

**Revista do Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade Federal da Bahia**
Homenagem ao Professor Mário de Figueiredo Barbosa



Nº 19 • Ano: 2009.2
Salvador – Bahia

ISSN 1516-6058

Capa: Carlos Rio Branco Batalha

Diagramação: Maitê Coelho
maitescoelho@yahoo.com.br

Editor: Fredie Didier Jr.

Conselho Editorial Administrativo: Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, Celso Luiz Braga de Castro, Dirley da Cunha Junior, Edilton Meirelles, Edvaldo Pereira Brito, Fredie Didier Jr., Heron Santana, Luiz de Pinho Pedreira da Silva, Manoel Jorge e Silva Neto, Maria Auxiliadora de A. Minahim, Mônica Neves Aguiar da Silva, Marília Muricy Machado Pinto, Nelson Cerqueira, Paulo César Santos Bezerra, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Rodolfo Pamplona Filho, Ricardo Maurício Freire Soares, Roxana Cardoso Brasileiro Borges, Saulo José Casali Bahia, Sebastian Borges de Albuquerque Mello, Selma Pereira de Santana, Washington Luiz da Trindade, Wilson Alves de Souza.

Conselho Editorial Consultivo Nacional: Ada Pellegrini Grinover (USP), André Ramos Tavares (PUC/SP), Andreas Krell (UFAL), Araken de Assis (PUC/RS), Aury Lopes Jr. (PUC/RS), Eurico Marcos Diniz de Santi (FGV-Law), Fábio Nusdeo (USP), Gustavo Binenbojm (UERJ), Gilberto Bercovici (USP), Gisele Góes (UFPA), Humberto Ávila (UFRGS), Janaina Paschoal (USP), José Carlos Barbosa Moreira (UERJ), José Manoel de Arruda Alvim Netto (PUC/SP), Leo Pessini (São Camilo), Leonardo José Carneiro da Cunha (UNICAP), Luiz Edson Fachin (UFPR), Luiz Guilherme Marinoni (UFPR), Luiz Rodrigues Wambier (UNAERP), Marcelo Abelha Rodrigues (UFES), Marcos Bernardes de Mello (UFAL), Nelson Mannrich (USP), Ney de Barros Bello Filho (UFMA), Petrônio Calmon Filho (IBDP), Renan Lotufo (PUC/SP), Teresa Arruda Alvim Wambier (PUC/SP), Valerio de Oliveira Mazzuoli (UFMT), Volnei Garrafa (UNB).

Conselho Editorial Consultivo Internacional: Antonio Gidi (Universidade de Houston, EUA), António Monteiro Fernandes (Universidade Lusíada do Porto, Portugal), Antoine Jeammaud (Universidade Lumière Lyon 2, França), Hartmut-Emanuel Kayser (Universidade Philipps de Marburg, Alemanha), John Vervaele (Universidade de Utrecht, Holanda), José Manuel Aroso Linhares (Universidade de Coimbra, Portugal), Juan Monroy Palácios (Universidade de Lima, Peru), Maria do Céu Patrão das Neves (Universidade de Açores), Michele Taruffo (Universidade de Pavia, Itália), Owen Fiss (Universidade de Yale, EUA), Paula Costa e Silva (Universidade de Lisboa), Peter Gilles (Universidade de Freiburg, Alemanha), Robert Alexy (Universidade de Kiel, Alemanha).

QUADRO DO MESTRADO E DOUTORADO ATÉ DEZEMBRO DE 2009

COLEGIADO DO CURSO – 2009

01. *Coordenadora:*
Mônica Neves Aguiar da Silva
02. *Vice-Coordenador:*
Paulo Roberto Lyrio Pimenta
03. *Representantes Estudantis do Mestrado:*
Davi Silva Castro
e Guilherme Guimarães Ludwig
04. *Representante Estudantil do Doutorado:*
Francisco Bertino Bezerra de Carvalho

PROFESSORES DO PROGRAMA – 2009

01. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado
02. Ana Paula Costa e Silva
(Universidade de Lisboa, professora
colaboradora)
03. Celso Luiz Braga de Castro
04. Dirley da Cunha Júnior
05. Edilton Meireles
06. Edvaldo Pereira de Brito
07. Fredie Didier Jr.
08. Heron José de Santana
09. Luiz de Pinho Pedreira da Silva
10. Manoel Jorge e Silva Neto
11. Maria Auxiliadora Almeida Minahim
12. Marília Muricy Machado Pinto
13. Mário Figueiredo Barbosa
14. Mônica Neves Aguiar da Silva
15. Nelson Cerqueira
16. Paulo César Santos Bezerra
17. Paulo Roberto Lyrio Pimenta
18. Ricardo Maurício Freire Soares
19. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho
20. Roxana Cardoso Brasileiro Borges
21. Saulo José Casali Bahia
22. Sebastian Borges de Albuquerque Mello
23. Selma Pereira de Santana
24. Washington Luiz Trindade
25. Wilson Alves de Souza

ALUNOS MATRICULADOS NO MESTRADO – 2009.2

01. Abelardo Sampaio Lopes Neto
02. Ailton Schramm de Rocha
03. Alexandre Montanha de Castro Setubal
04. Anderson George de Lima Casé
05. Andréa Carvalho de Brito
06. Augusto Santos Mascarenhas
07. Caê Matos Teixeira de Almeida
08. Carmen Lúcia Costa Brotas
09. Charles Silva Barbosa
10. Cynthia de Araújo Lima Lopes
11. Ciro de Lopes e Barbuda
12. Clara Cardoso Machado
13. Cláudia Albagli Nogueira
14. Cláudio Dias Lima Filho
15. Daniel Azevedo Lobo
16. Daniela Carvalho Portugal
17. Danilo Gonçalves Gaspar
18. Dejair dos Anjos Santana Júnior
19. Eduardo Cabral Moares Monteiro
20. Edson Sacramento Tiny Das Neves
21. Elma Marília Vieira de Carvalho
22. Fabiano Cavalcante Pimentel
23. Felipe Ventin da Silva
24. Gilson Alves de Santana Jr.
25. Gilson Gileno de Sá Oliveira
26. Guilherme Guimarães Ludwig
27. Hugo Leonardo Cunha Roxo
28. Icaro de Souza Duarte
29. Iuri Vasconcelos Barros de Brito
30. Ivana de Oliveira Fraga
31. Jaylla Maruza Rodrigues
de Souza e Silva
32. Juliana Campos de Oliveira
33. Karin Almeida Weh de Medeiros
34. Laura Scalldaferri Pessoa
35. Leonardo Dias da Silva Telles

36. Lise Nery Mota
37. Lizianni de Cerqueira Monteiro
38. Lorena Miranda Santos Barreiros
39. Luana Paixão Dantas do Rosário
40. Lucas Andrade Pereira de Oliveira
41. Lucas Rego Silva Rodrigues
42. Luciana Moura Araújo Pontes
43. Ludmila Viana Leal
44. Luiz Carlos de Assis Júnior
45. Manoel Antonio Gonçalves de Sousa
46. Marcelo Pinto da Silva
47. Marcelo Timbó Nilo
48. Marcos Sampaio de Souza
49. Maria Soledade Soares Cruzes
50. Marta Freire Mehmeri
51. Martha Carvalho Dias de Figueiredo
52. Mauricio Requião de Sant'ana
53. Naira Blanco Machado
54. Nirlana Fernandes Teixeira
55. Osvaldo Almeida Neto
56. Pedro Germano dos Anjos
57. Reinaldo Santos de Moraes
58. Renata de Moura Miranda
59. Renato de Magalhães Dantas Neto
60. Roberto Mizuki Dias dos Santos
61. Rosângela Rodrigues Dias de Lacerda

62. Sabrina Dourado França Andrade
63. Társis Silva de Cerqueira
64. Tássio David de Araujo Campos
65. Tatiane Ribas Pinto
66. Tiago Bockie de Almeida
67. Tiago Leal Ayres
68. Ubaldino Marques da Silva Júnior
69. Valnei Mota Alves de Souza
70. Vanessa Lima Bacilieri
71. Vicente da Cunha Passos Júnior
72. Victor Insali

ALUNOS MATRICULADOS NO DOUTORADO – 2009.2

01. Antonio Adonias Aguiar Bastos
02. Cesar de Faria Junior
03. Fabio Periandro De Almeida Hirsch
04. Francisco Bertino Bezerra de Carvalho
05. Jackson Chaves de Azevedo
06. João Glicério de Oliveira Filho
07. Karyna Batista Sposato
08. Leonardo Touchetto Pauperio
09. Miguel Calmon Teixeira
de Carvalho Dantas
10. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira
11. Soraya Santos Lopes
12. Yuri Carneiro Coelho

SUMÁRIO

Nota do editor	7
<i>Freddie Didier Jr.</i>	

Apresentação	9
<i>Rodolfo Pamplona Filho</i>	

Artigos de membros do Programa

MESTRADO	
I Intimidade genética, planos de saúde e relações de trabalho	13
<i>Luiz Carlos de Assis Júnior</i>	

