguente ou arguida etc., mas sim em auxílio imediato do órgão (geralmente corte) julgador e mediato de toda a sociedade, na medida em que contribui para a solução da peleja. Tal característica poderia aplacar, inclusive, o ímpeto imediato que toda parte litigante tem de recorrer de uma decisão desfavorável, haja vista ser a conformação final do processo construída em bases mais plurais.

3. CONCLUSÃO

Tendo em vista o exposto, concluímos que a

melhor doutrina é aquela que defende a natureza jurídica de auxiliar do juízo do amigo da corte, a uma por ser mais condizente com o atual estágio de desenvolvimento do nosso ordenamento jurídico, cuja Norma Fundamental se apelidou de “cidadã”; a duas porque uma atuação mais livre e neutra do amicus curiae contribui para a legitimação das decisões proferidas pelo Poder Judiciário; e, a três, porquanto a ausência de comprometimento com a tese de uma das partes litigantes permite que a atuação do colaborador da corte na elucidação de fatos e direitos seja mais calcada na defesa do interesse público mediato presente em todas as lides, principalmente naquelas em que os anseios da sociedade são decididos.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae: coleção de temas de processo civil — estudos em homenagem a Eduardo Espínola*. Salvador: JusPODIVM, 2005.
- BUENO FILHO, Edgar Silveira. *Amicus curiae: a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ — Centro de Atualização Jurídica, n. 14, jun./ago., 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 20 nov. de 2010.
- DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*. v. 1, 5. ed. reform., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2005.
- PEREIRA, Milton Luís. *Amicus curiae: intervenção de terceiros*. Revista do Centro de Estudos Jurídicos (CEJ). Brasília: n. 18, p. 83-86, jul./set., 2002.
- PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues del. *Breves considerações sobre o amicus curiae na ADIN e sua legitimidade recursal*. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais sobre terceiros no processo civil (e assuntos afins). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ROCHA, João Marcelo. *Direito tributário*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ferreira, 2005.

A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO E SUA CONSEQUENTE DESCRIMINALIZAÇÃO NO CENÁRIO NORTE-AMERICANO: UM COMPARATIVO COM A REALIDADE BRASILEIRA

Ângela Simões de Farias

Membro do Ministério Público do Estado de Pernambuco (Procuradora de Justiça); Professora de Direito Penal da UFPE (Faculdade de Direito do Recife) e da UNICAP (Universidade Católica de Pernambuco); Doutoranda de Direito Penal da UFPE; E-mail: angela.simo.es.farias@terra.com.br.

Marcela Neves Baptista Lins

Estudante de Direito da UFPE (Faculdade de Direito do Recife); Estagiária de Direito da PGE-PE (Procuradoria Geral do Estado de Pernambuco); Ex-estagiária de Direito do TJ-PE (Tribunal de Justiça de Pernambuco); Ex-estagiária de Direito da JF-PE (Justiça Federal de Pernambuco); Aprovada em diversos concursos públicos para estágio, dentre eles os do MP-PE (Ministério Público de Pernambuco), TRF-PE (Tribunal Regional Federal de Pernambuco) e PGE-PE (Procuradoria Geral do Estado de Pernambuco); E-mail: marcelanevesbaptista@hotmail.com

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Reconhece-se a existência de uma forte relação entre a permissão do aborto voluntário e a redução nos índices criminalidade. Estudos apontam nesse sentido, a des-

peito de diversos Países resistirem à legalização do aborto.

Com a nação norte-americana não foi diferente: a legalização do aborto sobreveio para muitos estados apenas após o caso *Roe versus Wade*, evocando o princípio da privacidade.

A legislação punitiva do aborto voluntário costuma prejudicar sobretudo mulheres jovens, solteiras, com menor nível de escolaridade e desprovidas de recursos financeiros. São elas as maiores vítimas, por muito tempo desamparadas, nesse sentido, pela inexistência de uma legislação capaz de defendê-las.

Serão, aqui, apresentados argumentos que comprovam o decréscimo no número de delitos em face da legalização do aborto, bem como a ineficácia da legislação punitiva do aborto voluntário e os argumentos utilizados para tanto, tomando como cenário os Estados Unidos.

2. DESCRIMINALIZAÇÃO, DESPENALIZAÇÃO E/OU LEGALIZAÇÃO DO ABORTO?

Descriminalizar alguma conduta equivale a afastar da mesma a feição de criminoso. A infração penal deixa, pois, de ser considerada como tal, o que pode ocorrer de duas maneiras distintas: retirando o caráter ilícito do fato sem legalizá-lo ou apartando seu caráter contravençional e o legalizando por inteiro.

Na hipótese preliminar, a conduta continua sendo defesa, mas não sob o âmbito de incidência do Direito Penal: tratar-se-ia, portanto, de um ilícito de outra natureza. Quanto ao tema, adverte Luiz Flávio Gomes com maestria:

*Descriminalizar, assim, é diferente de descriminalizar e concomitantemente legalizar a conduta*¹.

1. GOMES, Luiz Flávio. In: Nova lei de tóxicos: descriminalização da posse de droga para consumo pessoal. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9180/nova-lei-de-drogas>>. Acesso em: 29 de março de 2011.

Sempre que nos depararmos, desse modo, com uma descriminalização, deverá ser verificado se o ato antes incriminado foi 100% legalizado ou se, mesmo não mais sendo uma infração penal, continua sendo contrário ao Direito.

Nessa linha de raciocínio, a legalização, além de descriminalizar o fato em nível penal, torna-o insuscetível de ser objeto de qualquer tipo de sanção. É o álibi adotado por Países de tendência liberal relativamente ao aborto. A legislação vigente nesses locais considera que a decisão de abortar – ou não – compete unicamente à mulher. Emitir juízo de valor a esse respeito equivaleria a invadir a privacidade alheia.

Contudo, desgraçadamente, uma boa parcela da população ainda sustenta a crença de que os problemas sociais serão solucionados por intermédio do sistema penal. Ledo engano. Diversas fontes² apontam para o fato de que, em nações nas quais o aborto é reputado como crime, o procedimento abortivo se revela extremamente débil, os direitos humanos são transgredidos com mais frequência e os índices de mortalidade materna atingem proporções alarmantes.

O tema é demasiado polêmico e

[...] a simples discussão sobre a possibilidade de legalização causa grande reação, principalmente da Igreja Católica³.

Isso porque a Igreja como um todo – sobretudo a Católica, que conta com grande número de adeptos no território brasileiro – sempre se encarregou de participar energicamente dos colóquios sobre o aborto, censurando-o. Aqueles que patrocinam a causa adversa denunciam a expropriação do corpo feminino e o excessivo controle sobre este.

Ambos os conceitos pretéritos (descriminalização e legalização) não se confundem com o instituto da despenalização. Este último – diferentemente dos demais – possui o condão de mitigar a resposta penal, de modo a suavizar a pena aplicada, mas mantendo ileso o status criminal da conduta. Comumente, a despenalização é acompanhada da adoção de penas restritivas de direito.

Despenalizar o aborto seria uma medida demasiado branda. A mera despenalização dessa conduta não oferece à mulher a possibilidade de realizar uma escolha livre – abortar ou não? – e consciente sobre o tema. Afinal, a figura feminina sofreria o jus puniendi estatal caso abortasse, mesmo que em termos mais amenos.

Cumpra analisar a prática do aborto, pois, sob

outra perspectiva – a de sua descriminalização e posterior legalização, consoante outrora abordado. O tema começou a ser tratado de maneira mais responsável no Brasil a partir de meados de 1980, quando do início do processo de redemocratização.

Por isso, a célebre Maria Isabel Baltar da Rocha, no texto A discussão política sobre o aborto no Brasil: uma síntese⁴ divide a discussão suscitada em dois momentos – antes e após o retorno da democracia brasileira.

Nessa segunda fase, a Assembléia Constituinte, ao implantar o Estado Democrático de Direito, passou a conceder maior relevo aos direitos fundamentais da sociedade. O aborto é, indubitavelmente, um desses direitos que ainda não foi de todo reconhecido – por enquanto, o aborto em nível nacional é permitido apenas nas situações excepcionais apontadas no art. 128 do Código Penal.

Se a sociedade e, mais especificamente, as mulheres brasileiras não têm encontrado amparo na legislação sobre o tema, resta à população (nesse rol incluídos os governantes de plantão) insistir em melhores soluções para o problema, quais sejam, a descriminalização e ulterior legalização da prática abortiva, consoante verificado no cenário norte-americano, analisado a seguir.

3. HISTÓRICO DA REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE DIANTE DA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO NOS ESTADOS UNIDOS

O suporte da estatística ajuda a compreender de modo mais adequado o quadro da criminalidade em face à tomada de decisão acerca da necessidade e/ou conveniência de mudança da legislação em vigor.

Nesse diapasão, no intuito de vincular aborto e criminalidade, o artigo publicado por Donohue e Eteven⁵ tenta demonstrar que a legalização do aborto nos Estados Unidos contribuiu significativamente para a recente redução dos crimes. Os delitos começaram a decrescer, segundo o referido artigo, cerca de duas décadas (aproximadamente 18 anos), após a legalização do aborto.

Ressalte-se que os cinco Estados norte-americanos os quais permitiram o aborto em 1970 experimentaram o declínio antes do restante do País, que legalizou o aborto em 1973, por meio do processo Roe versus Wade.

Dessa feita, os estados com elevadas taxas de aborto nos anos das décadas de 1970 e 1980 reduziram em uma maior proporção seus crimes na década de 1990. Tal estudo assinala que a legalização do aborto contribuiu em 50% (cinquenta por cento) para a recente queda nos crimes.

Nos primórdios da fundação dos Estados Unidos,

2. Entidades lançam plataforma para a legalização do aborto no Brasil. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticia/ENTIDADES+LANCAM+PLATAFORMA+PARA+A+LEGALIZACAO+DO+ABORTO+NO+BRASIL_71348.shtml> Acesso em: 30 de março de 2011.

3. PINTO, Celi Regina Jardim. Uma história do feminismo no Brasil (Coleção História do

Povo Brasileiro). Editora Fundação Perseu Abramo, 2003, p. 83.

4. ROCHA, Maria Isabel Baltar da. A discussão política sobre o aborto no Brasil: uma síntese. In: Revista Brasileira de Estudos sobre a população. São Paulo: v. 23, n. 2, 2006.

5. The quarterly journal of economics, The impact of legalized abortion on crime, Donohue, John ; Levitt, Steven D. ,vol.CXVI, may, issue 2 Massachusetts: Mit Press, 2001.

era permitido o aborto antes da fase do “chute”, quando dos primeiros movimentos do feto (geralmente em torno de 16 a 18 semanas de gravidez).

Em 1828, Nova York tornou-se o primeiro Estado a limitar o aborto e, em 1900, a ilegalidade deste foi estendida para todo o País. Só no final dos anos 60, vários estados – como Nova York, Califórnia, Washington, Alasca e Havaí – começaram a permiti-lo em situações extremas, em havendo estupro ou risco de vida para a parturiente. Com a sentença do caso *Roe versus Wade*, em 1973, o aborto foi legalizado em todo o País.

Impende asseverar que o perfil feminino beneficiário da decisão *Roe versus Wade*, em geral, é mulher solteira, com menos de 20 anos e pobre. Ora, a infância pobre e um lar monoparental estão, segundo afirmam especialistas, entre os fatores prováveis de um futuro criminoso. O mesmo ocorre com os filhos de mães adolescentes, sendo a baixa instrução materna o fator isolado de maior peso para o advento da criminalidade.

Segundo concluem Donohue e Eteven⁶, a legalização do aborto nos Estados Unidos acarretou, pois, em uma série de consequências, como revelam as estatísticas.

Dentre essas consequências, destacam-se: o infanticídio diminuiu, bem como o número de casamentos forçados e de crianças destinadas à adoção – este último fato explica o aumento na adoção de bebês estrangeiros. As gravidezes também aumentaram quase 30% (trinta por cento), mas os nascimentos decresceram 6% (seis por cento), sugerindo que muitas mulheres estariam usando o aborto como método de controle da natalidade.

Apesar disso tudo, o maior impacto é vislumbrao quanto à criminalidade. Isso porque o aborto legalizado resultou em uma quantidade menor de filhos indesejados. Estes, por sua vez, não sendo educados de modo indevido, escaparam de um provável futuro criminoso.

Uma maneira de testar o efeito do aborto sobre a criminalidade, segundo os autores do artigo ora comentado, diz respeito ao exame dos dados dos crimes naqueles 5 (cinco) estados norte-americanos que legalizaram o aborto mesmo antes de 1973, quando a legalização foi estendida para todo o País.

Esses Estados vivenciaram uma redução na criminalidade antes dos 45 estados restantes, os quais apenas obtiveram a legalização posteriormente. De 1988 a 1997, os crimes violentos nos cinco estados supra referidos diminuíram 13% (treze por cento), em comparação aos demais estados.

Foram justamente os Estados com os mais altos índices de aborto nos anos 70 que apresentaram as maio-

res quedas na criminalidade nos anos 90. Já os Estados com baixos índices de aborto obtiveram um decréscimo menor no número de delitos.

N’outra linha de argumentação, também seria plausível cogitar, em discrepância com o quadro acima descrito e defendido pelos autores Donohue e Eteven⁷, que a queda na criminalidade nos Estados Unidos se deu por outras causas, tais como o controle de armas, o melhor policiamento e a economia em crescimento, à época, recusando a alegação de vinculação aborto versus criminalidade.

Por outro lado, é reconhecidamente difícil afirmar que essas causas, constituídas por intermédio de um conjunto de fenômenos relativamente distintos e complexos, tenham sido mantidas em níveis continuados por tanto tempo, vindo a repercutir cerca de 20 (vinte) anos após a contenção dos abortos. De qualquer forma, esses argumentos integram e fazem parte do quadro de análise desse tema.

4. EFETIVIDADE NA REFORMULAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO: OS ARGUMENTOS A FAVOR DO ABORTO NOS EUA

Se a Corte Suprema dos Estados Unidos houvesse dito que um feto é uma pessoa constitucional – como parte interpretativa da 14ª Emenda Constitucional⁸ – tal decisão implicaria a obrigação de se proibir o aborto, como uma questão de direito constitucional federal. Contudo, mesmo antes da decisão *Roe versus Wade*, nenhum estado norte-americano legislou admitindo que o feto fosse uma pessoa jurídica, mesmo nos estados de mais severa restrição ao aborto⁹.

Como sabido, o princípio constitucional erigido na decisão *Roe versus Wade* é o princípio da privacidade. Na Carta Magna americana existem, no entanto, outra(s) fonte(s) de fundamentação, a exemplo do denominado princípio constitucional de igualdade, extraído da 13ª Emenda¹⁰ da Constituição americana e também da cláusula do devido processo legal da 5ª Emenda¹¹.

O argumento da igualdade gira em torno da afirmação de que as restrições em relação ao aborto discriminam as mulheres na medida em que impõem limites à sua liberdade em comparação aos homens. As regulações sobre o aborto afetam o controle autônomo de uma mulher sobre todo o curso da sua vida, sua capacidade para se situar em relação ao homem, a sociedade e o Estado, bem como sua condição enquanto cidadã independente e autossuficiente.

6. *Idem*, *ibidem*.

7. *Idem*, *ibidem*.

8. A emenda nº 14 garante os direitos civis e o implemento do *due process of law*. Definir a cidadania e garantiu instrumentos ao governo federal para compelir os estados a garantir a proteção igualitária das leis.

9. DWORKIN, Ronaldo. “The great abortion case”, *New York Review of books* (

29.06.1989), p. 50.

10. A emenda nº 13 trata de igualdade e foi, com base nela, que se determinou, por exemplo, a abolição da escravidão.

11. A emenda nº 5 garante o direito ao devido processo legal nas causas criminais. Como exemplos: o direito de permanecer calado e evitar assim a auto-incriminação, assim como a proteção contra buscas e apreensões descabidas. E o direito ao grande júri.

O trato desvantajoso em relação à mulher por razão de gravidez ou por opção diante de sua função reprodutiva representa um caso paradigmático de discriminação por sexo¹². Adotando-se essa linha de raciocínio, o argumento seria de ordem a privilegiar a autonomia da mulher.

Nos Estados Unidos¹³, a polêmica tornou-se e é, ainda, muito acirrada pelo modo como foi formulado o direito norte-americano acerca do aborto. O processo de sua elaboração foi feito sem o consenso político do legislativo. Por um ativismo constitucional, a legislação originou-se de uma decisão da Suprema Corte.

O procedimento mostra que a Constituição americana, como em outros ordenamentos jurídicos, tem o poder de declarar a inconstitucionalidade de leis votadas pelo Congresso ou por qualquer estado. E, uma vez haja essa manifestação, prevalece o acórdão da Corte Suprema.

Em tese, uma emenda popular à Constituição seria possível dando poder aos legisladores nos termos de emenda. Na prática, trata-se de uma situação muito difícil. Isso porque a mudança de direção depende da nomeação de novos juízes, os quais possuem o poder de anular decisões anteriores.

No caso *Roe versus Wade*, a Suprema Corte declarou, por uma votação de 7 (sete) a 2 (dois), que a legislação do Texas, que considerava o aborto como crime até então – desde que tal aborto não fosse realizando objetivando salvar a vida da mãe – era inconstitucional.

Por consequência, qualquer lei estadual passou a não poder proibir o aborto, que viesse a ocorrer dentro dos 3 (três) primeiros meses de gravidez, sob pena de ser inquinada de inconstitucionalidade. A regulamentação do aborto pelos estados norte-americanos, então, só pôde ser disciplinada após os 3 (três) primeiros meses de gravidez evocando-se, também, questões de proteção à saúde da mulher.

Diante desse quadro constitucional, os grupos pró-vida tentaram, sem sucesso, efetivar uma emenda à Constituição no sentido de que os fetos já fossem tratados como pessoas. É de origem norte-americana a inspiração do Estatuto do Nascituro, em tramitação no Congresso brasileiro.

Caso a decisão *Roe versus Wade* fosse revogada algum dia, poderia surgir uma solução negociada, em cada estado, pela via política do legislativo. No entanto, no caso do aborto, quando a Suprema Corte limitou a agenda da legislatura, exerceu seu legítimo poder. Não surpreende, pois, que os ativistas pró-vida tenham como alvo principal tentar retirar o caso do aborto da Suprema Corte para a agenda legislativa¹⁴.

Tais ativistas alegam que o Poder Judiciário, ao

constitucionalizar um assunto tão explosivo, polarizou a comunidade racional mais radical, ao invés de permitir que o problema se resolvesse por processos ordinários de uma negociação pluralista. Por outro lado, tudo indica que a decisão liberal pró-aborto teria sido retardada ou talvez não tivesse sido adotada, até a presente data, caso a questão estivesse na seara política congressional.

Quanto a considerar a solução de indicações, o direito à privacidade¹⁵ decidido pelo tribunal no caso *Roe versus Wade* conferiu soberania às mulheres, quanto ao direito constitucional do uso do seu próprio corpo para fins de procriação.

É a Décima Quarta Emenda que garante à Constituição norte-americana as liberdades básicas centrais, incluindo o direito à privacidade do qual resulta que todas as mulheres têm direito constitucional ao aborto. Tal postura responde a uma sociedade com as condições essenciais de liberdade.

Pondere-se, ainda, que caso a questão do aborto nos Estados Unidos saísse da esfera judiciária, em que se encontra disciplinada e passasse para a esfera legislativa, o argumento da privacidade seria frágil para o convencimento da maioria dos parlamentares. Melhor seria que a argumentação fosse baseada, diante desse possível cenário, na responsabilidade pela tomada de decisão da mulher.

Tratar-se-ia da responsabilidade, por exemplo, de planejar a família, os compromissos do trabalho e os estudos, bem como de superar o fato de ter um parceiro irresponsável financeiramente numa sociedade indiferente com os cuidados dos filhos, sem que o ambiente de trabalho forneça infraestrutura para a criação dos mesmos.

Esses argumentos podem parecer mais adequados para afastar a ideia de que a necessidade do aborto não é baseada no desejo egoísta de dar fim a uma vida prematura, mas a de realizar, com responsabilidade, a tarefa de continuar vivendo¹⁶.

5. PESQUISAS QUE REVELAM A INEFICÁCIA DA LEGISLAÇÃO PUNITIVA DO ABORTO VOLUNTÁRIO, EM CONCLUSÃO

Um levantamento feito em maio de 2010 pela organização não governamental (ONG) denominada Anis em parceria com a Universidade de Brasília (UnB) e com o apoio do Ministério da Saúde revelou que 1 (uma) em cada 7 (sete) mulheres de até 40 anos já fez aborto.

Quando consideradas apenas as mulheres na faixa entre 35 e 49 anos, esta relação cai para 1 (uma) em cada 5 (cinco) mulheres. A pesquisa ouviu 2.002 mulheres

12. SHAPIRO, Ian. El derecho constitucional en materia de aborto en Estados Unidos: una introducción. La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 61-62.

13. DWORKIN, Ronaldo. Domínio da vida. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 6-7.

14. ELTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. Constitucionalismo y democracia. Trad. Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 81.

15. DWORKIN, Ronaldo. Domínio da vida. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.75.

16. Idem, ibidem, p.80.

entre 18 e 39 anos nas capitais e municípios de todo o País com mais de 5.000 habitantes, excluindo-se as mulheres que vivem em áreas rurais e as analfabetas.

Os dados indicaram que o aborto é mais frequente entre as mulheres com menor nível de escolaridade, não havendo, no entanto, diferenças em função da religião adotada. Entre as mulheres que optaram por abortar, 48% usaram algum medicamento e 55% (cinquenta e cinco por cento) delas ficaram internadas em razão do procedimento. As mulheres seguem abortando, com ou sem autorização legal.

De modo geral, na visão da referida ONG Anis, já passou da hora de o País encontrar respostas concretas para essa demanda cidadã nas políticas públicas de saúde.

O Ministério Público de Pernambuco informou oficialmente, por solicitação das autoras¹⁷, que, no período de 2004 a 2010, a comarca do Recife recebeu 11 (onze) inquéritos policiais, ofereceu a partir desses inquéritos 8 (oito) denúncias e requereu, em decorrência das denúncias oferecidas, 4 (quatro) arquivamentos.

Esses dados, quando comparados aos levantamentos de estimativas não oficiais feitos por ONG's, demonstram a inoperância do aparato repressivo nos casos de abortos e, em certa medida, revelam a ineficácia da legislação em vigor quanto ao efeito de punir a conduta da prática do aborto voluntário.

Tais pesquisas comparativas, a despeito de serem mais algumas em meio a tantas, em diferentes localidades e espaços temporais, auxiliam a compreender esse universo pesquisado.

O Instituto Max-Planck – conceituada instituição integrante do sistema científico e tecnológico alemão – também vem realizando, internacionalmente, pesquisas comparativas acerca da interrupção da gravidez. Afirmam seus pesquisadores que não existem dois modelos iguais de regulação¹⁸ e, apesar da tendência existente para despenalizar as condutas de interrupção do aborto, na maioria das legislações o mesmo aparece criminalizado.

Provavelmente, esse fato ocorre devido ao desejo de tentar aparentar maior dureza do que a sociedade deseja sustentar, deturpando-se o estado de desenvolvimento normativo relativo à interrupção da gravidez. Isso ocorre alhures e, também, no Brasil.

REFERÊNCIAS

- DWORKIN, Ronaldo. "The great abortion case", New York Review of books (29.06.1989), p. 50.
- DWORKIN, Ronaldo. *Domínio da vida*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 6-7, 75, 80.
- ELTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. Trad. Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 81.
- *Entidades lançam plataforma para a legalização do aborto no Brasil*. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticia/ENTIDADES+LANCAM+PLATAFORMA+PARA+A+LEGALIZACAO+DO+ABORTO+NO+BRASIL_71348.shtml> Acesso em: 30 de março de 2011.
- GOMES, Luiz Flávio. In: *Nova lei de tóxicos: descriminalização da posse de droga para consumo pessoal*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9180/nova-lei-de-drogas>>. Acesso em: 29 de março de 2011.
- JAKOBS, Güther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas, 2004, p. 231.
- Ministério Público de Pernambuco / Procuradoria Geral de Justiça. *Pesquisa referente à CI nº 031/2010 - Crimes de Aborto*.
- PINTO, Celi Regina Jardim. *Uma história do feminismo no Brasil (Coleção História do Povo Brasileiro)*. Editora Fundação Perseu Abramo, 2003, p. 83.
- ROCHA, Maria Isabel Baltar da. *A discussão política sobre o aborto no Brasil: uma síntese*. In: Revista Brasileira de Estudos sobre a população. São Paulo: v. 23, n. 2, 2006.
- SHAPIRO, Ian. *El derecho constitucional en materia de aborto en Estados Unidos: una introducción*. La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 61-62.
- The quarterly journal of economics, *The impact of legalized abortion on crime*, Donohue, John; Levitt, Steven D., vol. CXVI, may, issue 2 Massachusetts: Mit Press, 2001.

17. Fonte: Ministério Público de Pernambuco / Procuradoria Geral de Justiça. Pesquisa referente à CI nº 031/2010 - Crimes de Aborto.

18. JAKOBS, Güther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas, 2004, p. 231.

O DIREITO MARÍTIMO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E INTELECTUAL NO NORDESTE

Ingrid Zanella Andrade Campos

Professora de Direito Marítimo da Faculdade de Boa Viagem – FBV. Coordenadora acadêmica e Professora da Pós-Graduação em Direito Marítimo e Portuário da Faculdade Maurício de Nassau, em Recife – PE. Mestre e Doutoranda em Direito pela UFPE - Universidade Federal de Pernambuco. Possui Curso e Certificado de Segurança Náutica (Standards of Training, Certification & Watchkeeping – STCW), pela SEAMAN NÁUTICA, Brasil. Presidente da Comissão de Direito Marítimo, Portuário e do Petróleo da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Pernambuco. Advogada e Consultora marítima, portuária e ambiental. Autora do Livro Direito Constitucional Marítimo - O Acesso à Justiça no Tribunal Marítimo e seus Princípios Constitucionais Processuais. Curitiba - PR: Juruá Editora, 2011.

1. NOÇÕES PRELIMINARES DE DIREITO MARÍTIMO

Considera-se o Direito Marítimo como um ramo do direito autônomo, que regulamenta toda atividade originada da utilização dos bens e meios para a navegação e da exploração do mar e das águas interiores. Suas normas regem as relações jurídicas relativas à navegação e ao comércio marítimo, em torno do tráfego e tráfico marítimo, em suma todas as relações nascidas da utilização e explo-

ração do mar, tanto na superfície quanto na profundidade.

A respeito da autonomia dessa disciplina do direito, apesar da farta legislação a respeito, observava-se certo preconceito em reconhecê-la como autônoma. Nesse contexto, o legislador constituinte originário colocou tal disciplina no patamar constitucional, em face do art. 22, inc. I, da Constituição Federal de 1988; assim, inexistente polêmica quanto à existência ou autonomia do Direito Marítimo.¹

Igualmente, defende Torres Neuquén:

*Hablar de autonomía de una disciplina jurídica, implica entender que aquella tiene una temática propia y conflictos exclusivos que requieren soluciones específicas. Es así que las disciplinas autónomas necesitan darse normas y principios originales para hacer frente a las situaciones no previstas por el Derecho común. Tal es lo que ocurre con el Derecho Marítimo.*²

De acordo com Ignacio Arroyo, “El Derecho marítimo es el conjunto de relaciones jurídicas que nacen o se desarrollan con el mar. Por consiguiente, el mar y lo marítimo constituyen los criterios delimitadores de la materia”³

Cita-se, ainda, Torres Neuquén: “El Derecho Marítimo regula todos los hechos y relaciones nacidos de la actividad navegatoria, cualquiera sea el objeto específico de la misma; de manera que no interesa que sea comercial, científica, deportiva, recreativa, etcétera.”⁴

A doutrina inclui no Direito Marítimo as normas sobre a navegação em dois conjuntos: um público e outro privado. Isso, pois, esse ramo do direito apresenta dois fatores fundamentais, a saber:

1. Fator econômico, retratado no caráter empresarial mercantil e nas regras atinentes à normatização da atividade empresarial e ao tráfico marítimo;

2. Fator político, concernente ao tráfego marítimo e à intervenção dos Estados nas regras da navegação, da jurisdição, da soberania e da segurança da navegação.⁵

1. CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito Marítimo: aspectos introdutórios. In: CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de (Org.). Direito marítimo made in Brasil. São Paulo: Lex Editora, 2007. p. 66.

2. NEUQUÉN, Torres. Guía de estudio marítimo: programa desarrollado de la materia. 1 ed. Buenos Aires: Estudio, 2007. p. 11.

3. MARTÍNEZ, Ignacio Arroyo. Compendio de derecho marítimo. 3 ed. Madrid: Tecnos, 2009.

4. NEUQUÉN, Torres. Guía de estudio marítimo: programa desarrollado de la materia. 1 ed. Buenos Aires: Estudio, 2007. p. 09.

5. MARTINS, Eliane Maria Octaviano. Curso de Direito marítimo. Volume I. 3 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Manole, 2008. p. 03.

As normas do tráfego regulamentam a jurisdição, a soberania, a segurança da navegação e a salvaguarda da vida humana, do navio e da carga. Tráfego contempla a navegação sob égide do deslocamento dos navios. As normas do tráfico regulam o comércio marítimo, a atividade empresarial do transporte marítimo e, portanto a exploração do navio como meio de transporte.

O Direito Marítimo se confronta com normas de natureza pública e privada, como as que regem o comércio marítimo em geral. Por ser abrangente este ramo do direito é de natureza jurídica mista, assim, sofre incidências dos preceitos públicos e das peculiares do direito privado. Motivo pelo qual o Direito Marítimo é ramo multidisciplinar, que demanda de uma preocupação internacional e, da atuação de organismos estatais e alternativos.⁶

Direito Marítimo não se confunde com o Direito da Navegação, que regulamenta o tráfego, buscando a segurança do deslocamento de navios, com natureza jurídica de direito público. Dessa forma o Direito Marítimo, por ser mais extenso engloba o Direito da Navegação, uma vez em que, como esclarecido, regula o transporte de coisas e pessoas, em todas suas particularidades e o ato de deslocamento do navio.

No que tange à divisão do Direito Marítimo, este pode ser dividido em interno e internacional, em público em privado, em face de sua natureza mista. Da seguinte forma:

DIREITO MARÍTIMO PÚBLICO INTERNO - Compreende normas de Direito Administrativo, Penal, Processual, Fiscal e Constitucional, aplicáveis a atos e fatos do comércio marítimo no âmbito da jurisdição nacional.

DIREITO MARÍTIMO PÚBLICO INTERNACIONAL

DIREITO MARÍTIMO PRIVADO INTERNO - Trata da matéria referente ao Direito Marítimo Comercial exercido entre praças nacionais, abrangendo normas relativas aos contratos de transporte marítimo, aluguel de navios e etc.

DIREITO MARÍTIMO PRIVADO INTERNACIONAL - Trata da matéria referente ao Direito Marítimo Comercial exercido entre praças internacionais, abrangendo normas relativas aos contratos de transporte marítimo, aluguel de navios e etc.⁷

Por sua vez, o Direito da Navegação se classifica em:

DIREITO DA NAVEGAÇÃO PÚBLICO INTERNACIONAL OU EXTERNO - Trata especificamente do tráfego da navegação internacional em alto-mar, e como tal é regido pelas normas internacionais, verti gratis, o Regulamento Internacional para Evitar Abalroamento no Mar - RIPEAM, abrangendo também

o Direito do Mar, isto é, a liberdade dos mares, o limite do mar territorial, zonas contíguas, zonas econômicas, e etc.

DIREITO DA NAVEGAÇÃO PÚBLICO INTERNO - Ramo do Direito da Navegação cujas normas se aplicam aos atos e fatos ocorridos nas águas sob jurisdição nacional, isto é, dentro do mar territorial, águas interiores, rios, lagos, lagoas, baías, canais, portos, etc., e no limite destas.⁸

As fontes do direito marítimo são de natureza pública e privada, nacional e internacional, da seguinte forma, de acordo com o Doutrinador Sampaio de Lacerda, para fins propedêuticos deve-se considerar distribuídas as normas do direito marítimo, da seguinte forma:

a) normas de direito público marítimo, ou melhor, do direito marítimo administrativo e penal, compreendendo as normas relativas à Marinha Mercante, à Polícia dos Portos, à organização e funcionamento dos Tribunais Marítimos.

b) normas de direito internacional marítimo: público ou privado. As primeiras regulam a liberdade dos mares, o direito e obrigações entre beligerantes e neutros. As segundas ocupam-se em solucionar os conflitos de leis derivados da navegação marítima.

c) normas de direito comercial marítimo ou de direito marítimo privado, ou ainda de direito civil marítimo que são as que regem a armação e expedição de navios e as relações decorrentes dos fatos inerentes à navegação.⁹

A codificação do Direito Marítimo, no âmbito nacional, atualmente, é regida pelo pela Segunda parte do Código Comercial, pelos preceitos da Constituição Federal, do Código Penal, pela Consolidação das Leis Trabalhistas, pelo Código Civil e pelo Código de Processo Civil. Sem mencionar a incidência de leis espalhadas, Convenções e Tratados internacionais ratificados.

O Direito Marítimo não se resume ao estudo jurídico das operações do transporte por mar. D'outro vértice engloba as relações decorrentes das pessoas e dos bens que delas participam.

Da mesma forma, o estudo deste envolve conhecimento de outros ramos do direito, pois as relações da utilização e exploração do mar fazem surgir não só relações comerciais, como também de consumo, de trabalho, internacionais, processuais, o que assenta o alcance desta disciplina.¹⁰

Este, por ser de natureza jurídica mista, e ter fontes nacionais e internacionais, públicas e privadas, finda por asseverar a desenvoltura de diversas relações, e se

6. CAMPOS, Ingrid Zanella Andrade. Direito Constitucional Marítimo. O Acesso à Justiça no Tribunal Marítimo e seus Princípios Constitucionais Processuais. Curitiba, Juruá, 2011. p. 108.

7. GILBERTONI, Carla Adriana Comitê. Teoria e prática do direito marítimo. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p 15.

8. GILBERTONI, Carla Adriana Comitê. Teoria e prática do direito marítimo. 2 ed. Rio de

Janeiro: Renovar, 2005. p 15.

9. LACERDA, J. C. Sampaio de. Curso de Direito Privado da Navegação - Vol.1 - Direito Marítimo. 3ª edição. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 1984.

10. CAMPOS, Ingrid Zanella Andrade. Direito Constitucional Marítimo. O Acesso à Justiça no Tribunal Marítimo e seus Princípios Constitucionais Processuais. Curitiba, Juruá, 2011. p. 110.

enlaçar com outros ramos do direito. Ou seja, toda a atividade marítima abrange e desenvolve relações comerciais e internacionais, envolvendo contratos marítimos, direitos trabalhistas, relações de consumo, sobreposição de normas nacionais e internacionais, direito internacional, normas ambientais, outras.

Destaca-se a posição de Ignacio Arroyo,

*Problemas comunes necesitan soluciones uniformes. Y la soberanía legislativa de los Estados debe dar paso a la regulación supra nacional. Aunque se ha manifestado con más oscilaciones en el campo marítimo, en la navegación aérea ha sido una constante desde sus orígenes más reciente.*¹¹

A disciplina de Direito Marítimo é nitidamente marcada pela interdisciplinaridade, interagindo com regras de Direito Empresarial; Direito Ambiental; Direito Civil; Direito Processual Civil; Direito Internacional Privado; Direito do Trabalho; entre outros ramos do direito.

Portanto, não se aprende ou ensina o Direito Marítimo, ou se trabalha como ramo isolado, d'outro vértice, essa matéria demanda conhecimentos e interesse de outras searas jurídicas, possibilitando que o aluno ou o profissional desenvolva aptidões multidisciplinares, com uma visão não mais apenas focada no Direito, mas também nas relações econômicas, políticas, ambientais, trabalhistas e demais ligadas ao Direito Marítimo.

2. A IMPORTÂNCIA DO DIREITO MARÍTIMO NO DESENVOLVIMENTO DO NORDESTE

O Direito Marítimo está intimamente ligado ao desenvolvimento regional e nacional na atualidade, no entanto, para acompanhar o desenvolvimento econômico incipiente se faz necessário um desenvolvimento intelectual.

A Região Nordeste, atualmente, é a que mais se desenvolve economicamente. É notório que grande parte desse aquecimento econômico e social se deve à nova conjuntura marítima, portuária e petroleira da região. Em face da posição estratégica geográfica, Pernambuco conta com o Complexo Industrial Portuário de Suape, onde se encontram instalados a Refinaria Abreu e Lima e o Estaleiro Atlântico Sul. Ademais, há a previsão da implantação em Suape do Estaleiro Promar, com a promessa de geração de quase dois mil empregos.

A posição geográfica de Pernambuco, no centro da Região Nordeste, transforma Suape em um centro concentrador e distribuidor de cargas, e que este atue como um porto internacional concentrador de cargas para toda a América do Sul. O pólo agrega uma multimodalidade de transportes, através de rodovias e ferrovias internas, alia-

das a um porto de águas profundas com redes de abastecimento de água, energia elétrica, telecomunicações e gás natural instaladas em todo o complexo. Mais de 70 empresas já se instalaram ou estão em fase de implantação no Complexo Industrial, representando investimentos da ordem de US\$ 1,7 bilhão. Além da infra-estrutura adequada, essas empresas contam ainda com incentivos fiscais, oferecidos pelos governos estaduais e municipais, com o objetivo de estimular a geração de empregos e incrementar a economia regional. Dessa forma, Suape opera navios nos 365 dias do ano, sem restrições de horário de marés. O Porto já movimentou mais de cinco milhões de toneladas de carga por ano.¹²

Encontra-se, também, em completo desenvolvimento o turismo náutico, através do transporte marítimo de passageiros, que vem recebendo por temporada e continuamente um transatlântico, além de passarem, de forma transitória, em águas marítimas do Estado outras grandes embarcações (em média 15 navios), que aquecem a economia local, geram empregos e propiciam o lazer. Todos esses Navios de turismo são fretados por empresas brasileiras e gerenciados por agências de representação portuária e marítima.