DOCTORADO	
II O direito constitucional à moradia, no contexto dos direitos sociais e econômicos	39
<i>Maria Elisa Villas-Bôas</i>	

Artigos de convidados

NACIONAIS	
III Os requisitos balizadores das restrições aos direitos fundamentais	69
<i>Ana Carolina Trindade</i>	

IV A culpabilidade compartilhada como princípio mitigador da ausência de efetivação dos direitos humanos fundamentais	95
<i>Cláudio Alberto Gabriel Guimarães</i>	

V Visão monocular e vagas em concurso público	111
<i>Dirceu Pereira Siqueira</i>	
<i>Taís Nader Marta</i>	

VI Os Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei nº 12.153, De 22.12.2009)	131
<i>Humberto Theodoro Júnior</i>	

VII “Supremocracia” e estado de exceção: paradoxos da justiça constitucional brasileira	151
<i>Micheli Mayumi Iwasaki</i>	

VIII Federalismo Fiscal Brasileiro	173
<i>Tiago Severini</i>	

INTERNACIONAIS	
IX La excepción de transacción y otras cuestiones procesales (Apuntes sobre la sentencia expedida en virtud del Primer Pleno Casatorio en materia civil)	189
<i>Juan Monroy Palacios</i>	

X O futuro da cooperação processual civil na Europa	201
<i>Lorenzo M. Bujosa Vadell</i>	
Dissertações defendidas (1980-2009.2)	217
Teses de doutorado defendidas	231
Regras para publicação de artigos na Revista do Programa de Pós-Graduação de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA	233

NOTA DO EDITOR

Fredie Didier Jr.

Professor-adjunto III da Universidade Federal da Bahia.

O n. 19 da Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia representa o início de uma nova fase na trajetória deste periódico.

Todos os ensaios deste volume passaram por uma dupla avaliação cega, conforme recomenda a CAPES. Além disso, os artigos versam sobre temas relacionados às linhas de pesquisa do Programa.

A partir de agora, cada volume conterá dez trabalhos: dois de autores vinculados ao PPGD-UFBA (professores ou alunos), dois de autores vinculados a universidades estrangeiras e seis de autores vinculados a outras universidades brasileiras.

Gostaria de agradecer aos avaliadores *ad hoc* que me ajudaram na edição deste volume: Leila Pinheiro (BA), Mantovanni Colares (CE), Henrique Mouta (PA), Ingo Sarlet (RS), Daniel Mitidiero (RS), Leonardo Carneiro da Cunha (PE), Marcos Ehrardt (AL), Hermes Zaneti Jr. (ES), Elton Venturi (PR), Dierle Nunes (MG), José Maria Tesheiner (RS), Gisele Góes (PA), Sérgio Torres Teixeira (PE), Nelson Mannrich (SP), Georgenor Sousa Filho (PA) e Hélio Campos (PE).

Um agradecimento especial também a Maitê Coelho e Carlos Batalha, que há anos ajudam a Revista do PPGD-UFBA.

Salvador, em fevereiro de 2010.



APRESENTAÇÃO

Rodolfo Pamplona Filho

Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Salvador/BA (Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região). Professor Adjunto da Graduação e Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Faculdade de Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador - UNIFACS. Coordenador do Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho do JusPodivm/BA. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.

Em excelente e adequada oportunidade, resolve o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia prestar uma homenagem ao ilustre Prof. Mário de Figueiredo Barbosa, dedicando-lhe o mais novo volume da sua Revista.

Com seus recém-completos 90 (noventa) anos (nasceu em Salvador/Bahia, a 25 de março de 1919, filho de João Ribeiro Figueiredo Barbosa e Alba Rodrigues Barbosa), trata-se de um dos mais antigos cultores baianos do Direito Civil em atividade.

Mais do que isso, o Prof. Mário Barbosa, na opinião pessoal deste subscritor, é, dentre um enorme séquito de seguidores, o mais dedicado e fiel discípulo de Orlando Gomes que a Bahia conhece e conheceu.

Honrando e preservando sua memória, o ilustre doutrinador Mário Barbosa continua publicando, periodicamente, textos sobre a vida e a obra do saudoso mestre, profeta dos civilistas brasileiros, cujas contribuições ao Direito continuam válidas, mesmo decorridos mais de quatro lustros de seu passamento.

E estes preitos não são feitos por qualquer um.

Mário de Figueiredo Barbosa é um dos nomes mais respeitados na Bahia, seja pelo seu admirável currículo profissional, seja pela gentileza com que sempre recebe aqueles que vem se socorrer de seus ensinamentos.

Na sua história de vida, completou o ensino secundário no Ginásio da Bahia, graduou-se em Direito e em Jornalismo pela Universidade Federal da Bahia e

em Filosofia pela Universidade Católica do Salvador. Em nível de pós-graduação realizou o curso de extensão em Direito Civil pela UFBA, obtendo posteriormente o título de doutor em Direito pela mesma Universidade, sendo, hoje, um dos poucos remanescentes do original Doutorado da instituição, curso também idealizado por Orlando Gomes.

Foi Procurador do Estado da Bahia, Pretor, Promotor Público, Adjunto de Promotor da Capital, Suplente de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado, Assistente do Procurador Geral do Estado, Oficial de Gabinete do Secretário de Segurança Pública, Presidente da Associação dos Procuradores do Estado e do Rotary Clube Salvador Santo Antônio.

Lecionou como professor adjunto da Faculdade de Direito da UFBA e da UCSAL, além de ter sido docente do curso de mestrado da UFBA e professor titular do Curso Superior Agrimensura. Foi também professor concursado do ensino médio da Capital.

Publicou as seguintes obras: *Valor da Clientela no Fundo Comercial; Dois Civilistas da República: Clóvis Bevilacqua e Orlando Gomes; Questões Jurídicas; Autonomia de Vontade; Doação – especulações jurídicas; Reflexões Jurídicas; Crônicas de Ontem e de Hoje; Singularidade do Pesquisador no Cotidiano dos Fatos e das Pessoas*; além de outras e artigos publicados em revistas e jornais de grande circulação no país.

Foi agraciado com a Medalha de Ouro do Rotary Clube Internacional.

Ingressou na Academia de Letras Jurídicas da Bahia em 28 de agosto de 1986, sucedendo, por falecimento, o acadêmico Nelson de Souza Sampaio, tendo exercido o cargo de tesoureiro no biênio 1992-1994. Foi homenageado com a atribuição de seu nome ao prêmio do vencedor do II Concurso de Monografias da Academia em 2006.

Com este volume dedicado a sua pessoa, o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA - Universidade Federal da Bahia se agrega às congratulações pela passagem de seu nonagésimo aniversário, fazendo justiça à enorme contribuição que prestou em sua vida acadêmica.

Com o registro do nome do Prof. Mário Barbosa ao lado do Prof. Orlando Gomes, este subscritor declara, publicamente, sua admiração ao homenageado, decano dos civilistas baianos da atualidade.

Salvador, janeiro de 2010

Artigos de membros do Programa

MESTRADO

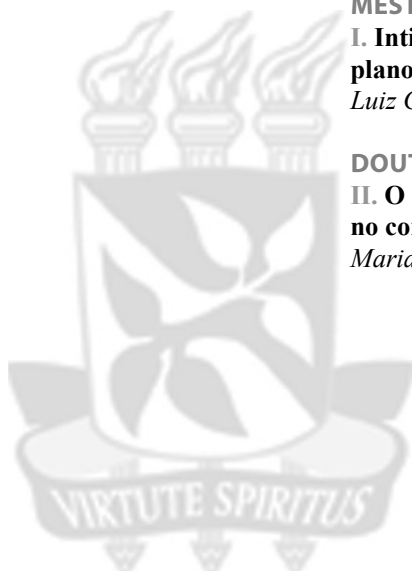
I. Intimidade genética, planos de saúde e relações de trabalho

Luiz Carlos de Assis Júnior

DOUTORADO

II. O direito constitucional à moradia, no contexto dos direitos sociais e econômicos

Maria Elisa Villas-Bôas



I

INTIMIDADE GENÉTICA, PLANOS DE SAÚDE E RELAÇÕES DE TRABALHO¹

Luiz Carlos de Assis Júnior

Mestrando Relações Sociais e Novos Direitos (PPGD/UFBA) sob orientação do Prof. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho. Bolsista CAPES. E-mail: adv_jrassis@yahoo.com.br.

RESUMO: O final do século XX e início do século XXI é um período marcado pelo Projeto Genoma Humano, o qual tem por finalidade mapear todo o código genético da pessoa e, assim, desvendar os mistérios do corpo humano, aperfeiçoar os diagnósticos, os prognósticos, os instrumentos de cura e evitar o desenvolvimento da própria doença. Porém, a realidade demonstra que na medida em que o Projeto Genoma Humano avança, cresce o medo de discriminação genética entre as pessoas, principalmente em relação aos planos de saúde e nas relações de trabalho. Diante disso, a pesquisa investiga a questão do segredo genético, concluindo que ele é protegido pelo direito fundamental à intimidade genética, do qual é corolário o *direito de não saber*, com fundamento no artigo 5º, X, da Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVES: direito à privacidade; intimidade genética; direito de não saber; discriminação genética.