Em face dessa conjuntura atual, em Pernambuco, empresas já oferecem o STCW - Standards of Training and Certification Watchkeeping Convention, que estabelece padrões internacionais ao treinamento dos marítimos, emissão de certificados de qualificação para funções a bordo e ao serviço de quarto nos navios. Assim, as empresas atuam como escolas de tripulantes, com assessoramento direto da Marinha, fato esse que criará novos empregos, em áreas até então não aprofundadas.

Ademais, o reaquecimento da indústria naval em face da construção de plataformas petrolíferas e de novos estaleiros, bem como do desenvolvimento da navegação de cabotagem fará com que as empresas procurem por serviços especializados envolvendo o Direito Marítimo.

Diante do fato, destaca-se que, mesmo diante de tantas demandas de profissionais qualificados e especializados, algumas poucas instituições desenvolvem o conhecimento acerca do Direito Marítimo, mesmo sendo esta uma disciplina em ascensão no cenário nordestino, brasileiro e internacional.

Ressalta-se que em 11 de março de 2011, a Ordem dos Advogados do Brasil Seção Pernambuco (OAB-PE), instituiu a Comissão de Direito Marítimo, Portuário e do Petróleo (CDMPP). Fato este que já representa um avanço, pois a CDMPP foi fundada com o objetivo de qualificar e capacitar advogados e demais profissionais para bem atuarem nessa área específica, bem como promover uma interação entres os entes privados e públicos no de-

11. MARTÍNEZ, Ignacio Arroyo. Compendio de derecho marítimo. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2009. p. 28.

12. Disponível em: http://www.suape.pe.gov.br/complexo_suape.asp. Acesso em: dez. 2009.

envolvimento de atividades náuticas e petrolíferas.

Desta forma será estimulado o desenvolvimento de Pós-Graduações na área, cursos de pequena duração, palestras, seminários e outros. Tudo com o fito de possibilitar que os profissionais de Pernambuco estejam preparados e especializados para as novas demandas multidisciplinares que já estão surgindo envolvendo Direito Marítimo, Portuário e do Petróleo

Atualmente a Faculdade Boa Viagem, em Recife – PE, dispõe em sua grande curricular a Disciplina Direito Marítimo e do Petróleo, como disciplina obrigatória. Por sua vez a Universidade Federal de Pernambuco instituiu em 2011 o Curso de engenharia naval. Ainda, a Universidade Católica de Pernambuco já instituiu o MBA em Petróleo e Gás e a Faculdade Nova Roma possui o curso de Pós-Graduação em Gestão do Petróleo e Gás. Já a Faculdade Maurício de Nassau em conjunto com a ESA, lançou o Curso de Pós-Graduação em Direito Marítimo e Portuário. Ressalta-se que a Faculdade Metropolitana já possui cursos na área como Gestão Portuária e Tecnólogo em Construção Naval.

Fatos como esses são de suma importância, pois demonstram que a sociedade já está buscando o conhecimento necessário e especializado. Entretanto, há muito que ser feito.

É necessária uma mudança de racionalidade para que haja um incentivo no desenvolvimento do conhecimento e da econômica em Pernambuco e no nordeste. É preciso que os órgãos públicos e privados estimulem a navegação marítima de cargas e de passageiros, de forma sustentável, posto que a navegação marítima é considerada a menos poluente e danosa ao meio ambiente, ao mesmo passo que é rentável.

O programa de Meio Ambiente das Nações Unidas relaciona como principais grupos de poluentes marinhos que impactam as zonas costeiras e oceanos, em escala mundial, os esgotos sanitários, compostos orgânicos persistentes, elementos radioativos, metais pesados, nutrientes contendo nitrogênio e fósforo, hidrocarbonetos, material em suspensão (movimentação de sedimentos) e lixo sólido. Numa avaliação global, os dois grupos de poluentes que mais impactam os ecossistemas da costa brasileira são os esgotos domésticos e os compostos orgânicos persistentes.¹³

O transporte marítimo de cargas e de passageiros se mostra mais benéfico para a sociedade do que o rodoviário, que é o mais utilizado no mundo e também o mais danoso ao meio ambiente e é diretamente responsável pela emissão predatória e desordenada de toneladas de matéria poluente na atmosfera.¹⁴

Logo, a maior fonte de poluição marinha são atividades terrestres e não as marítimas. O transporte marítimo de cargas e de passageiros está diretamente ligado a busca da efetivação do desenvolvimento sustentável, que une o bem estar social ao desenvolvimento econômico e à preservação ambiental.

Portanto, constata-se a atual necessidade de desenvolvimento do conhecimento científico e prático no campo jurídico e social do Direito Marítimo.

3. DIREITO E A REALIDADE

O Direito, como ciência social, deve ser vivenciado e praticado com enfoque na realidade, com uma perspectiva multidisciplinar. Nessa esteira deve ser almejar um ensino jurídico conectado com as necessidades locais, e da mesma forma, com as tendências globais.

Com o intuito esclarecedor, ressalta-se que o Parecer CES/CNE nº. 211/2004¹⁵ homologado pelo Ministério da Educação, em 22.09.2004, aprovou as Diretrizes Curriculares Nacionais dos cursos de graduação em Direito prevendo a adaptação às necessidades locais:

Art. 2º. (...)

§ 1º - O Projeto Pedagógico do curso, além da clara concepção do curso de Direito, com suas peculiaridades, seu currículo pleno e sua operacionalização, abrangerá, sem prejuízo de outros, os seguintes elementos estruturais:

I – concepção e objetivos gerais do curso, contextualizados em relação às suas inserções institucional, política, geográfica e social.

Nesse diapasão, as propostas curriculares dos cursos de Direito devem levar em consideração disciplinas que englobem questões hodiernas, como a do Direito Marítimo. Este ramo do direito deve ser oferecido nos cursos de graduação em Direito, e até em outras áreas, como forma de adequar o ensino a realidade social da região, do país e do mundo.

Isso, pois, o Direito Marítimo possibilita que o aluno e o Profissional desenvolvam conhecimentos em diversas matérias como Direito Constitucional, Trabalhista, Internacional, Internacional Público e Privado, Comercial, Ambiental e outros.

Entretanto, este conhecimento multidisciplinar não se resume a seara jurídica, é necessário um conhecimento ambiental, geográfico, físico, econômico e outros. Por exemplo, informação técnica acerca da estrutura física de uma embarcação, de estruturas ambientais e geográ-

13. WEBER, Rolf Roland. A perigosa poluição das águas. Disponível em: http://www2.uol.com.br/sciam/reportagens/a_perigosa_poluicao_das_aguas_imprim.html. Acesso em 25 jun. 2011.

14. SOUZA, Silvano Denega. Direito ambiental marítimo e desenvolvimento sustentável nos transportes: aspectos comparativos destacados. In: CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agri-

pino de (Org.). Direito marítimo, regulação e desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 252.

15. Disponível em: <http://www.cmconsultoria.com.br/legislacao/pareceres/2004/par_2004_0211_CNE_CES.pdf>.

ficas das regiões, para ter noção da profundidade de um porto e do calado de uma embarcação, bem como noções sobre os aspectos ambientais, para buscar mitigar os impactos negativos e promover os impactos positivos.

Por conseguinte, o desenvolvimento econômico da região do Nordeste precisa ser acompanhado pelo desenvolvimento intelectual. A inserção de disciplinas ligadas ao Direito Marítimo segue as Diretrizes Curriculares Nacionais dos cursos de Direito, e, é forma de ajustamento às necessidades dos profissionais no âmbito jurídico, sem se esquivar de mencionar que se caracteriza como um diferencial, tanto no campo acadêmico como profissional.

REFERÊNCIAS

- CAMPOS, Ingrid Zanella Andrade. Direito Constitucional Marítimo. O Acesso à Justiça no Tribunal Marítimo e seus Princípios Constitucionais Processuais. Curitiba, Juruá, 2011.
- CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de (Org.). Direito marítimo mande in Brasil. São Paulo: Lex Editora, 2007
- Complexo Industrial e Portuário de Suape . Disponível em: http://www.suape.pe.gov.br/complexo_suape.asp. Acesso em: dez. 2009.
- GILBERTONI, Carla Adriana Comitre. Teoria e prática do direito marítimo. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- LACERDA, J. C. Sampaio de. Curso de Direito Privado da Navegação - Vol.1 - Direito Marítimo. 3ª edição. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 1984.
- MARTINS, Eliane Maria Octaviano. Curso de Direito marítimo. Volume I. 3 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Manole, 2008.
- MARTÍNEZ, Ignacio Arroyo. Compendio de derecho marítimo. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2009.
- NEUQUÉN, Torres. Guía de estudio marítimo: programa desarrollado de la materia. 1 ed. Buenos Aires: Estudio, 2007.
- Parecer CES/CNE nº. 211/2004. Disponível em: http://www.cmconsultoria.com.br/legislacao/pareceres/2004/par_2004_0211_CNE_CES.pdf. Acesso em: dez. 2009.
- SOUZA, Silvano Denega. Direito ambiental marítimo e desenvolvimento sustentável nos transportes: aspectos comparativos destacados. In: CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de (Org.). Direito marítimo, regulação e desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- WEBER, Rolf Roland. A perigosa poluição das águas. Disponível em: http://www2.uol.com.br/sciam/reportagens/a_perigosa_poluicao_das_aguas_imprimir.html>. Acesso em 25 jun. 2011.

BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A PUBLICIDADE DIRIGIDA AO PÚBLICO INFANTIL NO BRASIL

Raíssa Alencar de Sá Barbosa

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), mestranda do curso de Pós-graduação em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE).

INTRODUÇÃO

O ponto de partida para a investigação é a consolidação da sociedade de consumo, realidade que a estrutura capitalista de mercado impõe, despersionalizando indivíduos e considerando-os como meros instrumentos do fluxo de riquezas.

A sociedade de massas apresenta como nota característica a modificação na forma de contratar, que deixou de ser feita diretamente entre vendedor e comprador para se desenvolver em um espaço mais amplo, no qual a oferta é disseminada simultaneamente a um número incontável de possíveis compradores. Conforme aduz Heloísa Carpena Vieira de Mello, “o anonimato imposto às relações de consumo conduziu inexoravelmente ao predomínio da comunicação de massa”¹, sendo a rápida produção e comercialização expressivas dessa despersionalização das relações comerciais, que afeta sobremaneira a vida de todos os que participam do corpo social. Delineia-se, nesse quadro, a figura do consumidor, vulnerável frente ao fornecedor, notadamente em razão de aspectos tecnológicos e de informação.

Nesse panorama, a publicidade apresenta-se como essencial para promover o escoamento da produção, pois possibilita a aproximação entre as partes da relação de consumo, intermediada pela mensagem desenvolvida pelo anunciante. Interessante é salientar que, inicialmente, a publicidade era dotada de caráter eminentemente informativo, entretanto, a partir dos anos 1920, conforme bem anota Antônio Herman Benjamin², passou a ter cunho essencialmente

persuasivo, despindo-se em grande medida da nota informativa, veiculando, afinal, verdadeiro estilo de vida.

Dentro desse quadro, foram identificados fenômenos publicitários prejudiciais ao consumidor, a exemplo da publicidade enganosa e da abusiva, objeto do presente trabalho, que mereceram, no Brasil, a atenção, primeiramente, dos próprios agentes. Nesse sentido, em nossa realidade foi editado o Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária (CBAP) pelo Conselho de Auto-regulamentação Publicitária (CONAR), em 1980, iniciando o modelo em que o próprio setor publicitário controla a atividade.

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 (CF/88), o Estado passou a envidar esforços na restrição da publicidade, passando o controle a ser misto, cabendo ao ente estatal, portanto, o estabelecimento de mecanismos de contenção da atividade publicitária, sendo basilar o art. 170, que impõe a função social da propriedade e a defesa do consumidor como limitações à livre iniciativa.

1. NORMATIZAÇÃO DISPENSADA À PUBLICIDADE INFANTIL APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Até o advento da CF/88, não havia maiores preocupações com os efeitos que a publicidade poderia ocasionar sobre o público infantil, sendo que a Carta Magna inovou no tratamento dispensado à criança, conferindo-lhe proteção integral, que deve ser exercida conjuntamente pela família, sociedade e Estado, conforme teor do art. 227. O princípio pressupõe a sua fragilidade, decorrente de sua condição de pessoa em desenvolvimento, cujo juízo crítico e entendimento não está ainda plenamente desenvolvido, e foi desdobrada em previsões tanto do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) quanto do Código de Defesa do Consumidor (CDC), os quais erigem normas protetoras de seus interesses.

O ECA, a seu turno, garante à criança o direito à vida e à saúde no art. 7º, bem como à liberdade, ao respeito e à dignidade, por força do art. 15, explicitando, dessarte, o princípio da proteção integral supramencionado.

O CDC determina ser necessária a percepção da mensagem como publicitária, prevendo o princípio da iden-

1. MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Prevenção de riscos no controle da publicidade abusiva. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 35, p. 123, jul.-set., 2000.

2. BENJAMIN, Antônio Herman V. O controle jurídico da publicidade. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 9, p. 27, jan.-mar., 1994.

tificação em seu art. 36 como forma de proteção do consumidor. Ocorre que a observância dessa norma é prejudicada quando o destinatário dessa mensagem é a criança, pela condição de pessoa em desenvolvimento supramencionada, razão pela qual o CDC proscree, em seu art. 37, §2º, a publicidade que se aproveite de sua deficiência de julgamento, caracterizando-a como abusiva, isto é, violadora de valores essenciais à sociedade. Consoante ressaltado por Heloísa Carpena Vieira de Mello, “o que está em questão aqui não é a veracidade ou correção da informação, mas o aspecto cultural da publicidade, o impacto moral da mensagem”³. Por se tratar de norma cujo interesse se sobrepõe ao dos particulares, possui o caráter de ordem pública, incidindo, dessa feita, sobre todas as relações jurídicas.

2. AÇÕES DESENVOLVIDAS COM O FIM DE COIBIR ABUSOS NA PUBLICIDADE INFANTIL

Com vistas a promover conscientização sobre a publicidade infantil, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), coordenado pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO), adotou iniciativa importante, consistente na elaboração da cartilha “Educação para o Consumo Responsável”, destinado a alunos de 5ª (quinta) a 8ª (oitava) série do ensino fundamental de escolas públicas e privadas, vislumbrando a formação de consumidores conscientes por intermédio da educação, baseado nos Parâmetros Curriculares Nacionais elaborados pelo Ministério da Educação em 1998. No volume que trata de “Publicidade e Consumo”⁴, há menção à intensa publicidade direcionada ao público infantil, assim como às suas conseqüências mais evidentes, a exemplo do consumismo, da formação de hábitos e da obesidade, denotando, portanto, reconhecimento de que algumas práticas causam graves danos sociais.

Desde a entrada em vigor da CF/88 e das normas infra-constitucionais mencionadas linhas acima, tem sido constatada grande preocupação com o elemento cultural e de formação de hábitos de que é dotada a publicidade, reconhecida, inclusive, pelo próprio CBAP em seu art. 7º. Dita circunstância é essencialmente importante quando o sujeito alvo da publicidade é a criança, haja vista sua maior capacidade de sugestão e, portanto, adesão à mensagem veiculada pela publicidade, fato que mereceu, ademais, a edição do Projeto de Lei n.º 5.921/01 pelo deputado federal Luiz Carlos Hauly, cujo mister é proibir a publicidade dirigida a esse público.

Na seara da auto-regulamentação, importa salientar que o CONAR, em 2009, instaurou 67 (sessenta e sete) proces-

sos para averiguar cuidados com o público infantil, do total de 343 (trezentos e quarenta e três) processos, número que representa 19% (dezenove por cento) desse universo e denota, como se observa, a expressividade do tema no âmbito do Conselho. Insta pontuar que também é facultada aos consumidores a formalização de queixas, tendo sido instaurados, também em 2009, 13 (treze) processos cujo objeto era publicidade infantil, do total de 83 (oitenta e três), significando um percentual de 16% (dezesesseis por cento)⁵ das denúncias.

Impende aduzir que algumas ações têm sido ajuizadas em vista da abusividade da comunicação mercadológica direcionada às crianças, sendo importante mencionar a ação civil pública n.º 2009.61.00.013789-7, movida pelo Ministério Público Federal de São Paulo (MPF/SP) contra as empresas Mc Donald’s, Bob’s e Burger King, que comercializam lanches com baixo teor nutricional, utilizando como estratégia de captação do público infantil a venda de brinquedos em seus estabelecimentos.

Conforme salienta o Procurador da República Márcio Schusterschitz da Silva Araújo na petição inicial, o “a transição das promoções infantis para o cardápio comum, buscada pela fidelização, dar-se-á em seguida também com custos para a saúde”. Observa-se, então, que a questão dos alimentos do gênero “fast food” transpõe as barreiras da simples atividade comercial para incidir na seara de proteção da saúde das crianças, haja vista o consumo em excesso desses alimentos acarretar o desenvolvimento de problemas como a obesidade.

Também se afigura relevante a ação civil pública n.º 41.0161.0000638/10-9, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (MP/SP) em face da Nestlé e da Kellogg, a fim de que se abstenham de dirigir publicidade a crianças mediante jogos, brindes ou brinquedos, em vista da comercialização de cereais matinais também de baixo teor nutricional, cujas embalagens utilizam imagens caras ao público infantil.

Atividade estatal digna de nota, a seu turno, é a Resolução n.º 24 (RDC 24)⁶, editada em 15 de junho de 2010 pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), cujo mister é disciplinar a publicidade de alimentos com quantidade elevada de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio e de bebidas com baixo teor nutricional, ressaltando em seu art. 2º a preocupação com as crianças. De acordo com o art. 12, a publicidade desses produtos deve ser claramente identificada como tal, bem como alertar sobre os malefícios que o consumo desses produtos pode causar à saúde.

A Resolução, entretanto, foi suspensa em decorrência de decisão da 16ª Vara da Justiça Federal de Brasília, no bojo da ação ordinária n.º 42882-45.2010.4.01.3400. Segundo

3. MELLO, Heloísa Carpena Vieira de Mello. Prevenção de riscos no controle da publicidade abusiva. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 35, p. 127, jul.-set., 2000.

4. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor; Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial. Publicidade e Consumo. Coleção Educação para o Consumo Responsável. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/infotec/publicacoes/cartilhas/ColEducativa/publicidade.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2010.

5. CONAR. Processos instaurados em 2009 e respectiva porcentagem de questionamentos.

Disponível em: <<http://www.conar.org.br>>. Acesso em: 6 nov. 2010.

6. BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução n.º 24, de 2010. Dispõe sobre a oferta, propaganda, publicidade, informação e outras práticas correlatas cujo objetivo seja a divulgação e a promoção comercial de alimentos considerados com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio, e de bebidas com baixo teor nutricional, nos termos desta Resolução, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_consumidor>. Acesso em: 6 nov. 2010.

a Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação (ABIA), que pediu liminarmente a suspensão, a ANVISA excedeu os limites normativos de sua competência⁷. É de salientar que a Advocacia Geral da União (AGU), em resposta à consulta do CONAR, já havia recomendado, em 13 de julho de 2010, a suspensão da resolução até que a Consultoria-Geral da União analisasse a necessidade de lei federal para regular a matéria⁸.