ABSTRACT: The end of twentieth century and the beginning of twenty first century is labeled for the Human Genome Project, which intends to identify the whole genetic human code and, then, discover human body mysteries, improve diagnoses, prognoses, cure and even avoid diseases development. However, while Human Genome Project advance, the fear of discrimination increases, mainly in reference to health insurance and employment discrimination. Thus, this paper study the genetic secret issue, concluding that it is protected by genetic intimacy fundamental right, which has the *right not to know* as a result, founded on article 5º, X, of Brazil Federal Constitution.

KEYWORDS: right to privacy; genetic intimacy; right not to know; genetic discrimination.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O direito fundamental à privacidade: vida privada e intimidade: 2.1. O direito à vida privada e o direito à intimidade; 2.2. A inviolabilidade e os limites constitucionais da vida privada e da intimidade – 3. Intimidade genética, planos de saúde e relações de trabalho: 3.1. Segredo genético: intimidade ou vida privada?; 3.2. O direito de não saber; 3.3. Discriminação genética decorrente da violação da intimidade genética: 3.3.1. A violação da intimidade genética na contratação dos planos de saúde; 3.3.2. A violação da intimidade genética nas relações de trabalho – 4. Conclusões – Referências.

1. Grupo de pesquisa *Direitos Fundamentais e Reflexos nas Relações Sociais*, Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado, UFBA.

1. INTRODUÇÃO

O século XX foi um período de grandes transformações para a humanidade, de descobertas, de vida, mas também de tragédias e de mortes. Foi um século marcado por duas guerras mundiais, pela realização do transplante de órgãos e, sobretudo, pela descoberta do DNA.

Com os avanços científicos, deu-se início ao Projeto Genoma Humano no final do século XX, cujo objetivo é mapear completamente o código genético do ser humano. As finalidades não poderiam ser de melhor intenção: visa-se a melhoria da saúde e do bem estar das pessoas, o aperfeiçoamento dos diagnósticos e prognósticos, e até mesmo a extinção de doenças.

No entanto, esse desenvolvimento científico no campo da genética tem se mostrado duvidoso quanto ao bem estar social, pois, tem-se apontado para o medo da discriminação genética.

Cada ser humano possui um código genético, uma verdadeira intimidade genética que, acredita-se, se desvendada seria capaz de informar toda a vida futura do indivíduo. É daí que surge o medo da discriminação, pois, o futuro nem sempre é de dias felizes, e a antecipação do conhecimento e publicidade dos males poderia gerar discriminação contra a pessoa.

O tema é novo. Mas não se trata de algo tão novo que não seja possível discutir na Constituição Federal de 1988, até porque a discriminação genética já se mostra como uma realidade globalizada.

A pesquisa está dividida em duas partes. Na primeira delas, discute-se o direito à privacidade na Constituição brasileira. É que, em seu artigo 5º, X, a Constituição resguarda o direito à vida privada e à intimidade, fazendo-se imprescindível investigar se a dicotomia possui relevância no que tange aos direitos fundamentais. Investiga-se, também, os limites constitucionais do direito fundamental à vida privada e à intimidade, demonstrando-se que não se tratam de direitos absolutos.

Na segunda parte da pesquisa, inicia-se averiguação da natureza da proteção constitucional dispensada ao segredo genético, se na forma de vida privada ou intimidade. Demonstra-se, por meio da teoria dos círculos concêntricos que a Constituição Federal protege o segredo genético como intimidade genética.

A investigação conduz ao *direito de não saber* como corolário do direito fundamental à intimidade genética, dadas as possíveis consequências a que o conhecimento do segredo genético poderia levar.

Finalmente, mas não menos importante, investiga-se a discriminação genética decorrente violação da intimidade genética na contratação de planos de saúde e nas relações de trabalho. Conforme se verifica, a configuração da discriminação genética é circunstancial, podendo ser legítima quando realizada para proteger outros interesses da pessoa.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE: VIDA PRIVADA E INTIMIDADE

Os direitos fundamentais não são taxativos e tampouco foram arrematados de um só lance. Normalmente, são os direitos fundamentais fruto de conquistas, de lutas contra o poder absoluto e, a partir da expansão técnico-científica, de oposição conta males do mundo contemporâneo.

Os direitos fundamentais estão em plena ebulição, ininterruptamente, e surgem em dimensões; são as chamadas dimensões de direitos ou, ainda, ondas de direitos. Veja-se sua importância na primeira dimensão de direitos, a partir da qual se identifica o direito à privacidade.

Normalmente referidos como direitos negativos, os direitos de primeira dimensão foram lapidados sobre o pilar da liberdade no final do século XVIII; representam direitos individuais e individualistas, que identificam a pessoa não como inserida num grupo social, mas como *ser* isolado e individual. Além disso, as relações sociais eram extremamente patrimonializadas, sob a proteção do próprio direito; vigorava a autonomia da *vontade*, que não observava limites.

Com isso, ao Estado era vedado interferir nas relações privadas, daí, as chamadas liberdades negativas: a vontade faz lei entre as partes, porque todos os indivíduos são iguais², não devendo o Estado invadir a privacidade dos indivíduos e nem a sua vida privada.

O direito à privacidade, então, nasce como uma liberdade negativa, cuja finalidade era proteger o indivíduo da intromissão do Estado, garantir que não

2. Como se sabe, a igualdade presente no discurso oitocentista, após a Revolução Francesa, tratava-se de uma igualdade formal, o que representava muitas desigualdades no caso concreto. Não há lugar para se aprofundar a questão nessa pesquisa, mas é oportuno conhecer a seguinte passagem dada por Roxana Borges: “A proteção dos indivíduos e o apelo a valores como dignidade e liberdade historicamente eram temas levantados para proteger as pessoas contra os abusos do Estado, dos poderes públicos [...]. Mas o liberalismo econômico e sua expressão no direito sob a forma do individualismo jurídico acabaram abrindo espaços para abusos. Como as partes numa relação jurídica nem sempre são tão iguais, sendo comumente uma mais forte que a outra, não há, no final das contas, tanta liberdade assim e a exploração do mais fraco pelo forte, sob a ideologia do individualismo jurídico acabou sendo legitimada pelo direito”. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 83.

sofreria interferência em seu modo de ser, em suas relações negociais e em seu patrimônio. Mas nada garantia contra os seus pares.

A experiência histórica deu conta de demonstrar que as pessoas deveriam ser protegidas não apenas contra o Estado, mas também contra o abuso do exercício da liberdade por particulares. É nessas circunstâncias que se promulga a igualdade substancial e o poder vinculante, tanto vertical quanto horizontalmente, da Constituição e suas garantias fundamentais, reconhecendo-se a oponibilidade do direito à privacidade também nas relações particulares.

Os direitos fundamentais e, em especial, o direito à privacidade, desenvolveu-se de forma ampla no constitucionalismo norte-americano, merecendo destaque o *right of privacy* nos país estadunidense.

Em artigo intitulado *The Right to Privacy*³, Samuel Warren e Louis Brandeis investigam precedentes da Suprema Corte e demonstram a existência de um direito fundamental à privacidade. Já em 1769, no caso *Millar v. Taylor*⁴, firmou-se que a todo homem é dado manter seus sentimentos em segredo e só a ele cabe decidir se os tornará público ou os compartilhará com amigos e familiares.

Os avanços da civilização e as intensas e complexas relações que passam a envolver os modos de vida conduzem a repensar valores e renovar sentimentos. Em meio a tudo isso o ser humano se tornou mais sensível à intromissão, e a privacidade se faz, então, essencial para a pessoa, devendo ser assegurado a todos aquilo que se convencionou chamar de *right to be let alone*⁵, o direito de estar só.

Inicialmente, a Suprema Corte ofereceu proteção à privacidade não como um direito de guardar segredos, mas sob fundamento da proteção ao direito de propriedade ou mesmo em cláusulas contratuais implícitas, quando relação contratual alguma fora firmada.

Ao se pensar em proteção à propriedade, levou-se em conta manuscritos e outros bens corpóreos que poderiam ser retirados da posse de seu proprietário e tornados públicos. De fato, um diário ou uma autobiografia podem ser objeto de tradição, possuem um valor material e podem ser publicados ou reproduzidos. Mas a proteção oferecida pelo direito à privacidade não recai sobre o lucro de eventual

3. WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*. Vol. IV, n.5, December 1890.

4. Yates, J., in *Millar v. Taylor*, 4 Burr. 2303, 2379 (1769), in WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *Ibid.* p. 198.

5. *Id.* *Ibid.* p. 195.

publicação e, sim, nas palavras de Warren e Brandeis, in the piece of mind⁶, isto é, não no que foi produzido, mas no fato sob segredo propriamente dito⁷.

Diante disso, concluem Warren e Brandeis, em 1890, pela existência, no ordenamento Norte-Americano, de um princípio que protege a privacidade das pessoas: “the principle which protects personal writings and any other productions of the intellect or of the emotions, is the right to privacy”⁸.

De outro lado, Rubinfeld⁹ constata, no fim do século XX, que o direito à privacidade ganhou contornos diferentes, significando o direito de agir desvinculado, mas de modo inclusivo, isto é, mantendo também o tradicional significado de direito à privacidade como proteção aos segredos e informações pessoais.

Trata-se, em verdade, daquilo que no Brasil denomina-se de vida privada em sentido amplo¹⁰, em que se defende a autodeterminação da vida da pessoa conforme o seu desejo, desde que isso não viole direitos de terceiros.

Esse contorno amplo dado ao right of privacy, rendeu inúmeros julgados, mas principalmente versando sobre sexualidade. No *leading case Griswold v. Connecticut*¹¹, invalidou-se uma lei que proibia o uso e a distribuição de contraceptivos porque violava o direito de escolha das pessoas entre usar ou não o produto. Em *Roe v. Wade*¹², em decisão que mudaria para sempre o futuro dos Estados Unidos, a Suprema Corte decidiu que o *right of privacy* é amplo o suficiente para abranger a decisão da mulher sobre manter sua gravidez ou promover o aborto.

Destarte, a palavra privacidade é desdobrada em vários significados, tanto com referência à *vida privada em seu sentido informacional*, isto é, sob a égide do direito de omitir informações e guardar segredos, como tangente ao *respeito*

6. Op. cit. p. 200.

7. Id. Ibid. p. 201. “What is the thing which is protected? Surely, not the intellectual act of recording the fact that the husband did not dine with his wife, but that fact itself. It is not the intellectual product, but the domestic occurrence”. Os autores ainda completam, afirmando que aquilo que está sob proteção da privacidade pode até vir a se tornar obra literária, mas antes disso é direito à privacidade. Ilustra-se esta possibilidade com o famoso caso *Prince Albert v. Strange*, sobre publicação indevida de obra privada da Rainha Victória e do Príncipe Albert, por eles produzida, em que se firmou: “an unpublished collection of news possessing no element of a literary nature is protected from piracy”. p. 202.

8. Id. Ibid. p. 213. O princípio que protege escritos pessoais e outras produções do intelecto ou expressões sentimentais, é o direito à privacidade (tradução nossa).

9. RUBENFELD, Jed. The right of privacy. *Harvard Law Review*. V.102, n.4, February 1989. p. 737-807.

10. Cf. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Op. cit. p. 113.

11. 381 US 479 (1965). Cf. RUBENFELD, Jed. Op. cit. p. 744. “This right included the freedom of married couples to decide for themselves what to do in the privacy of their bedrooms”.

12. 410 U.S. 113 (1973). Cf. RUBENFELD, Jed. Op. cit. p. 746.

à *vida privada*, que, cunhada sobre a autonomia privada, representa a liberdade de conduzir a própria vida.

Em que pese algumas referências à vida privada em seu sentido amplo no decorrer da pesquisa, o foco recai principalmente sobre a vida privada em seu sentido informacional, que, como será visto, abrange o direito à privacidade e à intimidade.

Prescreve o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988 que são invioláveis a intimidade e a vida privada, ao lado de outros direitos fundamentais, e assegura, no mesmo dispositivo, reparação por dano moral e material em caso de sua violação.

A intimidade e a vida privada podem ser referidos como um direito à privacidade, que, em sentido amplo, designa a proteção de informações da pessoa contra a divulgação ou intromissão de terceiros. As informações protegidas pelo direito à privacidade variam desde as características físicas da pessoa, *v.g.* uma cicatriz, ao seu passado mais íntimo, *v.g.* o direito ao esquecimento.

A proteção oferecida pelo direito pátrio à privacidade pode ser sistematizada em três desdobramentos: a) quando, sem o seu consentimento, a pessoa é vítima de intromissão alheia em relação ao seu modo de ser; b) quando a pessoa tem suas informações divulgadas sem a devida permissão; c) quando há divulgação cumulada com intromissão indevida.

Esses desdobramentos conduzem à inevitável conclusão de que há diferentes níveis de proteção dentro da própria privacidade, o que se compatibiliza com a Constituição ao ter garantido separadamente a vida privada e a intimidade.

Mas esta não é uma conclusão pacífica, eis que autores como Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Cretella Júnior¹³ preferem dizer que não há qualquer diferença entre a intimidade e a vida privada.

Inclusive, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, em seu artigo 12, estatui proteção à vida privada, sem fazer referência à intimidade:

13. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora. *In Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, nº 1, RT, São Paulo: 1992, p. 141-154. Disponível em <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/49>>. Acesso em 28 nov 2009. Tércio Sampaio adverte que “embora os comentadores não vejam diferença entre vida privada e intimidade (cf. Ferreira Filho, 1990:35, Cretella Júnior, 1990:257), pode-se vislumbrar um diferente grau de exclusividade entre ambas”.

“Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação”.

A melhor interpretação constitucional, porém, informa que a Constituição não traz em seu bojo palavras inúteis, pois, se houve a preocupação pelo constituinte originário de, expressamente, se utilizar das palavras *intimidade* e *vida privada*, significa que representam diferentes âmbitos de proteção.

Neste sentido, Manoel Jorge e Silva Neto¹⁴ exclama que a interpretação da Constituição não pode conduzir à deturpação do seu texto, razão porque se trata de uma lógica constitucional admitir a autonomia entre a inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

2.1. O direito à vida privada e o direito à intimidade

A Constituição Federal de 1988 cuidou de dissociar a intimidade da vida privada, deixando claro tratar-se de dois distintos direitos fundamentais. Deixou a cargo dos estudiosos, porém, a definição do âmbito de incidência, do conteúdo e do conceito de cada um deles.

Identifica-se na doutrina que a definição de ambos é regida pelo princípio da exclusividade, responsável por assegurar o caráter exclusivo das informações que compõem a vida, o modo de ser e os segredos de uma pessoa.

Maria Isabel de Azevedo Souza define o princípio da exclusividade como aquele que “tutela o direito do indivíduo de estar só e a possibilidade de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ele só se refere, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada”¹⁵.

A par desse princípio, Roxana Borges explica que o direito à privacidade visa “permitir à pessoa excluir do conhecimento de terceiros seus sentimentos, orientações ou comportamentos culturais, religiosos, sexuais, domésticos, [enfim], protege do conhecimento alheio o modo de ser da pessoa”¹⁶.

Tércio Sampaio Ferraz também pondera que quando se considera a individualidade, está-se a considerar aquilo que é exclusivo, ou seja, aquilo “que passa

14. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo: LTr, 2001. p. 112.

15. SOUZA, Maria Isabel de Azevedo. O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado. In MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002. p. 308.

16. Op. cit. p. 163.

pelas opções pessoais, afetadas pela subjetividade do indivíduo e que não é guiada nem por normas nem por padrões objetivos¹⁷.

Vida e privada e intimidade são guiados, portanto, pelo princípio da exclusividade, o qual autoriza a pessoa a omitir suas informações ou guardar para si o seu modo de conduzir a própria vida.

Logo, a diferença entre vida privada e intimidade não é de fundamento, mas de grau. Ambos regem-se pela exclusividade, mas a intimidade define-se pelo caráter profundamente agudo em relação à vida privada. Compõem a intimidade de uma pessoa seus segredos mais íntimos, excluídos do conhecimento até mesmo dos familiares mais próximos.

Dado o caráter circunstancial do conteúdo da vida privada e da intimidade, é bastante difícil conceituá-los, razão porque é comum sua definição por exemplos estruturais.

As relações de família são normalmente referidas como vida privada. Tem-se aqui a pessoa na figura de pai, de mãe, de marido, a forma como todos se reúnem à mesa, como celebram seu aniversário, enfim, atos e condutas que remanescem no seio familiar e não seriam, normalmente, exibidos em canal público.

A intimidade é dita como a esfera íntima não conhecida nem mesmo por pessoas mais próximas. São os hábitos, as manias, os defeitos, os segredos e as peculiaridades personalíssimas de cada um; podem até ser compartilhados com o amigo mais íntimo ou o companheiro de toda vida, mas, dificilmente, será dado a ser conhecido além desses limites.

Deste modo, é no recôndito da vida privada que se esconde a intimidade; na linha de raciocínio até aqui desenvolvida, é a intimidade o mais exclusivo dos direitos, que impede qualquer publicidade, ou seja, o direito à intimidade é o segredo pessoal.

Outro critério de diferenciação, dado por Tércio Sampaio¹⁸, diz respeito à relação entre a pessoa e terceiros. Terceiro seria definido como a sociedade em geral, de forma abstrata; a vida privada é vivida entre pessoas, no trabalho ou em família, e pode estar sujeita à publicidade em alguns momentos, como é o caso do regime bens que o casal revelará a terceiros na compra de um imóvel; a

17. Op. cit. p. 142.

18. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Op. cit. p. 143.

intimidade, se tornada pública, constrange, razão pela qual é normalmente mantida fora de qualquer repercussão social.

Seja por uma ou outra classificação, o importante é que resta evidente a autonomia da intimidade em relação à vida privada, razão porque não podem ser confundidas entre si.