Cumpra anotar, no entanto, que os juristas Carlos Ari Sundfeld, Dalmo de Abreu Dallari, Fábio Konder Comparato, Gilberto Bercovici, Marcelo Neves e Vidal Serrano Junior, atendendo à solicitação do Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário (CEPEDISA), associação que atua junto às Faculdades de Saúde Pública e de Direito da Universidade de São Paulo (USP), manifestaram-se, em 21 de outubro de 2010, a favor da legalidade da RDC 24, sustentando, na oportunidade, que a competência ANVISA exsurge do art. 220, §3º, II, da CF/88⁹.

De qualquer sorte, é inegável a importância da edição da RDC 24 no campo da prevenção, uma vez que apenas mecanismos repressivos têm sido aplicados, quando o dano já está, então, concretizado, não sendo a contrapropaganda ou, no dizer de Maria Elizabete Vilaça Lopes¹⁰, a contrapublicidade, alternativa suficiente à eliminação dos efeitos da publicidade abusiva em relação às crianças, dada a condição de pessoas em desenvolvimento já referida.

Não se deve descurar que o tema da publicidade infantil também é abordado por organizações sem fins lucrativos, as quais realizam trabalhos com vistas a conscientizar a população sobre os malefícios do consumismo, sendo o Instituto ALANA, criado em 1994, uma delas. Esse instituto atua de forma ampla e expressiva por meio do Projeto “Criança e Consumo”, sendo importante ressaltar, dentre as diversas atividades desenvolvidas, a veiculação da campanha “Pare. Pense!”¹¹, dirigida a pais e professores. Também se afigura relevante o contato que o instituto tem mantido com os meios de comunicação que transmitem programação infantil, de molde a promover reflexão sobre os efeitos das práticas publicitárias sobre as crianças¹².

Conforme exposto no documentário “Criança, a alma do negócio”, dirigido por Estela Renner e produzido por Marcos Nisti em 2008¹³, o assunto também é enfocado em outras disciplinas, como a Psicologia e a Educação. Os especialistas entrevistados nesse documentário assinalam como problemas mais frequentes ocasionados pelas ações comerciais a obesidade; a erotização precoce, que enseja preocupações com a aparência física e com o corpo que não são tidos

como naturais em crianças, e prejuízos para as brincadeiras e atividades que devem realizar durante a infância.

3. A REPERSONALIZAÇÃO COMO ELEMENTO DETERMINANTE NA ANÁLISE DA PUBLICIDADE INFANTIL

O Estado, em sua visão liberal, tinha por base o absentismo, no seio do qual os indivíduos poderiam desenvolver livremente as suas atividades, sem qualquer regulação que não a do próprio mercado. Nesse sentido, as interferências do Estado eram vistas como prejudiciais ao regular desenvolvimento da dinâmica econômica, motivo pelo qual bastava ao ente estatal assegurar a liberdade dos indivíduos para cumprir o seu mister. Para tanto, foram consagrados direitos de igualdade formal e de liberdade, sendo a lei considerada a instância máxima de regramento das atividades, sejam individuais, seja do Estado.

Entretanto, restou evidenciado o caráter prejudicial da liberdade de atuação sem interveniência estatal, haja vista terem sido constatadas situações de exploração dos indivíduos economicamente mais fortes sobre os mais fracos, razão pela qual se afigurou como imperativa a atuação estatal para debelar dito panorama predatório. Dessa feita, o Estado deixou de ser mínimo para desenvolver, gradativamente, mais atividades no sentido de promover uma igualdade material entre os indivíduos, consagrando-se, portanto, o que se convencionou chamar de Estado social. Cumpra anotar que esse adjetivo foi empregado em vista dos novos direitos que passaram a ser assegurados pelo ente estatal, cuja tutela não era possível vislumbrar no âmbito da configuração estatal anterior.

Surgiu, então, a expressão “direitos fundamentais” para, no dizer de José Afonso da Silva, qualificar situações sem as quais não se pode conceber existência digna e livre¹⁴. Esses direitos permitem o desenvolvimento completo como pessoa, devendo, ademais, ser materialmente concretizados, e gozam das seguintes características: historicidade, isto é, seu conteúdo guarda íntima relação com a época em que estão sendo considerados; inalienabilidade, pois não há possibilidade de deles dispor; imprescritibilidade, ou seja, são sempre dotados de exigibilidade, notadamente pelo fato de serem situações não patrimoniais; e irrenunciabilidade, sendo impossível deles abdicar.

Impende aduzir que a lei deixou de ser vista de modo privilegiado, passando esse posto a ser ocupado pela

7. VALLONE, Myrian; MAGALHÃES, Júlia; LUZ, Gabriela. Juristas defendem regulação da Anvisa para publicidade de alimentos. Disponível em: <<http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/Comunicacao.aspx?v=5>>. Acesso em: 14. nov. 2010.

8. SALOMÃO, Samantha. Advocacia-Geral avalia regras de propaganda de alimentos e recomenda suspensão de resolução da Anvisa. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagem?textoThumb.aspx?idConteudo=146737&id_site=3>. Acesso em: 14 nov. 2010.

9. CEPEDISA. Anvisa e a regulação de publicidade de alimentos. Disponível em: <http://www.cepedita.org.br/adm/noticia_detalle.aspx?id_noticia=784>. Acesso em: 14 nov. 2010.

10. LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O consumidor e a publicidade. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 1, p. 179, mar., 1992.

11. Instituto ALANA. Pare. Pense! Disponível em: <<http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/Projeto.aspx?v=3>>. Acesso em: 16 nov. 2010.

12. Instituto ALANA. Diálogo com Representantes dos meios de comunicação voltados à infância. Disponível em: <<http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/AcaoJuridica.aspx?v=1&id=108>>. Acesso em: 16 nov. 2010.

13. A alma do negócio, Criança. Direção: Estela Renner. Produção executiva: Marcos Nisti. Roteiro: Estela Renner e Renata Ursaia. São Paulo: 2008. Disponível em: <<http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40>>. Acesso em: 3 nov. 2010.

14. SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 32. ed. rev. e atual., p. 178, 2009.

Constituição, que para além de garantir novos direitos, estatuí a organização estatal. Dessarte, da lei como Constituição do Estado liberal, atingiu-se a Constituição como diploma máximo do Estado, verdadeiro fundamento de validade das demais normas jurídicas, circunstância que denotou seu influxo sobre todo o ordenamento jurídico, inclusive sobre âmbitos que antes estavam subtraídos à interferência estatal, a exemplo do direito privado. Nesse passo, alcançou-se a constitucionalização desse direito, determinando-se outra postura estatal diante da atuação individual, para o fim de efetivar as normas trazidas pela nova ordem jurídica.

A constitucionalização do direito privado, além disso, trouxe novos princípios a partir dos quais deverá se desenvolver a interpretação dos comportamentos, a exemplo da função social da propriedade, da justiça e da solidariedade social, de molde a corrigir as distorções verificadas faticamente, conferindo maior poder de transformação da realidade.

A CF/88 está inserida nessa nova ótica estatal, social e de regulação de atividades privadas, pois, ademais de consagrar expressamente no seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, prevê como direito fundamental, em seu art. 6º, um de seus desdobramentos, qual seja, a proteção à infância, determinando atuação estatal direcionada ao seu respeito, consoante disposto no art. 227.

Não se olvide, ainda, que a Carta Magna prevê princípios informadores de todo o sistema, a exemplo da justiça e solidariedade social, consoante o art. 3º, I, bem como da ordem econômica, assentando que deve se pautar pelo respeito aos direitos dos consumidores, erigido simultaneamente à categoria de princípio limitador da ordem econômica e à de direito fundamental, de acordo com o art. 170, V, e com o art. 5, XXXII.

Para que a concretização dos direitos fundamentais de propriedade, de proteção à infância e de defesa do consumidor seja feita de forma consentânea com os desígnios constitucionais, é imprescindível manter uma interlocução entre todas as previsões, alcançando-se, então, o entendimento global dos vários aspectos que compõem a realidade sobre a qual se debruça o intérprete. Nesse sentido, consoante ressalta Vidal Serrano Nunes Júnior, a CF/88 permite que os empreendedores conquistem espaços no mercado, no entanto, desenha limites, quais sejam, função social da propriedade, respeito à dignidade humana e à defesa do consumidor, dentro dos quais essa atividade empresarial deve se desenvolver¹⁵.

Quanto às normas de proteção à criança, é de ressaltar que a sua observância não resta atrelada exclusivamente à CF/88, pois, como dito, há expansão por todo o sistema, circunstância que determina a edição de diplomas legais orientadores das atividades econômicas que as tenham como destinatárias, a exemplo do ECA e do CDC.

No que pertine ao ECA, norma subjetivamente especial, resta evidenciada a materialização do princípio constitucional da prioridade principalmente nos arts. 1º e 3º, bem como do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana no art. 15, pois há proteção integral em razão de sua condição de maior fragilidade, para o fim de garantir-lhe pleno desenvolvimento. O art. 71, a seu turno, trata das atividades econômicas que se destinem ao público infantil, proscrevendo aquelas que sejam prejudiciais ao seu bom desenvolvimento.

O CDC, de outra parte, prevê disposições protetoras do consumidor, haja vista sua nota essencial de vulnerabilidade, característica que é claramente mais acentuada quando a atividade comercial se volta para a criança. Por esse motivo, o diploma não descarta da maior proteção de que deve gozar o público infantil, motivo pelo qual qualifica como abusiva a publicidade que se aproveite de sua deficiência de julgamento, dada a dificuldade de completa inteligência da mensagem publicitária¹⁶. No dizer de Cláudia Lima Marques, as regras do CDC que proíbem esse tipo de publicidade respaldam o regime ético da publicidade previsto pelos arts. 30, 35, 36 e 38¹⁷.

Observa-se, portanto, que ao se sopesarem os interesses em conflito, a livre iniciativa deve ceder espaço à proteção da criança, conferindo-se maior importância à dignidade da pessoa humana, especialmente em vista da reduzida capacidade de entender o caráter de indução ao consumo da publicidade, assim como de seus possíveis efeitos nocivos, circunstância que denota, então, uma modificação da forma de analisar as relações civis.

O panorama exposto relaciona-se estreitamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, de sorte a dotar a atividade econômica de maiores reflexões sobre seus impactos na sociedade, despindo-a, então, do objetivo de lucro inseqüente. É possível, então, verificar uma repersonalização das relações civis, referida por Paulo Lôbo¹⁸, pois se concede maior relevo à formação plena da pessoa, superando-se, portanto, a mera consideração do patrimônio como realizadora e expressiva de sua dignidade.

A preocupação com a infância, de modo geral, guarda pertinência com a repersonalização, na medida em que pretende transformar a realidade social por intermédio da humanização das atividades que possam atingir os interesses das crianças. Transpondo-se essa lição para o tema da publicidade infantil, resta evidenciado que a livre iniciativa, a qual já encontrava limitações na defesa do consumidor, deve empregar mecanismos ainda mais cuidadosos na elaboração da ação comercial, de molde a evitar a veiculação de mensagem nociva ao público infantil, especialmente quanto à formação de comportamentos.

Nessa senda, a partir da larga utilização de princípios, notadamente os da dignidade da pessoa humana e da prote-

15. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A publicidade comercial dirigida ao público infantil. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; REZEK, José Francisco. Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. São Paulo: Centro de Extensão Universitária: Revista dos Tribunais, p. 842-843, 2008.

16. Idem, *ibidem*, p. 845.

17. MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4. ed. rev., atual. e ampl., 2002.

18. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil: parte geral. São Paulo: Saraiva, p. 47-49, 2009.

ção integral, alcança-se uma compatibilização das relações jurídicas com a ordem inaugurada pela CF/88, de molde a promover nova forma de considerar a criança, isto é, mais condizente com os imperativos de justiça e solidariedade social.

CONCLUSÃO

Ao longo desse trabalho, observou-se que o tema da publicidade infantil é bastante relevante no âmbito do Direito, principalmente em razão da especial proteção conferida à criança pela CF/88, notadamente em razão de sua reduzida capacidade de compreender a indução ao consumo veiculada pela comunicação mercadológica.

Nesse contexto de priorização da infância, para a adoção de iniciativas que coibam os abusos, afigura-se essencial ter em consideração as conseqüências mais evidentes da publicidade abusiva, quais sejam: o incremento no consumismo; a formação de hábitos alimentares prejudiciais à saúde, mediante o consumo de alimentos com baixo teor nutricional, e a erotização precoce.

Diversos mecanismos, então, têm sido esposados com vistas a frear os ilícitos nessa seara, a exemplo da cartilha "Educação para o Consumo Responsável", elaborada pelo IDEC; da abertura de processos no CONAR, de sorte a verificar possíveis excessos na veiculação de mensagens publicitárias; das ações civis públicas ajuizadas pelo MPF/SP e pelo MP/SP, com vistas a afastar a utilização de brinquedos na publicidade de alimentos com baixo teor nutricional; da RDC 24, editada pela ANVISA, de molde a obrigar os fabricantes de produtos alimentícios a informar as quantidades de açúcar, de gorduras saturada e trans, bem como de sódio; e, por fim, dos trabalhos de conscientização desempenhados pelo Instituto ALANA.

Todas essas ações denotam uma repersonalização das relações civis, haja vista objetivarem a transformação da realidade a partir de uma nova perspectiva sobre a criança, especialmente em vista de sua condição de pessoa em desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

- Alma do negócio, Criança. Direção: Estela Renner. Produção executiva: Marcos Nisti. Roteiro: Estela Renner e Renata Urso. São Paulo: 2008. Disponível em: <<http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40>>. Acesso em: 3 nov. 2010.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. O controle jurídico da publicidade. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 9, jan.-mar., 1994.
- BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução n.º 24, de 2010. Dispõe sobre a oferta, propaganda, publicidade, informação e outras práticas correlatas cujo objetivo seja a divulgação e a promoção comercial de alimentos considerados com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio, e de bebidas com baixo teor nutricional, nos termos desta Resolução, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_consumidor>. Acesso em: 6 nov. 2010.
- CEPEDISA. Anvisa e a regulação de publicidade de alimentos. Disponível em: <http://www.cepedisa.org.br/adm/noticia_detalhe.aspx?id_noticia=784>. Acesso em: 14 nov. 2010.
- CONAR. Processos instaurados em 2009 e respectiva porcentagem de questionamentos. Disponível em: <<http://www.conar.org.br>>. Acesso em: 6 nov. 2010.
- Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor; Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial. Publicidade e Consumo. Coleção Educação para o Consumo Responsável. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/infotec/publicacoes/cartilhas/ColEducativa/publicidade.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2010.
- Instituto ALANA. Pare. Pense! Disponível em: <<http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/Projeto.aspx?v=3>>. Acesso em: 16 nov. 2010.
- _____. Diálogo com Representantes dos meios de comunicação voltados à infância. Disponível em: <<http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/AcaoJuridica.aspx?v=1&id=108>>. Acesso em: 16 nov. 2010.
- LOPES, Maria Elisabete Vilaça. O consumidor e a publicidade. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 1, mar., 1992.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil : parte geral. São Paulo : Saraiva, 2009.
- MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais. São Paulo : Revista dos Tribunais, 4. ed. rev., atual. e ampl., 2002.
- MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Prevenção de riscos no controle da publicidade abusiva. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 35, jul.-set., 2000.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A publicidade comercial dirigida ao público infantil. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; REZEK, José Francisco. Constituição Federal : avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. São Paulo: Centro de Extensão Universitária: Revista dos Tribunais, 2008.
- SALOMÃO, Samantha. Advocacia-Geral avalia regras de propaganda de alimentos e recomenda suspensão de resolução da Anvisa. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=146737&id_site=3>. Acesso em: 14 nov. 2010.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo : Malheiros Editores, 32. ed. rev. e atual., p. 178, 2009.
- VALLONE, Myrian; MAGALHÃES, Júlia; LUZ, Gabriela. Juristas defendem regulação da Anvisa para publicidade de alimentos. Disponível em: <<http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/Comunicacao.aspx?v=5>>. Acesso em: 14. nov. 2010.

MODELO: *HABEAS CORPUS* IMPETRADO PELA OAB/PE EM FAVOR DE ADVOGADO PARA TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA

AUTOR: EMERSON DAVIS LEÔNIDAS GOMES

**EXMO. SR. DES. FEDERAL PRESIDENTE E DE-
MAIS DESEMBARGADORES DO EG. TRIBUNAL REGIO-
NAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO.**

01. a Ordem dos Advogados do Brasil, por sua Seccional em Pernambuco, através de seu representante legal devidamente designado (doc.01), vem respeitosamente perante esse Egrégio Tribunal, aforar uma

ORDEM DE *HABEAS CORPUS* RESOLUTIVO

em favor do advogado XXXXXXXX, brasileiro, sol-

teiro, advogado, inscrito na OAB-PE sob número XXXXXXXX, filho de XXXXXXXX e XXXXXXXX, residente na rua XXXXXXXX, apto. XXXXXXXX, XXXXXXXX, Recife – PE, apontando respeitosamente como autoridade coatora o EXMO. SR. JUIZ FEDERAL DA XXXXXXXX VARA – SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO, o fazendo com base nos arts. 5º, inc. LXVIII, CF; e 647, caput e 648, incs. I CPP, objetivando o trancamento da ação penal número XXXXXXXX, ali instaurada em desfavor do paciente sem o pressuposto da justa causa, como se demonstra de maneira alvar e ser a mínima remota necessidade de exame aprofundado de prova¹ (tema inviável em sede de habeas corpus), tudo como adiante delineado:

1. Sem justa causa, como se sabe, nenhuma ação penal subsiste, tanto que o pressuposto figura como primeira modalidade de coação ilegal no elenco do Art. 648 do Código de Processo Penal, in verbis: “Art. 648 – A coação considerar-se-á ilegal: quando não houver justa causa; Todavia, no intuito de evitar que sua pretensão seja obstaculada com base em jurisprudência que inadmita o exame de provas em sede de habeas corpus, o impetrante de logo esclarece que o presente não importa em exame aprofundado de elementos probatórios, o que seria incompatível com a índole do remédio heróico, mas de simples apreciação sumária de elementos informativos existentes nos autos, e anexos com a impetração, os quais, à simples análise perfunctória, tornam albina a improcedência da imputação contra o paciente.

Assim, é perfeitamente cabível – não obstante o problema técnico delicado –, o exame da prova no âmbito do habeas corpus, orientação hoje adotada com tranqüilidade pela doutrina e endossada por remansosa jurisprudência dos Tribunais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça.

A tal respeito, o saudoso Desembargador Antônio de Brito Alves, prelecionou, verbis: “Na velha jurisprudência, predominou, quase sem discrepância, a orientação de que vedado estava o exame da prova, no âmbito do Habeas Corpus. Dessa posição ortodoxa, já classificada por Nelson Hungria de autentica superstição, a jurisprudência Brasileira afastou-se, progressivamente, até que veio a admitir o entendimento de que somente a análise aprofundada e minuciosa da prova refoge ao campo do Habeas Corpus. Se, por exemplo, o estudo da prova revela prima facie a improcedência da imputação, esta pode ser atacada, sem dúvida, pelo remédio heróico. Ninguém está obrigado a suportar os vexames e dissabores de um processo criminal, quando a acusação carece evidentemente de justa causa. (g.n.) Perdeu, assim, o prestígio de outrora a dogmática alegação de que matéria de prova não se aprecia em Habeas Corpus. Prevalece, na nova jurisprudência, a orientação de que somente o aprofundado exame da prova é incompatível com a índole do Habeas Corpus. (In: O Habeas Corpus na Jurisprudência, 1ª ed. 1981, pág. 28).”

E traz, o memorável mestre do Direito Criminal, ainda na obra citada, o voto admirável do Ministro Victor Nunes Leal, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 42697, concedido unanimemente, assim proferido: “Como verificar se houve ou não abuso de poder, sem levar em conta, em certa medida as provas a que se baseia a acusação ou a condenação? Ficaria a letra morta a cláusula Constitucional, que dá Habeas Corpus em caso de abuso de poder, se o Supremo Tribunal se impusesse uma vedação absoluta nessa matéria. E nosso dever é fazer cumprir a Constituição’ (Idem, e também RTJ Vol. 35, pág. 533)”

Para, com sua natural autoridade de cientista penal, conduzir: Configurando-se na denúncia, no decreto de prisão preventiva, na sentença de pronúncia ou na decisão condenatória, caso típico de ausência de justa causa, matéria de prova pode e deve ser apreciada em processo de Habeas Corpus, sem outras limitações que não sejam as recomendadas pela prudência e tirocinio dos juizes. Além de permitir, em certos casos, a existência de verdadeiras iniquidades, a observância do antigo dogma de que matéria de prova era inapreciável em Habeas Corpus, importava, praticamente, restrição indébita

ao uso desse remédio constitucional (Obra citada pág. 28-29)”g.n.

Assim, restou esclarecido pelo renomado mestre – circunstância que não passou em branco no Anteprojeto do Código de Processo Penal –, que nos mandamentos sobre o Habeas Corpus, as questões de fato, quando não envolvam matéria de alta indagação podem e devem ser examinadas nesse remédio constitucional.

Em julgado recente, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu: “Somente quando o fato não constitua crime, ou quando evidente que o paciente não praticou o delito, se apresenta possível o trancamento da ação penal por Habeas Corpus (JTJ 171/330).”

E mais: “A assertiva de que em sede de Habeas Corpus não se admite o exame de prova é inconciliável com essa garantia constitucional, na sua inatacável dimensão (Art. 5º LXVIII). A ilegalidade ou abuso de poder” passíveis de serem colhidos pelo writ não admitem essa restrição, autêntico amesquinha-mento de garantia constitucional essencial a um Estado-de-Direito. O que não tem pertinência no âmbito mais restrito do procedimento de Habeas Corpus é a reabertura de um contraditório de provas, a valoração, o cotejo, o balanço da prova. Não, porém, o exame destinado à apuração da inexistência de justa causa para a submissão de alguém à instância penal, sempre constrangedora (RT 652/282).”

Por seu turno, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento da matéria, admitindo a concessão do remédio heróico quando se verificar, por prova material representada por documentos e depoimentos, não configurada a participação delitosa do paciente, evidenciando-se a atipicidade de sua conduta, o que obriga reconhecer a falta de justa causa para a persecução criminal.

“O Habeas Corpus é o exame tutelar da liberdade. No seu exame, o Juiz não pode criar obstáculos tais que venham a tornar letra morta a garantia constitucional. Daí que superado o entendimento de, a priori, não se examina prova. Como, sem vencer obstáculo, se poderá afastar o abuso de poder ou ilegalidade de coação? Para se concluir sobre a tipicidade ou não do fato é, em certa medida, indispensável examinar a prova em que se baseia a acusação (RSTJ 26/95)”

“Justifica-se a concessão do writ requerido sob a alegação de falta de justa causa, se nem mesmo em tese, o fato imputado constitui crime, ou então, quando se verifica, prima facie não configurada a participação delitosa do paciente (JSTJ 33/341).”

“Trancamento da Ação Penal. Falta de justa causa. Evidenciada a atipicidade de conduta, impende reconhecer a falta de justa causa para a persecução criminal (RSTJ 27/118).”

“Trancamento da Ação Penal. Sua viabilidade, desde a verificação de incontroversa prova de atipicidade do fato (JSTJ 48/309-10).”

No mesmo sentido é o entendimento do STF: “Cabe verificar em Habeas Corpus a inexistência de circunstância essencial à tipicidade da imputação, afirmada na denúncia, quando a desminta, no ponto, a prova documental inequívoca (HC 42.697, Victor Nunes, RTJ 35/517, 532.) – RT 708/414.

Temos, assim, ser perfeitamente cabível a via escorreita do habeas corpus, à pretensão de impetrante em favor do paciente, eis que, contra este, agitou-se ação penal carente e ressentida de justa causa, o que se prova de maneira alvar e sem necessidade de exame aprofundado, através de documentos anexos.

02. O paciente teve denúncia recebida no Juízo coator, por isso que acusado de violação do art. 339, cabeça, do CPB (crime de denúncia caluniosa) conforme peça anexa (Doc. 2).

03. Quer-se, com o presente mandamus, trancar essa curiosa ação penal, por falta de justa causa, no ponto em que atraiu o paciente para integrar a relação processual, perseguindo-o, por fato manifestamente atípico.

04. É que a denúncia põe o paciente como autor do crime de denúncia caluniosa porque esse teria ido perante a Comissão de Defesa, Assistência e Prerrogativas / Promotoria de Defesa das Prerrogativas dos Advogados, e, ali, perante seu presidente e três membros, prestado o Termo de Declarações que se lê no Doc. 03, cuja transcrição deve ser feita, por interessar ao exame da causa, na parte que interessa, verbis:

“ – Que os advogados que atuam na Justiça Federal de Caruaru, têm sido constantemente desprestigiados pelos Juízes e servidores daquele Juízo. Os mesmos estão promovendo uma “Demonização” da figura do advogado, com muita frequência os dirigentes sindicais e clientes do nosso escritório, chegam informando que os servidores daquele juízo alegam, que é burrice contratar um Advogado, pois naquela Instância Federal é desnecessária a presença de Advogado, em conversa com a Chefe de Secretaria Sra. Rita, a mesma informa que vai continuar usando este tipo de expediente, pois é orientação dos Juízes assim proceder, ainda argumentei que a Lei 9099/95, ainda que dispense o Advogado nas causas até 20(vinte) salários mínimos, recomenda que o Juiz deve alertar a parte sobre a conveniência de se ter Advogado, na Justiça Federal chega a se alegar que o advogado é inconveniente.

- A Justiça Federal de uma maneira geral vem descumprindo a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIN n. 3168, proposta pelo Conselho Federal da OAB, de que as causas com valor superior a 20 (vinte) salários mínimos devem ter obrigatoriamente a presença do advogado.

- Na Justiça Federal causas de qualquer valor superior a 20(vinte) salários mínimos, têm sido propostas sem advogados. Por fim tem sido constante a atemorização/intimidação dos Advogados através de multas por litigância de má-fé e envio de representação à OAB sob os motivos mais fúteis. Cabe apenas reafirmar que os Juízes tratam os advogados de forma fria e deselegante, não chegando a dar bom dia.

Diante do exposto, requer o declarante providências deste Órgão de Classe, Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado de Pernambuco. (seguem assinaturas)”

05. Ora, o que fez o paciente, nas declarações acima apresentadas perante o seu Órgão de Classe, foi solicitar providências para um fato que entendeu estar lhe prejudicando profissionalmente, e a outros profissionais da advocacia, conquanto a situação, então generalizada na Justiça Federal em Caruaru (Causas do Juizado Especial), e já estancada, depois das providências adotadas, de induzir as

pessoas a não contratarem advogados, mesmo em causas superiores a 20 (vinte) salários mínimos, era no mínimo vexatória, bolindo com a honorabilidade da profissão e com o direito do livre exercício profissional.

06. Pode ser que alguns termos empregados na narrativa do pedido de providências junto ao Órgão de Classe não sejam adequados ao escopo profissional do advogado, tais como “demonização”, e “atemorização”, mas daí a interpretar um simples pedido de providências com o delito de denúncia caluniosa vai uma distância impercorrível.

07. Pois bem.

08. Analisando a narrativa do paciente, a Ordem dos Advogados do Brasil, através de sua Comissão de Defesa, Assistência e Prerrogativas dos Advogados, através de seu representante legal, encaminhou o ofício número 130/2008-CDAP, equivocadamente, ao Exmo. Sr. Corregedor Geral de Justiça do Estado de Pernambuco (doc.04), que, por lhe falecer atribuição, despachou remetendo o ofício ao Corregedor Geral da Justiça Federal, por competência. (doc.05).

09. E também o ofício da OAB está assim redigido (parte que interessa) verbis:

“...encaminho cópia do Termo de Declarações prestado pelo Advogado XXXXXXXX, protocolado nesta Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil sob n. XXXXXXXX, e tombado nesta Comissão de Defesa e Prerrogativas – CDAP sob n. XXXXXXXX, bem como cópia da ADIN 3168, para conhecimento e providências que Vossa Excelência entender pertinentes”

O grifo é de nossa responsabilidade.

10. Observe-se de logo o seguinte:

a) O paciente narrou os fatos perante o seu Órgão de classe no dia 18 de agosto de 2008.

b) A OAB-PE, encaminhou o expediente ao Corregedor Estadual em 05 de outubro de 2008.

c) O Corregedor Estadual despachou encaminhando o expediente ao Corregedor Federal em 17 de outubro de 2008.

d) O protocolo de Inspeções da Justiça Federal informa que o expediente ali aportou em 03 de novembro de 2008.

e) Foi ali – Corregedoria Geral da 5ª. Região – instaurado tão somente o Feito Avulso número

00947.0045/2008-09, para melhor elucidação dos fatos².

f) Em 11 de novembro de 2008, o Exmo. Sr. Juiz Federal da XXXXXXXX Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, e apenas ele, tão somente em razão do cargo, prestou “informações necessárias à elucidação dos fatos”, sem que tenha, ali, sido notificado ou cientificado de que contra ele, Juiz, ou contra qualquer servidor, tenha se instaurado procedimento administrativo visando buscar a apuração de qualquer responsabilidade que pudesse ou visasse punição administrativa.

g) De igual forma, o também Juiz Federal da XXXXXXXX Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, no mesmo tom, prestou as “informações necessárias à elucidação dos fatos”, isso em 13 de novembro de 2008.

h) Ocorre que, no mesmo dia 11 de novembro de 2008, dia em que presume-se tomou conhecimento dos fatos e prestou as informações necessárias no Feito Avulso da Corregedoria, apenas o Juiz da XXXXXXXX Vara Federal, sentindo-se ofendido com a narrativa e o pedido de providências do paciente, investiu contra este policialmente, encaminhando o ofício número OFJ. 0024.000133-6/2008, ao Senhor Delegado de Polícia Federal, ainda em momento de instabilidade emocional, mas de forma moderada e até certo ponto adequada, pugnano pela “instauração Termo Circunstanciado” em desfavor do paciente, porque este teria, com sua conduta, imputado aos magistrados a conduta típica prevista no artigo 3º. Alínea “j”, da Lei n. 4.898, de 09 de dezembro de 1965, que tipifica o delito de abuso de autoridade o atentado aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional. (Incluído pela Lei nº 6.657, de 05/06/79).

Como o paciente não disse isso, e nem foi essa sua intenção, os resultados foram outros.

Assim, à conferência:

Resultados:

i) Com as simples informações dos magistrados em exercício na Justiça Federal em Caruaru, e devidamente esclarecidos os fatos, o Exmo. Sr. Corregedor Geral da Justiça Federal determinou o ARQUIVAMENTO do Feito Avulso n. XXXXXXXX, que não se instaurou em des-

favor de ninguém, mas apenas para apurar uma regularidade ou irregularidade administrativa, sem qualquer conotação, nem mesmo admitida em tese, de acusação da prática de crime contra qualquer pessoa. (decisão anexa – doc ...)

j) Também a ilustre delegada de Polícia Federal que apurou os fatos no âmbito de sua competência, e atendimento à solicitação do eminente magistrado, concluiu em seu Relatório do Inquérito Policial n. XXXXXXXX, instaurado em desfavor do paciente, pela inexistência de qualquer ilicitude penal, terminando seu mister sem indiciar o paciente. (anexo – doc....)

Os fatos, na sua essência, são apenas esses. E o provam, sem necessidade de exame aprofundado ou abalizado, os documentos em anexos.

11. Eis a tônica que envolve a impetração:

É que a ilustre Procuradora da República com assento na XXXXXXXX Vara Federal – o que evidentemente é mera coincidência -, resolveu dar aos fatos idiossincrática interpretação jurídica, e, divorciada do que o inquérito policial concluiu, sem lastro ou base em outro elemento de prova para a denúncia, investiu em ação penal contra o paciente, totalmente descabida, até porque, houvesse o paciente de responder a uma ação penal porque a Ordem dos Advogados do Brasil interpretou, assim como o Corregedor Geral da Justiça Federal, que os fatos mereciam uma apuração sumária para melhor esclarecimento dos mesmos, sem instauração de procedimento disciplinar (sequer uma sindicância ou processo administrativo) ou inquérito policial (este apenas contra o paciente), teriam de responder também os seus acólitos, membros da Comissão de Defesa, Assistência e Prerrogativas da OAB de Pernambuco.

Aliás, basta ler os depoimentos tomados no inquérito, os documentos, e petições ali acostadas, para se constatar, quantum sactis, que a reclamação do paciente não era de toda improcedente, por isso que essa denúncia é inventada³.

Com efeito, notável, imbatível e incombustível decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal dá o enfoque terminal da questão, verbis:

“PROCESSUAL PENAL - DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA - ADVOGADO QUE AGIU DENTRO DOS LIMITES DO SEU MÚNUS PROFISSIONAL - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA - IM-

2. Embora fosse desnecessário, impende destacar que essa modalidade de apuração administrativa – Feito Avulso – previsto no artigo Art.43 § 2o do Regimento da Corregedoria da Justiça federal, são utilizados para a atividade investigativa preliminar do órgão correccional, bem como para as hipóteses não enquadráveis nas demais classes previstas no caput deste artigo, entre os quais situam-se: correições, justificação de condutas, representação, sindicância, processo administrativo, etc., ou seja: apuração da existência de um fato administrativo, sem imputação objetiva de autoria ou de

responsabilidade disciplinar a alguém.

3. É claro que se o MP, na denúncia, faz uma afirmação sobre um determinado fato comprometedor e na impetração se alega que esse fato inexistente, sendo fruto de criação mental do órgão de acusação, fazer a constatação da verdade, com o exame das peças, dos depoimentos, não constitui exame de prova obstaculizador do habeas corpus. Leia-se, neste ponto, o depoimento da servidora Rita de Cássia Revoredo Salviano, anexo.

PUTAÇÕES FEITAS EM UMA RECLAMAÇÃO - MEDIDA QUE NÃO FOI CONHECIDA - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

- O delito de denúncia caluniosa exige que a acusação seja objetiva e subjetivamente falsa, vale dizer, que esteja em contradição com a verdade dos fatos e que haja por parte do agente a certeza da inocência da pessoa a quem se atribui a prática criminosa. O dolo é vontade de provocar investigação policial ou processo judicial.

- Como reiteradamente decidido por esta Corte, não é possível, no âmbito estreito do habeas corpus, o exame aprofundado, interpretativo, valorativo ou analítico da prova, para trancamento da ação penal, por falta de justa causa. A denúncia é apta quando descreve fato típico, ensejando o exercício do contraditório e da defesa plena. Não obstante o elemento subjetivo integrar o tipo, a constatação, no plano fático, demanda investigação probatória, o que refoge aos limites normativos do habeas corpus.

- No caso vertente, entretanto, desnecessário é o amplo exame de provas para se verificar a ausência de justa causa. O paciente, na condição de advogado da Coligação Partidária "Todos por Pedra Petra", regularmente inscrito na Ordem dos Advogados, ao ajuizar a Reclamação perante o e. Tribunal Eleitoral, o fez nos limites do seu encargo profissional, cujo instrumento procuratório lhe havia sido outorgado pela Coligação. Patente, a meu sentir, a ausência de justa causa.

- De outro vértice, ainda, sobressai-se o fato da referida reclamação não ter sido sequer conhecida. Verificou-se, na oportunidade, a ausência de legitimidade do patrono da Coligação Partidária porquanto os Delegados que o contrataram estavam irregularmente investidos nas funções de representante da Coligação Partidária.

- Assim sendo, as afirmações feitas na Reclamação não ultrapassaram o juízo preliminar, tendo a referida medida sido obstada por questão processual. Não houve, portanto, juízo cognitivo acerca das imputações feitas na reclamação.

- Ordem concedida para trancar a ação penal.

(HC 25.593/MT, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2003, DJ 03/05/2004 p. 188) – Acórdão anexo na íntegra.

No mesmo sentido é a posição firma do STJ, como anotado:

"RECURSO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIAÇÃO CALUNIOSA. INEXISTÊNCIA. INSTAURAÇÃO. SINDICÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ATIPICIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Não há falar na caracterização do delito tipificado no artigo 339 do Código Penal, se nem mesmo houve instauração de sindicância.

2. Recurso provido.

(RHC 12.838/MG, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 25/11/2003, DJ 02/02/2004 p. 362)

Por outro lado, essa denúncia investe não só contra o paciente, mas contra a própria classe jurídica, por isso que albergada pela OAB em sua defesa, no ponto em que, retroagindo aos tempos da Ditadura, ofende a liberdade do advogado, pois como se disse em preâmbulo, tem de ser este inteiramente livre, para poder ser completamente escravo de seu dever profissional! O único juiz da sua conduta há de ser a sua própria consciência... (Alfredo Pujol). Sobretudo a liberdade de expressão, de opinião, de crítica, e de reclamação, há sempre de garantir-se aos advogados, que, dentre todos os profissionais, são os únicos a quem tocou a palavra por instrumento de luta.

O advogado precisa da mais ampla liberdade de expressão para bem desempenhar o seu mandato. Os excessos de linguagem, que porventura cometa na paixão do debate, lhe devem ser revelados (Rafael Magalhães).

O patrono de uma causa tende, ainda mais em causa própria, muitas vezes, para bem defendê-la, assegurando assim o seu êxito, a ser veemente, apaixonado, causticante.

Sem que o advogado revista a sua defesa de tais características, a sorte do seu cliente estará, talvez, irremediavelmente perdida (Sobral Pinto).

Está além de toda a crítica a decisão que, por ausência de justa causa, *fumus bonis iuris*, rejeita queixa por delito contra a honra, pois ninguém pode ser submetido ao estrépito de ação penal, sem prova suficiente de sua culpabilidade. (TACRIM, 15º Câmara, SER nº1.205.707/1, Araçatuba-SP, Rel. Juiz Carlos Biassoti, j. 13/07/00, v.u., BoIAASP 2179/1566).

Em igual sentido: TR, 3ª R., 1ª T., Acr 98.03.062108-4-SP, Rel. Dês. Fed. Roberto Haddad, j. 11/04/00, v.u., BoIAASP 2183.

A conduta do paciente, em nada se constituiu, nem sequer em tese, o tipo penal de denúncia caluniosa, pois ali não se reúnem os seus elementos subjetivos e objetivos da conduta infracional.