2.2. A inviolabilidade e os limites constitucionais da vida privada e da intimidade

A privacidade da pessoa é inviolável, tanto no que tange à sua vida privada quanto, e principalmente, no que se refere à sua intimidade. Mas como todo direito fundamental, nem a vida privada e nem a intimidade são absolutos, estando ambos sujeitos a restrições no caso concreto.

Em regra, as restrições aos direitos fundamentais são dadas pela própria Constituição, e é bom que assim seja para se evitar abuso de restrição pelo poder legislativo ordinário.

Identifica-se que é livre a manifestação do pensamento, mas vedado o anonimato, conforme artigo 5º, IV, da Constituição Federal. Desta forma, se o indivíduo mantém diário íntimo, está no seu direito de intimidade e pode registrar e criticar tudo o quanto quiser, mas se resolve tornar público o seu conteúdo, deve se identificar; não poderá a pessoa invocar a intimidade para justificar o anonimato, pois, o conteúdo do diário deixou de ser íntimo para se tornar manifestação do pensamento.

A casa, como se sabe, é local da mais recolhida vida privada, inviolável nos termos do artigo 5º, XI, da Constituição Federal. A violação da vida privada no âmbito familiar é permitida pela própria Constituição em situações excepcionais, quais sejam, em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

O sigilo de dados e das comunicações telefônicas, por mais que esteja relacionado à vida privada ou à intimidade, pode ser quebrado para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, conforme estipula o artigo 5º, XII, da Constituição Federal.

Podem ainda ser identificadas restrições ao direito à privacidade nas situações de estado de defesa, em que se restringe o sigilo de correspondência e o sigilo de comunicação telegráfica e telefônica (CF, art. 136, §1º, I, *b, c*); e de estado de sítio, em que se permite, além de medidas de restrição à inviolabilidade de

correspondências e de sigilo de comunicações, a violação do domicílio para fins de busca e apreensão (CF, art. 139, III e V).

A liberdade de informação também pode limitar o direito à privacidade, quando informações de interesse público – e não de interesse do público – estiverem vinculadas ao círculo de intimidade ou vida privada invocado pelo indivíduo. Conflitos entre vida privada e liberdade de informação são muito comuns no dia a dia dos tribunais, e a solução apenas pode ser dada caso a caso por meio da ponderação entre os interesses.

Por outro lado, há situações inversas, em que a própria Constituição pondera que a intimidade deva prevalecer. O exemplo mais expressivo está no artigo 5º, LX, da Constituição Federal, o qual restringe o princípio da publicidade dos atos processuais em favor da proteção da intimidade da pessoa. Não é apenas semelhança que as demandas envolvendo conflitos de direito de família normalmente se processem em segredo de justiça, isso visa garantir a inviolabilidade da intimidade da partes.

Este rol não é taxativo, mas não é possível elencar *a priori* todas as possibilidades de conflito entre o direito à privacidade e outros direitos ou bens, e qual a solução para os possíveis conflitos. São hipóteses avaliadas casuisticamente, resolvidas pela ponderação de interesses no caso concreto.

3. INTIMIDADE GENÉTICA, PLANOS DE SAÚDE E RELAÇÕES DE TRABALHO

A questão da intimidade genética é recente, remonta do final do século XX e não pode ser compreendida sem uma breve divagação acerca do esforço histórico da ciência médica.

Um dos maiores fenômenos da civilização humana é, sem dúvidas, a sua capacidade, ou pelo menos sua vontade, de mudar, de adaptar e se adaptar, além de domar o que está a sua volta ou dentro de si. É assim que a pessoa lida e luta contra os males do próprio corpo, tendo criado a ciência médica como instrumento para tanto.

A história da medicina começou ainda na antiguidade, quando o homem deixou de ser nômade e passou a cultivar, a exercer algum controle sobre a natureza. Entendeu que também poderia dominar o próprio corpo para livrar e aliviar o sofrimento dos doentes.

Acredita-se que o berço da medicina seja o Egito, quando, há aproximadamente 2700 anos antes de Cristo, já se faziam tratamento de luxações, de queimaduras e

o uso de plantas medicinais. A medicina veio a ser reconhecida como profissão, no entanto, no Código de Hammurabi¹⁹, que previa honorários médicos de acordo com a classe do enfermo.

A primeira idéia que se tem de diagnósticos vem de Hipócrates²⁰ (460 a.C. – Tessália, 377 a.C.), grego lembrado como o pai da medicina. Em seus estudos é possível encontrar explicações, em que pese muitas delas com fundamentos sobrenaturais, sobre doenças como a malária, caxumba, pneumonia e tuberculose.

Os avanços da medicina, porém, são refreados quando a religião ganha forças²¹. Uma vez que a dor e o sofrimento só poderiam ser espirituais, as curas e a salvação deixam de estar no conhecimento humano para apenas serem buscadas na salvação.

Os estudos médicos são retomados a partir do Imperador Frederico II, no Sacro Império Romano-Germânico, e em 1316 é publicado o primeiro manual sobre autópsia, escrito a partir de verdadeiras dissecações de cadáveres. A partir de então as descobertas sobre o corpo humano não pararam: circulação pulmonar e a circulação do sangue²² no final do século XVI e início do século XVII são exemplos mais importante.

De grande mérito, também, foi o século XIX, com a Teoria da Evolução, de Darwin. Foi ainda naquele século que se descobriu a anestesia e a antissepsia²³, o que reduziu em muito a morte por infecção em hospitais.

Os maiores avanços, no entanto, são percebidos no século XX, um tempo de guerras, de tecnologia, de ciência, de morte e de vida. Criou-se o soro, inventou-se o raio-X, desenvolveu-se o antibiótico e, mais importante, o transplante de órgãos²⁴.

Grande parte dos avanços da medicina desse período, no entanto, é fruto de terríveis testes em seres humanos, por meio dos quais a suástica buscou produzir uma raça perfeita.

Sem dúvidas, o nazismo foi o berço da discriminação genética: as pessoas com deformidades, crianças e adultos, eram executadas com o fito de que não

19. EUROFARMA. *A história da medicina contada a céu aberto*. Moema/SP: Scrivere Comunicações, 2006. p. 12.

20. GORDON, Richard. *A assustadora história da medicina*. 2.ed. Trad.: Aulyde Soares Rodrigues. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995. p. 10-11.

21. EUROFARMA. Op. cit. p. 18.

22. EUROFARMA. Op. cit. p. 24-27.

23. Id. Ibid. p. 38-41.

24. Id. Ibid. p. 46-57.

tivessem chance de perpetuar suas anomalias ou, quando não ceifadas suas vidas, eram castrados como animais para que não se reproduzissem. Só os gêmeos, por vezes, eram mantidos vivos, mas por uma razão, como possuíam a mesma configuração genética, testes eram feitos em um deles e o outro servia de referência comparativa para os resultados.

Após o fim da II Guerra Mundial os rumos da ciência sobre o corpo humano mudariam para sempre: em 1953, os cientistas James Watson e Francis Crick anunciaram a descoberta da estrutura do DNA.

O final do século XX e o início do século XXI é um período marcado pelo Projeto do Genoma Humano. Por meio dele se visa decodificar completamente o código genético do ser humano, “definido simplesmente como a soma total das informações genéticas de nossa espécie, codificadas dentro de cada célula nucleada do corpo”²⁵.

O *projeto genoma* não é restrito à ciência médica, mas fruto do trabalho de várias disciplinas da biologia moderna, e tem por objetivo a compreensão de doenças genéticas e sua cura, meios mais eficazes de diagnóstico, medidas preventivas e métodos terapêuticos apropriados.

De fato, o *projeto genoma* está no topo das revoluções da genética humana e, se bem sucedido, permitirá conhecer toda a sequência do DNA humano. O conhecimento dessa sequência, afirma-se, é a chave para determinar as variações de genes que contribuem para a saúde e a doença.

Segundo Robert Nussbaum, um aspecto da prática da genética médica característico é o fato de não focar apenas o paciente, mas toda a sua família. Ou seja, o mapeamento genético de uma pessoa não é individualizado, mas deve alcançar o DNA de todos os seus familiares, pois, “uma boa história familiar é uma primeira etapa importante na análise de qualquer distúrbio, seja ele genético ou não”²⁶. Mais que isso, o diagnóstico genético do paciente permite aferir os riscos de uma doença para todos os outros membros da família, quer dizer, os segredos genéticos de uma família inteira podem ser revelados a partir do mapeamento dos genes de um único membro.

Para os estudos que se seguirão, é importante a fixação de alguns conceitos, a começar pelo que vem a ser *genoma humano*. O genoma humano consiste nos aglomerados de ácido desoxirribonucléico, mais conhecidos por DNA, que contém

25. NUSSBAUM, Robert L. et. al. **Genética médica**. 6.ed. Trad.: Paulo Armando Motta. Rio de Janeiro: Guanabara, 2002. p. 1.

26. Op. cit. p. 1.

toda informação genética necessária para explicitar todos os aspectos do ser humano, seu crescimento, metabolismo, reprodução, enfim, seu código da vida²⁷.

A decodificação da informação genética, por sua vez, é feita por meio do *mapeamento gênico*. Trata-se do ramo do projeto genoma em mais rápido desenvolvimento, cujo objetivo principal é mapear, localizando, desvendando e conhecendo, os aproximadamente 50.000 (cinquenta mil) genes nos 24 (vinte e quatro) cromossomos que compõem o ser humano²⁸. A partir disso, se poderia realizar diagnóstico de doenças e identificar genes responsáveis por doenças genéticas.

Feitas estas considerações, é chegado o momento de tratar da intimidade genética propriamente dita.

3.1. Segredo genético: intimidade ou vida privada?

Conforme visto no item 2.1, intimidade e vida privada não se confundem, e cada um deles representa um diferente âmbito de proteção. Enquanto a vida privada protege o modo de ser da pessoa nas suas relações familiares, de trabalho e sociais de modo geral, a intimidade se refere às informações mais recônditas da vida do ser humano, seus segredos mais íntimos, excluídos do conhecimento de terceiros, enfim, os segredos pessoais.

Não raro, porém, verifica-se a correlação entre o direito à privacidade em sentido amplo com outro direito fundamental. É o caso do sigilo de dados, previsto no artigo 5º, XII, da Constituição, que possui estreitas relações com o direito à intimidade e à vida privada em determinadas hipóteses. Em situações tais, de correlação, a proteção do sigilo de dados pode se dar por meio da concretização do direito fundamental à intimidade ou vida privada.

É nessa mesma linha de raciocínio que se entende o código genético de uma pessoa protegido pelo direito fundamental à intimidade. Em questão está o direito de o indivíduo excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ele só é pertinente e que diz respeito à sua exclusiva existência, sua personalidade, sua perpetuação, sua vida futura, suas doenças e sua morte.

O segredo genético da pessoa, no entanto, está no plano mais recôndito de sua existência. Nem o próprio indivíduo é capaz de conhecer o seu código genético por meio dos sentidos – visão, tato, olfato, paladar e audição – que lhe são ínsitos.

27. Id. *Ibid.* p. 3.

28. Id. *Ibid.* p. 96.

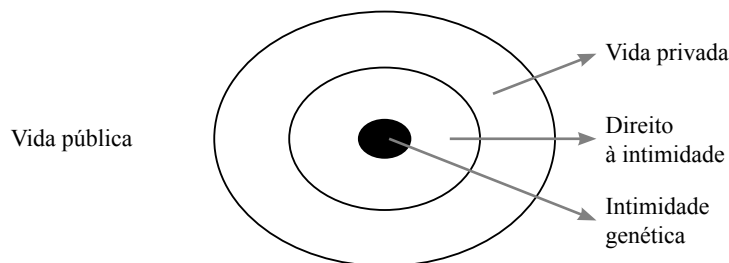
Até o presente momento, apenas parte do genoma humano foi desvendado. Mas, os testes genéticos em seres humanos já são suficientes para dizer, por exemplo, se o indivíduo é portador do gene mutante da anemia falciforme²⁹ ou se é suscetível de desenvolver o câncer de mama³⁰.

A finalidade do direito à intimidade é excluir do conhecimento de terceiros fatos que dizem respeito tão somente ao indivíduo e que, se revelados, poderiam lhe causar incomparáveis constrangimentos perante as pessoas do seu círculo de convivência ou em suas relações sociais.

Imagine-se, então, a situação de alguém que carrega em seu código da vida o gene da *doença de huntington* e sabe que a partir de determinado momento de sua vida, na fase adulta, sofrerá degeneração progressiva do cérebro por um período de dez a quinze anos e morrerá.

Em situações tais, vê-se um nítido direito fundamental da pessoa de resguardar os segredos sobre sua condição genética. Revelá-los seria condenar a pessoa antecipadamente aos males que sequer tiveram início ou talvez jamais tenham, principalmente pela discriminação genética a que estaria sujeita.

Assim, a profundidade da intimidade genética da pessoa pode ser retratada com base na teoria dos círculos concêntricos³¹, veja-se:



29. Cf. GUTTMACHER, Alan E.; COLLINS, Francis S. Genetic Testing. *New England Journal of Medicine*. Vol.347, n.23, December 2002. p. 1868. Explica o autor que a forma mais comum de anemia falciforme resulta de uma mutação no gene das hemoglobinas: “The most common form of sickle cell anemia, a disease occurring in 1 in 700 blacks in the United States, is caused by a single specific mutation in the β -globin gene, resulting in a modified hemoglobin, termed hemoglobin S (HbS)”.

30. Cf. WOOSTER, Richard; WEBER, Barbara L. Genomic medicine: breast and ovarian cancer. *New England Journal of Medicine*. V.348, n.23, June 2003. p. 2339. Os autores fazem uma revisão sobre as mais importantes descobertas genéticas sobre o câncer de mama, em especial as formas de seqüenciamento do gene do câncer de mama em prol da prevenção e cura dessa doença: “several recent critical advances - sequencing of the human genome and the development of high-throughput techniques for identifying DNA-sequence variants, changes in copy numbers, and global expression profiles - have dramatically accelerated the pace of research aimed at preventing and curing these diseases”.

31. Cf. SILVA NETO, Manoel Jorge e. Op. cit. p. 114.

A vida pública está fora das esferas porque compõem os fatos da vida do ser humano que estão abertos ao público sem limitações. A vida privada compõe a primeira camada do círculo de vida, pois, ali estão as relações sociais restritas, como as relações familiares. A intimidade, por sua vez, é tudo aquilo que está em círculo mais concêntrico que a vida privada, abrangendo os segredos pessoais, fatos da pessoa excluídos do conhecimento geral e, inclusive, dos familiares.

O círculo mais recôndito e preenchido na cor preta representa aquilo que se denomina intimidade genética. Apesar de compor o próprio corpo humano, ninguém sabe *de per si* o seu código genético, razão pela qual é um segredo até mesmo para si: por isso, na teoria dos círculos concêntricos o segredo genético é representado como intimidade genética no pequeno círculo preenchido da cor preta.

Caso o indivíduo tenha o seu código genético mapeado, ainda assim comporá o ponto mais remoto da sua intimidade, em que pese estar agora revelado para si mesmo e para fins médico-científicos. Não poderá, contudo, ter o seu segredo genético violado, indevidamente investigado.

Destarte, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 garante o direito à intimidade; que o código genético do ser humano compõe o seu mais profundo segredo; que se violado o segredo genético da pessoa as consequências podem ser extremamente lesivas; de se concluir que a Constituição Federal oferece proteção à intimidade genética em seu artigo 5º, X, como verdadeiro direito fundamental à intimidade genética.

3.2. O direito de não saber

Visto que o código genético é, inicialmente, um segredo até mesmo para o indivíduo que o possui, insta saber se ele tem o direito de permanecer não conhecendo os segredos da sua vida e a incerteza do seu futuro.

Mas, a que serve conhecer o código das pessoas? Como isso pode ser feito? O objetivo de se mapear a sequência genética do ser humano, afirma a ciência, é descobrir métodos de melhorar a saúde das pessoas, a capacidade de antever uma doença, melhores diagnósticos e tratamentos para doenças existentes e outras que sequer são sentidas. Ademais, seria um meio eficaz de oferecer benefícios em se tratando de bem estar social, saúde, felicidade, etc.

A questão não é tão simples.

Há muito se descobriu que a máxima de *amar a todos como a si próprio* não é plenamente eficaz, e que a capacidade de as pessoas causarem danos umas às

outras é imensurável. É comum a violação dos direitos fundamentais mais simples, como a intimidade, a liberdade de expressão, e de práticas como a discriminação.

Diante disso, não pode ser tomado como verdade absoluta o fato de que, uma vez disponibilizados instrumentos para o mapeamento completo do DNA humano, todos queiram conhecer o seu segredo da vida. Basta pensar que a leitura do genoma humano não é como o jogo de cartas que supostamente relata a vida do ouvinte, mas é o verdadeiro segredo da vida de uma pessoa, capaz de informar sua predisposição para longos anos de vida feliz ou na doença.

E quando for revelado que os anos de vida pela frente serão acompanhados de dor e mal estar, a pessoa poderá passar a sofrer do mal futuro antes mesmo dele ocorrer e, ainda, desenvolver outros que sequer existiriam não fosse o abalo psicológico da informação.

É muito oportuna a análise de um caso concreto, *Ragnhildur Guðmundsdóttir v. The State of Iceland*, ocorrido na Islândia e decidido pela Suprema Corte daquele país³², que elucidará melhor a questão. Em 1998, o Parlamento Islandês promulgou uma Lei regulamentando banco de dados na área da saúde (The Act 139/1998). Nos termos da lei, estava autorizada a criação e operação de um banco de dados central sobre a saúde e amostras genéticas de pessoas não identificadas, cujo uso teria por finalidade o melhoramento e a criação de novos métodos para cuidados com a saúde, para diagnósticos e tratamentos em geral.