Estava e agiu, sem dúvida alguma, no legítimo exercício regular de seu direito e no estrito cumprimento do seu dever legal, de profissional da advocacia, protegido pelo manto da imunidade constitucional consagrada no artigo 133 da Carta Magna que consagra a inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações no exercício da profissão, de forma plena, sendo inadmissível qualquer cerceamento, ou ameaça, até mesmo por meio de ação penal, ao seu *múnus*.

"o advogado é indispensável à administração

da justiça”;

Colha-se o escólio autoritário do professor Jorge Assaf Maluly:

“Não comete denunciação caluniosa o advogado que no exercício de seu mister, requer abertura de inquérito para apuração de fatos ocorridos, já que mero exercício da atividade normal da profissão.”

Com efeito, o fato de o paciente, através de seu órgão de classe, comunicar à autoridade competente uma possível irregularidade administrativa, para apuração sobre sua efetiva ocorrência, ou não, não se reveste sequer da elementar normativa “falsa”, podendo, quando muito, ser temerária, imprudente ou afoita, mas não falsa.

Nesse sentido:

“Não se deve confundir a denunciação caluniosa com a conduta de quem solicita à autoridade que apure e investigue a prática de determinado delito, fornecendo-lhe os elementos que dispõe. A vontade de realização da justiça choca-se com o desejo de ver punido um inocente, Não fosse assim, sentir-se-ia o cidadão inibido de um dever fundamental: o de levar a notícia de crime ao conhecimento da autoridade competente, solicitando investigação. (TJSP, HC n. 41.292-3, 1ª Câmara, v.u., Rel. Dês. Marino Falcão, RT 611/351.”

12. Há, assim, evidente falta de justa causa para a ação penal, eis que os fatos descritos na denúncia, relativamente ao paciente, são absolutamente amorfos, não constituindo crime algum.

13. Ora, ninguém pode ser processado por fato amorfo, atípico, o que legitima o reconhecimento da falta de justa causa para o processo.

No caso, os toques sibilinos, indeterminados e vagos; ou ainda, especulativos, genéricos e até dúbios,

hão de servir, sem dúvida, para balizar um cênico contra-gosto, insatisfação, sentimento de vingança, solidariedade profissional, mas nunca para servir de respaldo à instauração de uma instância criminal⁴.

14. Assim, falta justa causa para a ação penal contra o paciente, por isso que, acusado, tão apenas, de um fato manifestamente atípico, o que legitima a concessão do “writ”, com fincas no art. 648, inc.I, CPP.

15. Assim, é presente habeas corpus, que persegue o truncamento da ação penal retro numerada, por falta de justa causa, visto como os fatos narrados na denúncia, não constituem os crimes eleitos ali, requerendo-se, pois, seja oficiado à il. autoridade coatora, o dd. Juiz da XXXXXXXX Vara Federal em Pernambuco, para que preste as informações devidas, em seguida ao que, tudo constatado, seja deferida a ordem, para o fim de, em trancando-se a ação penal, por falta de justa causa, decretar-se a exclusão do paciente desse processo, e o seu conseqüente arquivamento, com necessárias anotações de estilo.

Ita Speratur.

Recife, 15 de março de 2010.

Emerson Davis Leônidas Gomes.

OAB-PE 8385

4. Este é um tema relevante, ou seja, o toque genérico, a narrativa sibilina, o desenho hipotético ou o sabor da presunção, compõem um léxico inadmissível na denúncia, para recepção-la como idônea. Assim, é como a jurisprudência pretoriana construiu as bases da proposta de acusação, para sua prestabilidade adjetiva, em apreço ao princípio da reserva legal (cfr. RHC 5877, 6ª Turma, STJ, rel. em. Min. VICENTE CERNICHIARO, DJU de 25/05/1998). É que, se “se constata faltar-lhe (à denúncia) um dos requisitos intrínsecos, qual seja, a descrição satisfatória, percuciente e clara da conduta do agente, ela é inservível” (RESP 130.346, 6ª Turma, STJ, rel. em. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJU de 02/02/1998). Por isso mesmo, “Não se pode considerar válida denúncia que acha contra o paciente ... por fato imputado vagamente” (HC 1541-0, 5ª Turma, STJ, rel. em. Min. FLAQUER SCARTEZZINI, DJU, 01/03/1993); ou, de igual modo, a denúncia que se apresenta “em caráter genérico” (RHC nº 3828, 5ª Turma, STJ, rel. em. Min. FLAQUER SCARTEZZINI, DJU, 26/09/1994), devendo “ela descrever com clareza os fatos, a atuação do agente, explicitando da melhor forma possível sua conduta delituosa” (HC nº 1.701, 5ª Turma, STJ, rel. em. Min. FLAQUER SCARTEZZINI, DJU, 04/05/1992) e, o que é mais importante, se “revestir de condições de razoabilidade e credibilidade” (RHC nº 1.177, 6ª Turma, STJ, rel. em. Min. JOSÉ CÂNDIDO, DJU, 16/10/1991), apresentando-se “lastreada em elementos que evidenciem a viabilidade da acusação, sem o que se configura abuso de poder de denunciar, coarctável por meio de habeas corpus” (RHC nº 1.580, 6ª Turma,

STJ, rel. em. Min. COSTA LEITE, DJU, 16/03/1992). Aliás, no ponto, esse da divagação, o STF bate forte, como restou neste aresto da 1ª Turma, rel. o em. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, verbis: “Não pode a denúncia resumir-se a asseverar ter sido o autor sujeito da ação típica, limitada a descrição desta ao seu próprio enunciado legal e abstrato” (HC nº 69.047-5/130, DJU, 24/04/1992). E, em tom mais forte, neste outro aresto, relator o em. Min. CELSO DE MELLO, de cuja ementa, lê-se: “A imputação penal não pode ser o resultado da vontade pessoal e arbitrária do acusador. O Ministério Público, para validamente formular a denúncia penal, deve ter por suporte uma necessária base empírica, a fim de que o exercício desse grave poder-dever não se transforme em um instrumento de injusta perseguição estatal. O ajuizamento da ação penal condenatória supõe a existência de justa causa, que se tem por inócua quando o comportamento atribuído ao réu nem mesmo em tese constitui crime, ou quando, configurado uma infração penal, resulta de pura criação mental da acusação” – RF 150/393, rel. Min. OROZIMBO NONATO” (HC nº 70.763-7, 1ª Turma, STF, DJU, 23/09/1994). Tudo porque denúncia, por presunção ou palpite, “caracteriza situação configuradora de desrespeito estatal ao postulado do devido processo legal”, devendo, por isso mesmo, ser formulada tendo “por suporte, uma necessária base empírica idônea, a fim de que a acusação penal não se converta em expressão ilegítima da vontade arbitrária do Estado” (HC nº 72.506-6, 1ª Turma, STF, rel. em. Min. CELSO DE MELLO, DJU, 18/09/1998).

PARECER: HABILITAÇÃO DA OAB/PE COMO ASSISTENTE SIMPLES EM CAUSAS QUE VERSEM SOBRE FIXAÇÃO MÓDICA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS

AUTOR: LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

1. A CONSULTA

O Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil da Seccional de Pernambuco – OAB/PE dirige-me consulta relativa à intervenção prevista no parágrafo único do art. 49 da Lei Federal nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que dispõe o Estatuto da Advocacia e a OAB.

Segundo o relato que me foi apresentado, a OAB/PE tem recebido inúmeras reclamações de advogados sobre a modicidade dos valores dos honorários de sucumbência fixados por magistrados em diversos processos judiciais. O consulente afirma não serem poucas as sentenças que fixam os honorários de sucumbência em montante irrisório, ínfimo, módico, inexpressivo.

A OAB/PE pretende, em tais casos, intervir com fundamento no referido art. 49, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.906/1994. Há, entretanto, dúvidas sobre a possibilidade de tal intervenção.

Em virtude disso, o consulente deu-me a honra de colher meu parecer sobre o assunto, indagando-me:

- a) é cabível a mencionada intervenção nessas situações?
- b) trata-se de assistência, de *amicus curiae* ou de uma peculiar forma interventiva?
- c) quais os poderes que a OAB tem quando intervem com fundamento em tal dispositivo legal?

Essas são as principais dúvidas do Senhor Presidente da OAB/PE, sobre as quais emitirei minha opinião.

2. O CONTEÚDO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 49 DO ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA OAB

Nos termos do art. 49 do Estatuto da Advocacia

e da OAB – EOAB, “[o]s Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial e extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins desta Lei”.

Por aí se percebe que a OAB, além de suas finalidades político-institucionais, que abrangem a defesa da Constituição Federal, da ordem jurídica, dos direitos humanos, da boa aplicação da lei e rápida administração da justiça, da luta permanente pela justiça social e aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas, tem legitimidade para agir, judicial ou extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições contidas no Estatuto da Advocacia ou que atentar ou embaraçar seus fins.

À OAB cabe, com efeito, defender, judicialmente inclusive, as prerrogativas e os direitos dos advogados que estejam sendo ofendidos por qualquer pessoa, ente, órgão, entidade, organismo ou sujeito de direito.

Para além disso, a OAB pode, ainda, intervir em processos em que sejam ofendidos advogados. A propósito, assim estabelece o parágrafo único do art. 49 do EOAB: “[a]s autoridades mencionadas no caput deste artigo têm, ainda, legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB”.

O consulente indaga-me, como já esclarecido no item 1 supra, sobre a possibilidade de intervir, com base no citado parágrafo único do art. 49 do EOAB, nas causas em que há fixação de honorários de sucumbência em montante irrisório.

O dispositivo utiliza-se a expressão “assistente”, o que conduz a uma primeira conclusão de que haveria aí uma assistência. Há, entretanto, quem afirme que, nessa hipótese, a OAB figura como *amicus curiae*¹. Cumpre investigar para, então, ter-se uma conclusão sobre o tema.

1. BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 337-346.

3. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ASSISTÊNCIA

A assistência – apesar de estar disciplinada nos arts. 50 a 55 do CPC, que não se inserem no capítulo das Intervenções de Terceiro – é inegavelmente uma modalidade intervenção de terceiro, pois, por meio dela, um terceiro ingressa no processo passando a exercer direitos, faculdades, poderes e sujeitando-se a ônus e deveres processuais.

Na verdade, a assistência consiste numa intervenção voluntária e facultativa de um terceiro em processo pendente, com vistas a ajudar uma das partes em busca de uma decisão favorável. Para que se admita a assistência, o terceiro deve demonstrar ter interesse jurídico em que a decisão do processo seja favorável à parte que almeja auxiliar.

O conceito de interesse jurídico é, contudo, um tema inçado de dificuldade, justamente porque há variações, na doutrina e na jurisprudência, acerca do alcance que se lhe deve imprimir. De várias lições relativas ao assunto extrai-se a ideia geral de que o interesse jurídico consiste na possibilidade de o terceiro – que pretende ser assistente – ser atingido desfavoravelmente em sua situação jurídica. Segundo esclarece Ubiratan de Couto Maurício, o que é relevante para caracterizar o interesse jurídico do assistente “... são os efeitos reflexos emergentes da sentença que, faticamente, poderão repercutir na esfera jurídica do terceiro, mesmo que não haja relação jurídica entre ele e a parte que pretende assistir, pois esta poderá existir e juridicamente não ser atingida pelos efeitos indiretos emanados da sentença proferida entre as partes”².

A assistência pode ser simples ou litisconsorcial. De acordo com o art. 54 do CPC, “considera-se litisconsorte da parte principal o assistente, toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido”. Quer isso dizer que o assistente litisconsorcial tem relação jurídica com a parte adversária assistida. Há quem afirme que o assistente simples, por sua vez, deve ter, necessariamente, relação jurídica com o assistido.

O assistente simples pode ter – e em regra tem – relação jurídica com o assistido. Isso não quer dizer que deva, necessariamente, haver relação jurídica entre o assistente e o assistido³.

Enquanto o assistente litisconsorcial atua com autonomia, figurando como litisconsorte da parte, o simples deve agir apenas como auxiliar do assistido, não podendo praticar atos que sejam incompatíveis com a vontade deste. Realmente, não pode o assistente simples impedir que o assistido pratique atos de disposição de vontade, como reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir da

ação ou do recurso, renunciar à ação ou ao recurso. Não lhe é permitido, de igual modo, suscitar exceção de incompetência, oferecer reconvenção ou propor ação declaratória incidental.

4. A FIGURA DO AMICUS CURIAE E SUA DISTINÇÃO COM A ASSISTÊNCIA

Embora seja antiga a figura do *amicus curiae*, seu estudo e utilização no sistema brasileiro são muito recentes.

O *amicus curiae*, tido como auxiliar do juízo, pode ser uma entidade privada ou pública, que desempenha atividades relacionadas com o tema a ser examinado pelo juízo ou tribunal. Sua atuação tem a finalidade de apresentar argumentos, dados ou elementos que contribuam para a prolação de uma melhor decisão, permitindo ao tribunal examinar, adequadamente, todas as nuances da questão, ponderando vários pontos de vista.

O estudo relativo ao *amicus curiae* releva que se trata de um terceiro que, originariamente, sempre teve um ânimo de neutralidade, mas sua evolução ao longo dos tempos demonstra que aquela figura neutra e imparcial vem se transformando numa figura interessada e parcial, que “... busca sua intervenção em juízo muito mais para a tutela de direitos seus do que, propriamente, para cumprimento daquele papel, que, do ponto de vista histórico, estava reservado a ele. De um *amicus* ‘neutro’ passou-se a um *amicus* ‘litigante’”⁴.

O *amicus curiae* não possui vínculo com qualquer das partes. Como esclarece Gustavo Santana Nogueira, “[a] sua intervenção não é imparcial, intervindo ele para defender uma tese jurídica que pode lhe beneficiar mas sem o interesse jurídico que justifica a assistência. Para nós, o *amicus* intervém para defender um interesse institucional”⁵.

O *amicus curiae* tem interesse institucional de contribuir com a decisão a ser proferida pelo tribunal⁶, seja porque sua atividade está relacionada com o assunto a ser examinado, seja porque desenvolve estudos sobre o tema.

Na assistência, enquanto não encerrado o processo, o terceiro pode intervir para ajudar uma das partes. Tal terceiro tem interesse jurídico no resultado a ser obtido com o julgamento da causa.

Quer isso dizer que o terceiro, cuja esfera jurídica será atingida pela decisão, pode intervir no processo, fazendo-o na condição de assistente.

Tal terceiro, que passa a figurar como assistente no processo, não se confunde com o *amicus curiae* que possa eventualmente participar do seu processamento e julgamento. Este figura como auxiliar do juízo, contribuindo

2. Assistência simples no direito processual civil. São Paulo: RT, 1983, p. 59-60.

3. MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o assistente litisconsorcial. Revista de Processo. São Paulo: RT, abr.-jun. 1990, v. 58, p. 251.

4. BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006, passim.

5. Do *amicus curiae*. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Brasília, 2004, v. 16, n. 7, p. 28.

6. BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 500-511.

do com argumentos, dados e elementos extraídos de sua experiência ou atividade, que se relaciona com o tema a ser examinado pelo tribunal.

O interesse do *amicus curiae* é institucional, que também é um interesse jurídico. A distinção entre o interesse jurídico que legitima a intervenção do assistente e o interesse institucional que autoriza a intervenção do *amicus curiae* é muito mais de grau, de intensidade ou de contexto. Ambos são interesses jurídicos. O que difere em um e em outro está a perspectiva, na finalidade e no objetivo de cada um.

Um interesse institucional – que, não custa repetir, também é jurídico – pode fundamentar uma assistência. Haverá interesse jurídico, numa perspectiva institucional. O que define se a intervenção do terceiro será uma assistência ou se ele deve atuar como *amicus curiae* é a finalidade da intervenção.

O *amicus curiae* tem o interesse de ver aquela sua opinião, ideologia, posição, orientação ser acolhida pelo juiz, pois se trata de ideia estudada, pesquisada e defendida no âmbito de sua atuação institucional. O interesse do *amicus curiae* é de ver a decisão ser proferida com os fundamentos técnicos que lhe parecem mais apropriados, independentemente de quem seja o autor ou o réu, não lhe importando quem deva ser o vencedor. Para o *amicus curiae*, o vencedor deve ser aquela tese que coincide com sua opinião ou orientação.

O *amicus curiae* tem interesse de a decisão ter determinado conteúdo. Por isso, deve-lhe ser concedida a possibilidade de participar no processo de sua formação, sendo-lhe reconhecido o direito de ser ouvido, a fim de poder influenciar o julgador e ajudá-lo na elaboração do conteúdo da decisão, contribuindo para a definição de sua *ratio decidendi*.

Já o assistente tem interesse na vitória de uma das partes, pois isso repercute em sua esfera jurídica, ou em sua atividade, ou na eventual relação jurídica que mantém com uma das partes. Não é o conteúdo técnico da decisão que lhe interessa; o que lhe interessa é um só resultado: a vitória de uma das partes. A atividade do assistente desenvolve-se no sentido de ajudar essa parte a sagrar-se vitoriosa.

5. A INTERVENÇÃO DA OAB/PE EM RECURSOS JUDICIAIS EM QUE SE QUESTIONE O VALOR DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA FIXADOS PELO JUIZ DA CAUSA

A OAB pode, na dicção do art. 49 do EOAB, intervir em processos em que sejam acusados ou ofendidos os advogados. Significa que a OAB tem interesse de atuar nos casos que envolvam direitos e garantias de seus membros.

Há um interesse institucional da OAB de defender prerrogativas, garantias e direitos de advogados e é esse interesse que a habilita a intervir em processos judiciais com a finalidade de contribuir para que a sentença seja favorável a seu membro e, com isso, seja favorável à própria Instituição.

Nos termos do art. 44, II, do EOAB, a Ordem dos Advogados do Brasil tem por finalidade, entre outras, “promover, com exclusividade, ..., a defesa ... dos advogados em toda a República Federativa do Brasil”. Cabe à OAB defender os advogados, aí incluídos seus direitos, garantias e prerrogativas.

Já se viu, no item 3 supra, que o terceiro pode intervir como assistente quando houver interesse jurídico, que consiste na possibilidade de ele ser atingido desfavoravelmente em sua situação jurídica.

É relevante observar que os institutos jurídicos previstos no atual Código de Processo Civil – aí incluída a assistência – estruturaram-se a partir de concepções dogmáticas da época em que o processo era marcadamente individualista, destinando-se à solução de conflitos individuais. Tais institutos merecem uma releitura, fundada na concepção constitucional do amplo acesso à justiça e na necessidade de um debate democrático em processos que desbordam dos direitos das partes envolvidas. Quer isso dizer que se impõe conferir à assistência o máximo de eficácia que se possa extrair da nova realidade jurídica.

Considerada a época em que promulgado e sancionado o atual Código de Processo Civil, talvez houvesse dificuldade de se admitir que a OAB interviesse em processo judicial para auxiliar o advogado na defesa de direito seu. Atualmente, contudo, a perspectiva de acesso à justiça e de efetividade da tutela jurisdicional conferem ampla legitimidade à OAB para contribuir com a defesa de seus inscritos.

Quando, em determinado caso, o juiz ou o tribunal fixa honorários de sucumbência em valor irrisório, ínfimo ou inexpressivo, sua decisão repercute na esfera jurídica daquele advogado, mas ganha proporções maiores, pois passará a ser um precedente que poderá marcar toda uma orientação local e repercutir em outros casos.

É bem verdade que não há, no sistema brasileiro, precedentes vinculantes (com exceção da súmula vinculante do STF), mas é inegável a importância que o emprego do precedente e da jurisprudência reveste no sistema jurídico. A referência ao precedente não é mais uma característica peculiar dos ordenamentos de common law, estando presente em quase todos os sistemas, também de civil law⁷.

A existência de sentença fixando o valor de honorários de advogado em montante inexpressivo atenta contra um importante direito dos advogados, concretizando menoscabo ao trabalho realizado e desvalorizando

7. TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. Editoriale Scientifica, 2007, p. 7.

a profissão. À OAB cabe auxiliar o advogado na defesa de direito que lhe pertence e que serve de esteio a garantir sua dignidade profissional e pessoal.

Em casos assim, a OAB não pretende ver uma opinião, posição ou tese acolhida, de sorte que não comparece na condição de *amicus curiae*. O que pretende é ver o advogado sagrar-se vitorioso, eis que lhe cabe defender, com exclusividade, o direito dos advogados.

Na hipótese em análise, o interesse da OAB é institucional, mas não é aquele interesse institucional que fundamenta a intervenção do *amicus curiae*. Como já anotado no item 4 *supra*, o interesse institucional do *amicus curiae*, que também é jurídico, relaciona-se com o acolhimento de fundamentos técnicos que lhe pareçam mais apropriados, independentemente de quem seja o autor ou o réu, não lhe importando quem deva ser o vencedor.

Para o assistente, o que importa é a vitória de uma das partes, pois isso repercute em sua esfera jurídica, ou em sua atividade, ou na eventual relação jurídica que mantém com uma das partes. A sentença que fixa honorários em valor módico repercute na relação jurídica que a OAB mantém com seu inscrito: à OAB cabe assegurar o respeito aos direitos e prerrogativas do advogado. E essa sua relação com seu inscrito sofre repercussão direta da sentença que fixa os honorários em valor aviltante, atentando contra a própria dignidade profissional e pessoal.

Tudo está a demonstrar, portanto, que a OAB intervém, nesses casos, na condição de assistente, podendo auxiliar o advogado com a apresentação de todos os atos processuais, aí incluída defesa e recurso, desde que não contrarie atos de disposição de vontade do assistido. Trata-se, enfim, de uma assistência simples.

6. CONCLUSÃO

Atento a todas essas particularidades, penso que a OAB/PE pode, sim, intervir nos processos em que haja fixação de honorários de sucumbência em valores módicos, irrisórios ou inexpressivos, a fim de auxiliar o advogado na defesa de um direito seu. Tal intervenção identifica-se como uma assistência simples, podendo a OAB/PE auxiliar o advogado, com apresentação de defesa, interposição de recursos, formulação de sustentação oral, enfim, com todos os atos processuais, desde que não contrariem atos de disposição de vontade do assistido.

Este é o meu parecer.

Recife, 26 de agosto de 2011.

Leonardo Carneiro da Cunha
OAB/PE 16.329

DECISÃO JUDICIAL DE CONVERSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO

CLICÉRIO BEZERRA E SILVA - JUIZ DE DIREITO

ADALBERTO MENDES PINTO VIEIRA e RICARDO MOREIRA DA COSTA COELHO, amplamente qualificados nos autos, ingressam com pedido de CONVERSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO, sedimentando-se nas seguintes premissas:

Narram que mantêm uma união estável, sendo conviventes desde 10 de outubro de 1998, conforme sentença homologatória de escritura de convivência afetiva (fls. 13), desejando, desta feita, ver reconhecidos os direitos previstos no art. 226 da Constituição Federal, tendo por alicerce os princípios do respeito à dignidade da pessoa humana e a isonomia de todos perante a lei, sem distinções de qualquer natureza, inclusive de sexo.

Afirmam que, buscando conferir segurança jurídica ao seu vínculo afetivo, uma vez que, à época no Brasil, não se reconheciam legalmente as relações homoafetivas, contraíram casamento, em 10.12.2010, na Conservatória do Registro Civil de Lisboa, Portugal.

Aquele ato, todavia, não pode ser transcrito no Brasil em razão de não ter sido legalizado por autoridade consular.

Ocorre, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal, em 05 de maio do corrente, entendeu ser aplicável à união homoafetiva os efeitos da união estável, o que possibilita aos requerentes a conversão da união deles em casamento.

Elegeram o regime da comunhão universal de bens e pleitearam a dispensa da publicação do edital de habilitação, tomando por base o parágrafo único do art. 1.527 do Código Civil, tendo em vista a sentença judicial anteriormente referida.

O pedido foi instruído com declaração de duas testemunhas, na qual atestam que os requerentes “não são parentes em grau proibitivo pela lei ou que tenham qualquer impedimento que obste a conversão de união estável em casamento de um com o outro”.

Pronunciando-se nestes autos, a representante do Ministério Público opinou favoravelmente ao pedido dos requerentes (fls. 22/42).

Findo este breve histórico da causa, principio meu julgamento.

Cuida-se de pedido de conversão de união estável em casamento, manejado por conviventes do mesmo gênero, com lastro em princípios magnos do sistema jurídico brasileiro e nos artigos 1.723 e 1.726 do Código Civil.

Cumpra-me, antes de adentrar no mérito, debruçar-me sobre as questões preliminares atinentes à causa, em que pese já haverem sido esmiuçadas e esgotadas, com preciosismo, pela zelosa representante do Parquet, tornando despendicidas quaisquer delongas que frustrem a análise do

ponto de maior pungência contido nesses autos – a luta pelo reconhecimento do direito ao casamento por pessoas do mesmo sexo.

Quanto ao domicílio dos requerentes, infere-se, através do pedido de habilitação, que ambos residem no município de Olinda-PE.

Todavia, o artigo 76 do Código Civil disciplina que o servidor público tem domicílio necessário, considerando este o local em que exercer permanentemente suas funções.

Nesse caso, o requerente Adalberto Mendes Pinto Vieira exerce o cargo de Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Pernambuco, com exercício de suas atividades no Fórum Rodolfo Aureliano, Ilha Joana Bezerra, sede no município de Recife-PE (fls. 21), enquanto o outro requerente, Ricardo Moreira de Castro Coelho, ocupa o cargo de Técnico Judiciário no Tribunal de Justiça de Pernambuco, com exercício de suas funções no Fórum Thomaz de Aquino, também com sede em Recife-PE (fls. 22).

Deste modo, verifica-se a plena competência do Cartório do 7º Distrito Judiciário da Comarca do Recife para processar a presente habilitação, uma vez que, em tais casos, inexistente na lei local de organização judiciária a indicação expressa de uma determinada serventia extrajudicial.

No tocante ao casamento realizado em Portugal, na data de 10 de dezembro de 2010 (fls. 17), é imperioso destacar que ele não está apto a produzir efeitos no Brasil, posto que até a presente data o ordenamento jurídico pátrio não contempla o casamento de pessoas do mesmo sexo, não sendo possível o seu registro no país.

Esse é justamente o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, exposto na seguinte decisão:

“...Competente a autoridade que prolatou a sentença, citada regularmente a parte e transitado em julgado o decisum homologando, acolhe-se o pedido, por atendidos os requisitos indispensáveis à homologação da sentença estrangeira que não ofende a soberania ou a ordem pública.

A existência do casamento realizado no exterior independe do traslado do assento respectivo no registro civil brasileiro, exigido apenas quando se pretende que produza efeitos no país (Lei dos Registros Públicos, artigo 32).

O Decreto nº 3.598, de 12 de setembro de 2000, em seu artigo 23, dispensa de consularização ou de qualquer formalidade os documentos públicos franceses quando tenham de ser apresentados no território brasileiro.

Ressalva-se a homologação no tanto referente aos

alimentos e à guarda e visitação dos filhos menores do casal, objeto de revisão em decisão proferida no Brasil após a prolação da sentença estrangeira, pena de violação do princípio da soberania.

Pedido de homologação de sentença estrangeira parcialmente deferido.”¹(grifos meus)

Nesse sentido é bastante esclarecedora a informação disponível no sítio eletrônico do Consulado-Geral do Brasil em Buenos Aires:

“Para que possa ter validade no Brasil, o casamento celebrado no exterior, quando uma ou ambas as partes sejam detentoras da nacionalidade brasileira, deverá ser registrado em Repartição Consular brasileira.

O casamento celebrado entre pessoas do mesmo sexo não poderá ser registrado em Repartição Consular do Brasil, uma vez que não é previsto no ordenamento jurídico brasileiro.”² (grifo meu)

De outro ângulo, percebe-se que está afastada qualquer irregularidade na presente conversão, posto que os requerentes são as mesmas pessoas que contraíram matrimônio no exterior, não se caracterizando, dessarte, a bigamia.

Pelo exposto, diante do atual cenário, venço-me de que não há alternativa aos requerentes senão utilizar-se do presente pedido de conversão de união estável em casamento, à míngua de legislação específica.

Pugnam, afinal, pela dispensa do pedido da publicação do edital de proclamas, com fulcro no parágrafo único do art. 1.527 e no art. 1.726 do Código Civil e em face do reconhecimento judicial da união estável, conforme sentença homologatória de fls. 13.

A publicação do edital de proclamas tem por objetivo conferir publicidade ao procedimento. Contudo, existem situações em que pode haver a dispensa do ato.

Sobre a matéria, trago as palavras de Judson Mendonça Rezende:

“... Ainda existem outras hipóteses em que a excepcionalidade é o critério dominante. Será possível, portanto, em virtude da singularidade do fato ocorrido, além da supressão do prazo para a publicação dos proclamas do casamento, a permissão para a imediata realização do matrimônio. Dentre estas situações excepcionais, trataremos primeiramente sobre a união estável.

a) A entidade familiar descrita em lei como a união estável, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, que tenha sido estabelecida com o fito em constituir família,

tem assegurada a sua conversão em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil. Logo, sendo a relação em sua essência, pública, não tem que se falar em prazo para publicação de proclamas de casamento (...)³ (grifos meus)

Com efeito, em face da prévia existência de reconhecimento judicial da união estável (fls. 13), em que restou fixado o início da mesma em 10/10/1998, defiro o pedido de dispensa de publicação de proclamas de casamento, por entender que decorrido mais de 12 (doze) anos de uma relação ostensiva, torna-se desnecessária a publicação do edital, vez que plenamente satisfeito o requisito da publicidade.

Neste sentido:

“APELAÇÃO CÍVEL. CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO. A recepção pela Constituição Federal da união estável como entidade familiar e a determinação para que sua conversão em casamento seja facilitada (§ 3º do art. 226) repercutiu no art. 1.726 do CCB, estabelecendo que o pedido dos companheiros será feito ao juiz com conseqüente assento no Registro Civil, e na regulamentação desse procedimento pelos Provimentos nºs 027/03 e 039/03 da CGJ. O requisito para a conversão é, antes de mais nada, a comprovação da existência da própria união estável e, cumpridas as exigências previstas no mencionado Provimento, há que ser acolhida a conversão. A expressa dispensa de proclamas e editais em nada fere a verificação de fato obstativo ao casamento, pois eventuais impedimentos que inviabilizariam a realização do casamento por expressa disposição legal inibem, igualmente, a constituição da união estável (§ 1º do art. 1.723 do CCB). O casamento nuncupativo e o casamento por conversão da união estável têm em comum o fato de que exigem procedimento judicial exatamente como forma de suprir a inexistência das chamadas formalidades preliminares, consistentes no processo de habilitação matrimonial. E, por isso, neles é dispensada a publicação de editais e proclamas. Assim, há que ser declarada judicialmente a convivência more uxório (em processo anterior ou incidentalmente) para que, homologada a conversão, seja lançado o assento do casamento no Cartório do Registro Civil, em livro próprio (B-Auxiliar). PROVERAM EM PARTE, À UNANIMIDADE. (Apelação Cível nº 70010060564, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos)⁴ (grifo meu)

Assentadas as questões marginais atinentes ao presente processo habilitatório, utilizado como ferramenta processual de abertura da jurisdição administrativa deste juízo de família e registro civil, e não havendo outra questão processual a solver, passo ao esquadramento da questão nuclear do pedido.

1. SEC 2.576/FR, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/12/2008, DJe 05/02/2009 - Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>.

2. Disponível em <http://www.conbrasil.org.ar/CONSBRASIL/casamento.asp>.

3. REZENDE, Judson Mendonça. Causas Excepcionais que Elidem a Publicação dos Editais na Habilitação para o Casamento e sua Impugnação.

4. Disponível em http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70010060564&num_processo=70010060564&codEmenta=982579&temIntTeor=true

O objetivo deste feito administrativo é a conversão em casamento da união estável, já declarada como entidade familiar, por força da sentença que reconheceu como legítima a união mantida pelos requerentes há mais de 12 (doze) anos, de forma pública, contínua e duradoura, com o escopo de constituição de família.

Nesse intento, os requerentes manejaram pedido de conversão perante o Cartório de Registro Civil do 7º Distrito Judiciário da Capital - PE, devidamente instruído com os documentos entabulados no art. 1.525 do Código Civil, dos quais, destacam-se a Escritura Pública de Convivência Afetiva e a sentença homologatória de união estável, que dentre os efeitos dela decorrentes, veio a regular o regime patrimonial eleito pelos conviventes, a saber, o da comunhão universal de bens.

Em conseqüência ao pedido de conversão, os requerentes postulam que reste assinalada no assento registral a data de início da união estável, qual seja, 10 de outubro de 1998 e o sistema de regência eleito para regular as relações patrimoniais dos nubentes.

Ademais, pugnam pela manutenção dos nomes primitivos de solteiros.

Firmando minha convicção, começo por aclarar que o caso revelado pelos meandros destes autos, transcende a uma simples questão de usurpação principiológica da dignidade da pessoa humana e da cidadania (art. 1º, II e III, CF/88), e dos direitos fundamentais à igualdade (art. 5º, caput e I, CF/88), liberdade, intimidade (art. 5º, X, CF/88) e proibição de discriminação (art. 3º, IV, CF/88). Resvala, numa luminosa evidência, na matriz estruturante do Estado Republicano de Direito: a democracia.

Isso porque, numa sociedade democrática, na qual o pluralismo e a convivência harmônica dos contrários devem subsistir, não há espaço para prevalência de normas jurídicas que conduzam à interpretações polissêmicas e/ou excludentes dos direitos de minorias, como se dá no bojo das normas que restringem a legitimação estatal às relações puramente heteroafetivas.

É o que se opera no corpo dos preceitos jurídicos a seguir transcritos:

Art. 226 (CF) "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado."

(...)

§ 3º "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento."

Art. 1.723 (CCB) "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura com objetivo de constituição de família." (destaques meus).

A compreensão literal de tais dispositivos criará, com efeito, uma odiosa e confinante marginalização social de pares, que acabará por estrangular a democracia e, via

oblíqua, o próprio Estado Pluralista de Direito.

Não mais se admite, que vencida a primeira década do século XXI, seja negada a uma parcela de cidadãos, sob as mais torpes justificativas, a plenitude de seus direitos.

Num Estado Democrático não há guarida para cidadãos de "segunda classe", "quase cidadão" ou "meio-cidadão", de quem são usurpados a fruição de direitos e garantias fundamentais, notadamente, o direito personalíssimo à livre escolha sexual e à constituição de família com acesso direto e/ou indireto ao casamento.

Nesse sentido há ser entendida a importância da existência de um Estado laico ou não-confessional, como se consolidou no Brasil com a da separação do Estado e da Igreja, desde o advento da República (Decreto nº 119-A, de 17/01/1890), haja vista que esta é uma premissa básica no acolhimento de todos os segmentos que compõem a sociedade brasileira na construção de "uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social" – como preconiza o preâmbulo da nossa Lei Maior.

Sustentar o contrário parece-me postura de quem lança os próprios olhos em sentido contrário, para não ter que enxergar os enfáticos e irmanados conceitos constitucionais de diversas matizes e seus efeitos irradiantes no campo da moral, da ética, da cultura e do próprio Direito.

A exemplo, dentre outros múltiplos possíveis, lanço o foco mais aceso ao preceito constitucional da igualdade, erigido à categoria de direito fundamental, que exorta que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza" (art. 5º, caput, CF/88) e que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição" (art. 5º, I, CF/88).

Os conceitos constitucionais, em suas diferentes categorizações, foram encampados pela Carta Maior para que a nação brasileira possa caminhar, mais resoluta e facilmente, em direção a si mesma, de tempos em tempos, assinando o mais eloquente atestado de evolução democrática ao alcançar o status de uma civilização avançada, na qual preconceitos ancestrais, vertidos às minorias, dentre as quais se incluem os cidadãos homoafetivos, sejam combatidos e extirpados do seio social.

Pela fresta dos presentes autos, se percebe a busca de dois cidadãos pela pura e simples progressão de uma sociedade conjugal "precária" para um vínculo civil, com o fito de obter a devida tutela estatal para a nova entidade familiar, a homoafetiva, no perfil das demais constelações familiares - tidas como legítimas pela inteligência do ordenamento jurídico posto.

Estar-se a lidar, nos presentes autos e, principalmente, fora dele, com uma marcha social, vultosa e compassada, que urge por um denso processo de revisão do arcabouço jurídico brasileiro, com vista a garantir o direito personalíssimo à livre orientação sexual e à proclamação da legitimação ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar.

Uma marcha encampada por todos aqueles que vivem a realidade social ativamente, na qualidade de destinatários das normas jurídicas e seus efeitos, ora pluralistas e

democráticas, ora tiranas e excludentes.

Uma marcha de uma gente digníssima que se lança ao sol da liberdade, após décadas viventes sob o pálio sombrio da discriminação e do medo (de origens externas e internas) e que parecem ter ouvido a um chamado audível da autodeterminação e da busca pela felicidade.

Diante desse estado de coisas, o Poder Judiciário, no exercício de sua função de intérprete da lei, deve estar atento ao ruído, quiçá estrondo, das marchas sociais; ciente que “interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo e/ou integrá-lo na realidade social”, na dicção brilhante do constitucionalista alemão Peter Häberle⁵.

Ao revés das incompreensíveis resistências sociais e institucionais, que se fundam em dogmatismos ultrapassados, me perfilo ao entendimento de que, qualquer dispositivo de lei que venha a constituir embaraço à plena fruição dos direitos fundamentais dos cidadãos, deva ser abolido do sistema jurídico vigente, por intermédio de um acurado procedimento hermenêutico, ou seja, através de uma interpretação pluralista e aberta dos dispositivos constitucionais que guardem correspondência com os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Daí, palmilhar para um segundo desdobramento hermenêutico, no qual se utiliza a mesma forma interpretativa, na análise da validade e abrangência dos dispositivos contidos no plano infraconstitucional, que usualmente se configuram como normas de caráter procedimental, tendentes a tornar efetivo o exercício dos direitos constitucionalmente salvaguardados.

In casu, temos como ponto de largada a regra ínsita na Constituição Federal (art. 226, § 3º), que trata da questão das uniões estáveis, com reflexo direto nas uniões homoafetivas:

“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

O referido artigo deve receber uma interpretação mais abrangente, à luz de seu próprio caput, que prestigia a proteção da família, e, especialmente, do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), conforme preconiza a melhor hermenêutica constitucional, pluralista e procedimental aberta.