Os melhores resultados nas pesquisas genéticas, dada a variação genética do ser humano, são alcançados não a partir dos genes de uma única pessoa, mas da genealogia genética de toda uma família. Por isso, a lei autorizava fossem armazenado todos os dados médicos de todos os islandeses, inclusive daqueles cidadãos que fossem silentes sobre oferecer ou não seus dados para armazenamento.

Em 2000, a menor Ragnhildur Guðmundsdóttir, por seu representante, peticionou à autoridade do órgão de saúde do país requerendo não fossem armazenados dados médicos, genealógicos ou genéticos sobre o falecido pai da petionária. Em resposta, teve seu pedido negado sob alegação de que a Lei não continha previsão para recusa ao armazenamento de informações sobre parentes falecidos.

Em apelo à justiça islandesa para proibir o armazenamento de dados genéticos do seu falecido pai, alegou ela que informações sobre a sua própria saúde poderiam ser obtidas a partir do mapeamento genético do seu pai, logo, que estava

32. Disponível, na íntegra, em: <http://epic.org/privacy/genetic/iceland_decision.pdf>. Acesso em 01 dez 2009.

configurado o seu interesse de agir para impedir a coleta dos dados do *de cuius*. A decisão foi desfavorável nas primeiras instâncias, tendo-se decidido que as informações médicas armazenadas não eram identificáveis.

A Suprema Corte da Islândia, contudo, reformou a decisão das instâncias inferiores para declarar que, em razão do direito à intimidade, Gudmundsdóttir tinha interesse pessoal em evitar a transferência das informações médicas sobre seu pai para o banco de dados do órgão de saúde islandês. E completou, afirmando que a partir das informações genéticas do seu falecido pai seria possível conhecer muito dela própria sem a sua autorização.

No que tange à encriptação dos dados, que garantiria o segredo das informações, entendeu a Corte que a lei não oferecia tal segurança porque impunha vagos limites para a operação do órgão da saúde. A lei permitiria que o manuseio dos dados da pessoa fosse feito por outros órgãos públicos não especializados, além de conferir poderes muito subjetivos ao ministro da saúde para regulamentar a matéria, causando verdadeira insegurança.

A Suprema Corte sublinhou, expressamente, a proteção à intimidade genética em razão do direito fundamental à intimidade previsto na Constituição Islandesa, prescrevendo que “it was recognised as unequivocal that the provisions of Paragraph 1 of Article 71 of the Constitution applied to such [genetic] information and guaranteed to every person the right to protection of privacy in this respect”³³.

Com esta decisão, a Suprema Corte da Islândia reconheceu, constitucionalmente, o direito à intimidade genética de um indivíduo a partir do mapeamento genético de terceira pessoa, ou seja, a Suprema Corte garantiu à autora o *direito de não saber*, haja vista que a decodificação do DNA de seu pai poderia revelar segredos sobre sua própria vida, seu destino. Preferiu a autora que o seu segredo genético remanescesse na escuridão da sua intimidade, como representado na teoria dos círculos concêntricos, o que foi garantido pela Corte Irlandesa.

Em estudo de caso diverso, versando sobre segredo genético relações familiares, Maria Canellopoulou Bottis³⁴ entendeu não haver verdadeiro *direito de não*

33. “É inequivocamente reconhecido que a previsão do 1º do artigo 71 da Constituição se aplica a este tipo de informação [genética] e garante a toda pessoa o direito à proteção de sua privacidade neste âmbito” (tradução nossa).

34. BOTTIS, Maria Canellopoulou. Comment on a view favoring ignorance of genetic information: confidentiality, autonomy, beneficence and the right not to know. *European Journal of Health Law*. Vol. 7, n. 2, 2000. A autora analisa o seguinte caso, traduzido livremente: Sophie descobre que possui o câncer de mama genético, a partir do gene BRCA1. A desordem genética é dominante e a probabilidade de suas irmãs, Katie e Sally, possuírem a mesma mutação é muito grande, e a única forma de tratamento atualmente disponível

saber de um parente a ser protegido, direito de não saber de terceiro. Deveriam, outrossim, ser ponderados o direito a intimidade genética de uma pessoa com a autonomia privada do familiar de guiar a própria vida, além do dever de informar do médico.

Em outras palavras, a autora entende que o parente biológico tem a liberdade de conhecer a informação do paciente que tenha seu segredo genético desvendado para decidir o que fazer a partir dela. Somado a isso, o médico tem por obrigação informá-lo dos riscos de vida em razão da sua condição genética.

Não obstante, entende-se que há, sim, um verdadeiro *direito de não saber* corolário da intimidade genética, não apenas por parte do paciente, mas dos próprios familiares. As informações genéticas não são como informações gerais que se referem apenas ao paciente, “elas são diferentes porque interconectam o paciente a todos os familiares, ascendentes, descendentes e gerações futuras”^{35, 36}.

Isso leva à conclusão de que o código genético não é exclusivo, pois, os familiares biológicos possuem partes idênticas do DNA, isto é, o código genético é compartilhado entre ascendentes, colaterais e descendentes.

Logo, a autonomia da pessoa sobre o código genético é limitada, não podendo dele dispor como bem entender sob pena de violar a intimidade genética de terceiro, um parente biológico. Basta pensar no caso de uma pessoa que possua o gene da doença de huntington, cuja probabilidade de que seus irmãos também tenham o gene é de 50% (cinquenta por cento). Teria o portador de tal gene o direito absoluto de tornar pública essa situação? A conclusão não poderia ser outra, senão pela impossibilidade, sob pena de se antecipar o sofrimento daquele irmão que sequer imagina a possibilidade de desenvolver uma doença incurável, cujo fim é sempre a morte.

Há portanto, um direito legítimo de não saber e, caso opte por saber, de excluir do conhecimento de terceiros as informações genéticas.

é a mastectomia. Katie tem fobia a agulhas e odeia hospitais; Sally é depressiva e está grávida. Sophie não deseja contar a suas irmãs sobre a doença, mas deve Ivan, seu médico, fazê-lo, mesmo sabendo que isso poderá constituir em graves complicações para a vida das irmãs de Sophie? p. 174.

35. LEENEN, H. J. J. Genetics, Confidentiality and Research. *European Journal of Health Law*. Vol. 7. n. 2. 2000. p. 363. “They are different in this respect that with genetic data the connection of the patient with his present family and with precedent and following generations is at stake”.

36. Cf. LAURIE. G. T. Laurie G.T. In Defence of Ignorance: Genetic Information and the Right not to Know. *European Journal of Health Law*, Vol. 6, n. 2, 1999, p. 119-132

Ademais, a própria legislação brasileira favorece o reconhecimento do *direito de não saber*. O Código de Ética Médica, Resolução 1.246/88, em seu artigo 59, proíbe que o médico informe o diagnóstico, prognóstico e os riscos aos pacientes quando a comunicação possa provocar-lhe dano.

No mesmo sentido, o artigo 102 do Código de Ética Médica veda ao médico revelar fato que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente, permanecendo a proibição mesmo que o paciente tenha falecido.

Portanto, se o médico toma conhecimento do código genético de uma pessoa em razão do ofício, primeiro tem de ponderar se o próprio paciente deve saber – levando-se em conta seu direito de não saber – e, em segundo lugar, não deve revelar a questão a terceiros, ainda que parentes, sem o consentimento do paciente.

A partir disso, está muito clara a existência de um legítimo *direito de não saber* como corolário do direito fundamental à intimidade genética, necessário para que a pessoa possa desfrutar de uma vida digna e sem dores antecipadas.

3.3. Discriminação genética decorrente da violação da intimidade genética

Na medida em que a ciência avança e o Projeto Genoma Humano ganha forças, o medo de discriminação aumenta. Trata-se de uma consequência lógica, uma vez que o mapeamento genético do ser humano informa as diferenças entre as pessoas invisíveis aos cinco sentidos comuns, oferecendo material e fundamento de *discriminen*.

Para efeitos desta pesquisa, adota-se como por definição de discriminação genética ilegítima “toda e qualquer prática discriminatória ilícita que tem por base a codificação genética da pessoa”.³⁷

São inúmeras as possibilidades de discriminação genética em razão da violação da intimidade genética; percebe-se no entanto, uma preocupação universal com a questão da discriminação genética pelas empresas fornecedoras de planos de saúde e no âmbito das relações de trabalho. Serão examinadas as duas situações nos itens a seguir.

37. SILVA NETO, Manoel Jorge e. Constituição, discriminação genética e relações de trabalho. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 7, n. 25, abr./jun. 2009. p. 116.

3.3.1 A violação da intimidade genética na contratação dos planos de saúde

A contratação de planos de saúde perpassa por uma prévia bateria de investigações acerca da vida pregressa do consumidor no que tange à sua saúde. Mas tal investigação vai além da vida do contratante, envolvendo questões como a saúde de seus ascendentes, familiares em geral, inclusive referentes àqueles falecidos.

Visa a operadora de assistência privada à saúde verificar a presença de doenças e lesões preexistentes, que teriam o condão de influenciar no valor do plano a ser contratado.

O medo de discriminação nestas relações é evidente, eis que *se* a seguradora possui carta branca para investigar doenças e lesões anteriores e possui tecnologia para detectar má formação genética ou doenças futuras no consumidor, é certo que a discriminação pode estar presente no fornecimento do serviço.