Nos termos do artigo 226, a família é a base da sociedade e terá especial proteção do Estado.

Para efeitos dessa proteção o conceito de família foi ampliado pelo texto de 1988, com vistas a reconhecer como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Muito embora, reste clarividente a preferência do constituinte pelo casamento, destaco a importância do “novo” preceito constitucional, intitulado “união estável”, ampliativo do conceito de entidade familiar.

Vê-se, em cognição clara, por intermédio dessa ação afirmativa do legislador em ampliar o conceito de entidade familiar, que a ratio legis foi a de privilegiar a família sócio-afetiva à luz da dignidade da pessoa humana.

Aqui, houve a supressão de um sistema ultrapassado, fundado no modelo patriarcal e hierarquizado (ínsito no Código Civil de 1916), que deu espaço a um novo sistema, que resguarda sob o albergue do Estado as múltiplas formações de entidades familiares que nele coexistem, desde que estas restem atadas com o laço mais visceral que permeia as relações humanas – a afetividade.

Em decorrência, àqueles outrora marginalizados, receberam tratamento diverso e compensatório, passando, no plano prático, ao status de família, legitimadas e tuteladas pelo Estado.

Com efeito, decorridos 23 (vinte e três) anos da promulgação do texto constitucional, me parece imperioso que se inclua na esteira das entidades familiares essa nova modalidade de configuração familiar, mantida por pessoas do mesmo sexo, haja vista, dentre outras razões já esposadas, que estas se fundam, igualmente, nos pilares da afetividade.

Porém, não me parece razoável, à luz da hermenêutica, das considerações históricas, ideológicas, econômicas, políticas e sociais do Estado Brasileiro, que aos homoafetivos seja resguardado, tão somente, o direito de ver reconhecidas suas uniões, que, aprioristicamente, são estáveis, nos requisitos e formas da lei.

Aqui, em prol de uma “falsa segurança jurídica”, estar-se-ia criando um problema tão danoso quanto ao anterior, pois mitigações seriíssimas aos direitos fundamentais dos homoafetivos (igualdade, liberdade, intimidade, não discriminação etc.) continuariam a ser perpetradas, confinando-os ao constante estado de ameaça de lesão, pelo próprio Estado Democrático de Direito, por mais contra-senso que o seja!

Isto porque, o próprio Estado já previu, no bojo de seu sistema, a facilitação da progressão do vínculo precário de afeto (uniões estáveis) ao vínculo institucionalizado (casamento), em prol da verdadeira e mais abrangente segurança jurídica dos nubentes, no atendimento aos seus direitos patrimoniais, previdenciários, sucessórios, de procriação, adoção, etc.

Ao ditar a facilitação, o Estado busca plasmar caracteres sociais, a fim de intensificar sua própria força normativa e garantir a fruição de direitos de diversos matizes aos seus cidadãos, seja qual for a forma que optem em desenvolver suas afetividades.

Nessa mesma toada de inteligência, o artigo 1.723 e 1.726 do Código Civil devem ser interpretados de forma ar-

5. Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 10.

queável, a fim de trazer maior robustez à pretensão dos homoafetivos em ver suas vidas e relações familiares albergadas e reguladas pelas mesmas normas aplicáveis aos seus pares sociais, sem distinção ou discriminação de qualquer espécie.

Desta forma, estaremos diante da positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais, cuja tutela vem sendo negligenciada aos homoafetivos pela esteira das décadas.

Sob essa ótica e para o reforço das idéias, cabe trazer a lume a recentíssima decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), que corrobora o entendimento supra vergastado, e vem sendo apontada como indutora da catálise de entendimentos e avanços sobre a temática em nosso país, tendo em vista sua natureza abrangente, justíssima e dotada de eficácia erga omnes e efeito vinculante (art. 102, § 2º, CF/88).

No bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, proposta pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, convertida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277, proposta pela Procuradoria Geral da República, o Plenário do STF teve a mais abrangente possibilidade de, pela primeira vez no curso de sua longa história, apreciar o mérito da controvérsia e dos consectários jurídicos que orbitam em torno da questão da união entre pessoas do mesmo sexo, que segundo preliminares do último Censo Demográfico de 2010, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), representam mais de 60.000 (sessenta mil) casais no país.

A referida ação teve por objeto o reconhecimento de direitos a servidores públicos homoafetivos, em equiparação à tutela jurídica igualmente conferida à união de servidores heterossexuais, no Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro.

Após realizar, denso e esmerado trabalho hermenêutico, na modalidade de interpretação constitucional do art. 1.723 do Código Civil, os ministros do STF decidiram, por unanimidade, “excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”, nos termos do voto do Ministro Relator Ayres Britto.

Extrai-se do voto do Ministro Ayres Brito lapidares ensinamentos:

“É que ninguém ignora o dissenso que se abre em todo tempo e lugar sobre a liberdade da inclinação sexual das pessoas, por modo quase sempre temerário (o dissenso) para a estabilidade da vida coletiva. Dissenso a que não escapam magistrados singulares e membros de Tribunais Judiciários, com o sério risco da indevida mescla entre a dimensão exacerbadamente subjetiva de uns e de outros e a dimensão objetiva do Direito que lhes cabe aplicar.”

(...)

“Há mais o que dizer desse emblemático inciso IV do art.

3º da Lei Fundamental brasileira. É que, na sua categórica vedação ao preconceito, ele nivela o sexo à origem social e geográfica da pessoas, à idade, à raça e à cor da pele de cada qual; isto é, o sexo a se constituir num dado empírico que nada tem a ver com o merecimento ou o desmerecimento inato das pessoas, pois não se é mais digno ou menos digno pelo fato de se ter nascido mulher, ou homem. Ou nordestino, ou sulista. Ou de pele negra, ou mulata, ou morena, ou branca, ou avermelhada. Cuida-se, isto sim, de algo já alocado nas tramas do acaso ou das coisas que só dependem da química da própria Natureza, ao menos no presente estágio da Ciência e da Tecnologia humanas.”

(...)

“Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. Ou ‘homoafetivamente’, como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biogenicidade. Do afeto sobre o biológico, este último como realidade tão somente mecânica ou automática, porque independente da vontade daquele que é posto no mundo como consequência da fecundação de um individualizado óvulo por um também individualizado espermatozóide.”

Com similar brilhantismo, se expressou a Ministra Carmem Lúcia:

*“Observo, inicialmente, que a conquista de direitos é tão difícil quanto curiosa. A luta pelos direitos é árdua para age-
ração que cuida de batalhar pela sua aquisição. E parece uma
obviedade, quase uma banalidade, para as gerações que os vi-
vem como realidades conquistadas e consolidadas.”*

(...)

*“Contra todas as formas de preconceito, contra quem
quer que seja, há o direito constitucional. E este é um tribunal
que tem a função precípua de defender e garantir os direitos
constitucionais. E, reitere-se, todas as formas de preconceito me-
recem repúdio de todas as pessoas que se comprometam com
a justiça, com a democracia, mais ainda os juízes do Estado De-
mocrático de Direito.”*

(...)

*“Para ser digno há que ser livre. E a liberdade perpas-
sa a vida de uma pessoa em todos os seus aspectos, aí incluído
o da liberdade de escolha sexual, sentimental e de convivência
com outrem. O que é indigno leva ao sofrimento socialmente
imposto. E sofrimento que o Estado abriga é antidemocrático. E
a nossa é uma Constituição democrática.”*

Anote-se que a aludida decisão se reveste de um duplo efeito.

Primeiro, para reconhecer a existência de mais um tipo de entidade familiar: o da união de pessoas do mesmo sexo.

Segundo, para estender os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis àqueles que optam pela relação homoafetiva – incluindo, aqui, o direito à conversão da união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento.

Nos últimos 2 (dois) meses que se sucederam, espocam pelo país, como efeito irradiante da decisão em comento, uma série de pedidos de conversão de união estáveis em casamento de pessoas do mesmo sexo, e, mais recentemente, pedidos diretos de habilitação ao casamento.

Rogo vênia a ilustre representante do Ministério Público, Dra. Fernanda Ferreira Branco, para incorporar a este pronunciamento os seguintes excertos do seu parecer:

“Os homoafetivos têm o direito à proteção do Estado às suas relações afetivas do mesmo modo que os heteroafetivos. Direito já consagrado recentemente, inclusive, pela Organização das Nações Unidas, em 17.06.2011, da qual o Brasil foi signatário, e que determina que ‘todos os seres humanos nascem livres e iguais no que diz respeito a sua dignidade e cada um pode se beneficiar do conjunto de direitos e liberdades sem nenhuma distinção.’

Por fim o casamento civil constitui ato de cunho eminentemente privado, embora protegido pelo Estado em decorrência das disposições referentes à família. A questão interessa apenas aos nubentes que buscam a segurança do ordenamento jurídico para proteção de sua relação afetiva. Esta relação não inclui os terceiros desinteressados.

Determinaram, ainda, os Senhores Ministros a aplicação do disposto no § 2º, do artigo 102, da Constituição da República, com eficácia erga omnes e efeito vinculante. Não havendo espaço para a discricionariedade e obrigando os membros do Judiciário e da Administração Pública ao seu cumprimento.”

Em resumo e valendo-me de uma forma dedutiva de raciocínio, sedimentada no silogismo, arremato essa temática com a seguinte argumentação lógica:

O Supremo Tribunal Federal, em decisão com eficácia erga omnes e efeito vinculante, instituiu uma nova entidade familiar - a união homoafetiva - equiparando-a à união estável.

Ora, a Constituição Federal determina que seja facilitada a conversão de união estável em casamento.

Logo, a união homoafetiva também deve ter facilitada a sua conversão em casamento.

É, pois, o que faço nesta decisão.

Os requerentes buscam a conversão da sua união estável em casamento, lastreando o pleito (fundamento jurídico do pedido) na normatividade vigente sobre a matéria, ínsita no art. 226, § 3º, parte final, da Constituição Federal cumulada com os artigos 1.723 e 1.726 do Código Civil, e no novo entendimento sufragado pela Corte Suprema de nosso país, palmilhando em perfeito conduto para o alcance de seu desiderato, qual seja, contraírem casamento.

Ainda no plano das normas, evocam atos normativos expedidos no próprio Estado de Pernambuco, precisamente, o Provimento nº 20 de 20/11/2009, com as alterações previstas no Provimento nº 11 de 23/05/2011, expedidos pela Corregedoria Geral de Justiça, que disciplina com deta-

lhamento a conversão da união estável em casamento, nos meandros deste ente federativo, senão vejamos:

Art. 693 - A conversão da união estável em casamento deverá ser requerida pelos conviventes ao Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais de seu domicílio.

Art. 694 - Cumpre aos conviventes apresentarem requerimento acompanhado de declaração de união estável, assim como acerca da inexistência de impedimentos para o matrimônio.

Art. 695 - No requerimento será indispensável indicação da data do início da união estável.

Art. 696 - Recebido o requerimento, este será atuado como habilitação, devendo constar dos editais que se trata de conversão de união estável em casamento.

Art. 697 - Após a expedição dos editais de proclamas e certificadas as circunstâncias, deverá ser aberta vista da habilitação ao Ministério Público para análise do aspecto formal.

Art. 698 - Decorrido o prazo legal do edital e tomada a medida do artigo anterior, será lavrado o assento da conversão da união estável em casamento, independentemente de qualquer solenidade, prescindindo o ato da celebração do matrimônio.

Art. 699 - O assento da conversão da união estável em casamento será lavrado no Livro “B”, exarando-se o determinado no Art. 70, parágrafos 1º ao 8º e 10º, da Lei nº 6.015/73, sem a indicação do nome e assinatura do presidente do ato, anotando-se no respectivo termo que se trata de conversão de união estável em casamento, como regulada no Art. 8º da Lei nº 9.278/96.

Art. 700 - A conversão da união estável em casamento dependerá da superação dos impedimentos legais para o casamento, sujeitando-se à adoção do regime matrimonial de bens, na forma e segundo os preceitos da lei civil, bem como a todas as regras de ordem pública pertinentes ao casamento.

Art. 701 - O regime de bens será o estabelecido no respectivo contrato, não produzindo efeitos retroativos.

Art. 702 - Não constará na certidão de casamento convertido de união estável a data do início desta, salvo a requerimento dos contraentes ou por determinação judicial.

Art. 703 - As questões relativas à união estável devem ser resolvidas pelo Juiz de Direito da Vara da Família, observado o segredo de justiça.

O pedido de habilitação veio instruído com todos os documentos indispensáveis ao seu acolhimento, quais sejam, as certidões de nascimento dos requerentes; o duplo atesto testemunhal afirmando que os requerentes não são parentes em grau proibitivo ou que tenham qualquer impedimento que obste a conversão de união estável em casamento de um com o outro; declarações do estado civil atual, do domicílio e da residência atual dos contraentes; Escritura de Convivência Afetiva lavrada em 23/06/2010; Certidão de Casamento realizado em Portugal, em 10/12/2010; e Sentença Homologatória de União Estável, pelo que se atesta a regularidade formal do pleito.

Os requerentes elegeram o regime da Comunhão Universal de Bens, sendo certo que tal opção foi contemplada quando da lavratura da Escritura de Convivência Afetiva, acostada às fls. 18/20 do presente procedimento.

Por conseguinte, a sentença judicial de fl. 13 homologou em todos os seus termos o pacto em comento, inclusive no que concerne ao regime de bens, estipulado no sexto item, constante à fl. 18-v.

Segundo lição de Salaverry:

“... Portanto, diante das considerações, no ato da conversão da união estável em casamento, optamos pela permanência do regime de bens escolhido pelos companheiros na constância da união (...).”⁶

Neste caso, conclui-se que o pacto antenupcial está representando pela escritura pública de convivência afetiva - ressaltando-se mais uma vez - homologada por sentença judicial.

Por fim, pugnam pela manutenção dos nomes primitivos de solteiros, o que resta convalidado por este juízo.

Traçado esse panorama, e no cotejo do acervo fático-probatório, verifico a inexistência de qualquer irregularidade formal e/ou fatos obstativos à conversão da união estável homoafetiva em casamento, que ora se persegue.

Conforme fortemente repisado no presente corpo sentencial, a aludida pretensão encontra fundamentação: no Preâmbulo Constitucional; nos Princípios da República (art. 1º, II e III); nos Direitos e Garantias Fundamentais, quais sejam, a igualdade (art. 5º, caput, I), liberdade, intimidade (art. 5º, X) e proibição da discriminação (art. 3º, IV); no artigo 226, §§ 1º, 3º, 4º, 5º e 6º, todos, da Constituição da República; na Decisão do STF na ADI 4277 e na ADPF 132, acolhida como ADI e, por fim, na Resolução do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, destinada a promover a igualdade dos seres humanos, sem distinção de perfil sexual, em 17/06/2011, da qual o Brasil é signatário.

Em arremate, reporto-me a um dos maiores poetas de língua portuguesa, Fernando Pessoa:

***“O amor é que é essencial
O sexo é só um acidente.
Pode ser igual
Ou diferente.
O homem não é um animal:
É uma carne inteligente (...).”***

À vista do exposto, presente a possibilidade jurídica do pedido (ADI 4277 e ADPF 132), observada a ausência de impedimento para contrair casamento, a livre manifestação das partes e os requisitos exigidos pelo art. 70 da Lei nº

6.015/73 e, ainda, a sentença que reconheceu a união estável mantida pelos requerentes, DECLARO CONVERTIDA EM CASAMENTO A UNIÃO ESTÁVEL EXISTENTE ENTRE ADALBERTO MENDES PINTO VIEIRA E RICARDO MOREIRA DE CASTRO COELHO, pelo regime da comunhão universal de bens, acolhendo-se o inteiro teor do que já fora anteriormente homologado judicialmente, dispensando-se, pois, o pacto antenupcial.

Por conseguinte, determino que, na lavratura da certidão de casamento conste o período da união estável de 10/10/1998 a 01/08/2011, para prevenir litígios futuros, sendo certo que este tempo anterior ao casamento continua valendo como união estável, posto que relevante para a definição dos direitos sucessórios e efeitos da meação.

Determino, por fim, que o presente ato de conversão de união estável em casamento, seja registrado no Livro B – Auxiliar, sem a indicação do nome e assinatura do presidente do ato, anotando-se no respectivo termo que se trata de conversão de união estável em casamento, com especificação do período de convivência da união estável (10 de outubro de 1998 até 01 de agosto de 2011) e a data do casamento (02 de agosto de 2011).

Os cônjuges manterão os nomes de solteiros.

Tratando-se esta sentença de ato judicial que substitui a celebração, a mesma tem efeitos imediatos. Assim, lavre-se o registro de casamento e providencie-se o necessário às averbações nos registros de nascimento dos requerentes.

Observe-se o segredo de justiça quanto aos documentos da presente habilitação.

Intimem-se os requerentes e dê-se ciência ao Ministério Público.

Registre-se.

Após as expedições necessárias, ao arquivo.

Recife, 02 de agosto de 2011

CLICÉRIO BEZERRA E SILVA

Juiz de Direito

6. SALAVERRY, Ursula Ertlund. Aspectos Patrimoniais no Ato da Conversão da União Estável em Casamento.

TUDO PARA A INCLUSÃO DIGITAL DO SEU ESCRITÓRIO, A NAGEM TEM.

A Nagem oferece uma linha completa de produtos de tecnologia para atualizar o seu escritório. São notebooks, impressoras jato de tinta mono, impressoras a laser, multifuncionais, suprimentos, o scanner 5590 HP, essencial para a digitalização dos seus processos, e tudo o que sua empresa precisa para informatizar integralmente o processo judicial, tornando-o acessível pela internet, como exige a Lei 11.419/06. Você ainda pode contar com consultores especializados para ajudar na aquisição de produtos que atendam às suas necessidades. Além disso, a Nagem ainda oferece os melhores preços e prazos para você.



SCANNER USB 5590

- Scanner de digitalização em alta velocidade, com alimentador automático para 50 páginas, frente e verso.
- Resolução 2400ppp
- Velocidade 8ppm

Unidade Recife: 81 2121.2000
Unidade Salvador: 71 2106.9000
Unidade Fortaleza: 85 4005.5000
Unidade São Paulo: 11 2132.8600

www.nagem.com.br



NAGEM®

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL NA OAB-LIMOEIRO

Direito Processual Civil
Direito Processual Constitucional
Direito Processual Penal
Direito Processual do Trabalho

Investimento:

MATRÍCULA - R\$ 180,00 + 18 PARCELAS R\$ **180,00**

Documentação:

- 1- Cópia do RG (com original para conferência).
- 2- Cópia do CPF (com original para conferência).
- 3- Cópia do comprovante de residência com original para conferência.
- 4- Cópia autenticada do Diploma ou Certificado de Graduação em Direito.
- 5- Cópia autenticada do Histórico da Graduação.
- 6- Currículo.
- 7- 02 (duas) fotos 3x4 (recente).

Matrículas abertas

Aula inaugural prorrogada: 29/10/2011

Local: Sede da OAB-Limoeiro

Aulas quizenais sempre aos sábados

Carga horária: 360h/a