A diferença entre verificar se o consumidor possui doença ou lesão anterior e investigar a doença ou lesão que o consumidor possuirá por indicação genética é notória, e a discriminação em consequência dessa violação da intimidade genética do consumidor seria inevitável.

Conforme a Lei Brasileira sobre Planos de Saúde – Lei 9.656/98 – a seguradora não pode deixar de fornecer o plano privado de assistência à saúde, entretanto, poderá alterar o preço do produto.

Desta forma, no Brasil não se poderia haver discriminação genética pela negação da contratação dos planos de saúde, embora a discriminação possa advir do aumento desmesurado no valor do plano – que represente a própria negação de contratação – para pessoas acometidas de alguma desordem genética. Não há regulamentação específica acerca da matéria.

Nos Estados Unidos foi aprovada recentemente uma lei específica contra a discriminação genética pelas prestadoras de assistência privada à saúde, a Lei de Informação Genética e Não-Discriminação, mais conhecida como GINA (Genetic Information Nondiscrimination Act³⁸), de 2008.

Dentre as inovações trazidas pela lei, destacam-se as seguintes proibições: de ajustamento de preços com base em informações genéticas; de requisição de testes genéticos; e de aquisição por qualquer meio de informações genéticas.

38. Disponível em <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-110publ233/pdf/PLAW-110publ233.pdf>>. Acesso em 02 Dez 2009.

Se violar quaisquer destes preceitos, a seguradora incorre em multas variadas.

Também esclarece a Lei o que se deve entender por informação genética: informações resultantes de testes genéticos a que se submeteu um indivíduo; informações resultantes de testes genéticos em familiares do indivíduo; e informações sobre manifestação de doença em membros da família do indivíduo.

O grupo de estudos avançados da *Harvard Law Review*³⁹ tece algumas críticas a esta lei. A lei permitiria às empresas de planos de saúde discriminar os consumidores entre aqueles cuja predisposição para o desenvolvimento de uma doença tenha sido adquirida por fatores externos daqueles cuja predisposição seja genética. E, numa análise econômica da lei, haveria um aumento desmesurado nos planos de saúde porque, sem conhecer devidamente os consumidores, na dúvida, as seguradoras aumentariam os preços dos planos de saúde, o que contribuiria para maiores restrições no acesso à saúde pelos pobres.

No Brasil, ainda não se tem uma lei similar e tampouco projeto que abarque o assunto. No entanto, entende-se que a legislação existente, em especial a Constituição Federal de 1988, pode ser adequadamente interpretada para conferir proteção contra a discriminação genética no país.

Em seu artigo 3º, IV, a Constituição Federal prescreve como objetivo fundamental a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. E em seu artigo 5º, *caput*, estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Ademais, a intimidade genética está protegida no artigo 5º, X, da Constituição Brasileira.

É perfeitamente coerente e proporcional uma interpretação constitucional segundo a qual é vedada às empresas fornecedoras de planos de saúde conhecer o segredo genético do consumidor, sob pena de violar sua intimidade genética. Eventualmente, se tivesse conhecimento de tais informações, estaria vedado discriminar ilegitimamente os consumidores por sua formação genética.

Se a empresa desejar conhecer o segredo genético do consumidor contra sua vontade – devendo-se entender contra a vontade do consumidor o teste genético que constitui condição sem a qual não lhe é dado o direito de contratar – estará violando sua intimidade genética. Incorrerá no dever constitucional de reparar pelos danos morais e materiais causados ao consumidor.

39. HEALTH law – genetics – congress restricts use of genetic information by insurers and employers. *Harvard Law Review*. Vol. 122, issue 3, Janeiro 2009, p. 1042 et. seq.

Na legislação infraconstitucional, o artigo 14 da Lei 9.656/98 constitui importante instrumento de defesa do consumidor ao estatuir que ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde em razão da condição de ser portadora de deficiência.

Para arrematar, o artigo 106 do Código de Ética Médica, que proíbe aos médicos de prestar a empresas seguradoras de saúde qualquer informação sobre circunstâncias da morte de seu paciente, deve receber interpretação conforme a Constituição. Assim, para assegurar a máxima proteção constitucional ao segredo genético, a proibição deve ser estendida às informações sobre as condições genéticas do paciente ainda vivo.

3.3.2 A violação da intimidade genética nas relações de trabalho

Não se poderia encerrar a pesquisa com tema mais delicado do que a violação da intimidade genética nas relações de trabalho. O problema é amplo e comportaria extensa divagação e reflexão, mas, aqui, o seu tratamento será limitado à violação da intimidade genética e à discriminação genética decorrente.

Importa fazer notar, primeiramente, que a discriminação nas relações de trabalho pode ocorrer de diversas formas, como em razão do sexo, da idade ou de condições particulares de cada trabalhador. Neste momento, o objeto de estudo é a discriminação em razão do código genético do trabalhador.

Em segundo lugar, deve-se ter em mente que a discriminação, inclusive nas relações de trabalho, pode ser lícita ou não, isto é, legítima⁴⁰ ou ilegítima. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 683, consolidando o entendimento de que: “o limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição”. Assim, a discriminação aqui combatida é a discriminação ilegítima, ilícita, isto é, sem razão de ser, que tanto pode ocorrer por causa da idade, como devido a outros fatores, como é o caso das condições genéticas.

A discriminação genética pode ocorrer antes ou após a contratação dos trabalhadores⁴¹. Na fase de contratação, costuma-se exigir dos pretendentes que

40. “Teremos por legítima a discriminação – e, portanto, não ofensiva ao postulado da igualdade – quando o critério distintivo eleito para desequiparar as pessoas se encontra plenamente justificado pela situação fática”. SILVA NETO, Manoel Jorge e. Op. cit. p. 118.

41. É relevante saber o momento da violação da intimidade genética e eventual discriminação, pois, se anterior à contratação, em geral trata-se de violação de interesse difuso, enquanto que se ocorrer na vigência da relação de trabalho será um caso de violação de interesse coletivo.

respondam questionários sobre sua vida pregressa e profissional, além da submissão a exames admissionais.

Na aplicação de questionários, é vedado à empresa investir contra a intimidade do pretense trabalhador por meio de perguntas pouco ou em nada relacionadas com o posto de trabalho almejado. Isso inclui a intimidade genética, isto é, a empresa não deve investigar as condições de saúde futuras do candidato, mas tão somente as condições presentes nas quais ele se apresenta para trabalhar.

Se fosse permitido à empresa conhecer a intimidade genética do candidato, vindo a saber que ele possui o gene da doença de *huntington*, certamente não o contrataria. E, se o fizesse, não faria investimentos na formação e especialização do trabalhador, tendo em vista que dentro de um determinado lapso temporal ele seria acometido do terrível mal de *huntington* e deixaria de trabalhar.

O futuro do trabalhador a ser contratado faz parte dos riscos da exploração da atividade econômica da empresa.

Daí porque não é dado à empresa conhecer o segredo genético dos candidatos aos postos de trabalhos ofertados. Reforçando esse pensamento, o artigo 105 do Código de Ética Médica prescreve ser vedado ao médico revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores.

Esse dispositivo aplica-se também para as relações de trabalho já constituídas, haja vista que é plenamente possível a violação da intimidade genética do trabalhador quando a relação trabalhista já foi constituída.

Seja antes ou após a contratação, o segredo genético do trabalhador é inviolável, mesmo pelo empregador.

Essa condição, porém, não é absoluta, uma vez que o próprio artigo 105 do Código de Ética Médica estabelece que as informações sobre o trabalhador poderão ser relatadas se o silêncio puser em risco a sua saúde ou de outros empregados.

O dispositivo apresenta cristalina hipótese de discriminação legítima. Suponha-se trabalhador que exerça suas funções em exposição a agente químico capaz de agravar sua condição genética e aumentar o risco de desenvolvimento da doença a que está predisposto geneticamente.

Numa tal situação, o médico terá o dever de informar a empresa sobre os resultados de eventual análise genética do trabalhador – sem que isso represente violação à intimidade genética – e a empresa deverá mudá-lo de função, não por discriminação ilícita, mas para resguardar a vida do próprio trabalhador.

Nos Estados Unidos da América, a Lei GINA (Genetic Information Nondiscrimination Act), citada acima, também regulamentou a discriminação genética no campo de trabalho em seu Título II.

A lei proíbe que em razão do mapeamento genético do empregado se fixe diferentes remunerações, diferentes tratamentos ou exclusão do trabalhador do seu grupo de trabalho. Também ficam proibidas práticas que limitem, segreguem ou classifiquem os trabalhadores com base em sua informação genética, entre outras.

Uma vez mais, o Brasil não possui lei que trate especificamente do tema, e mesmo a doutrina está em fase de amadurecimento da questão. Contudo, isso não é obstáculo para a conferência de proteção do segredo genético ao indivíduo.

Destarte, enquanto o assunto não estiver regulamentado especificamente, sugere-se que a solução contra a discriminação genética ilegítima siga padrões estabelecidos contra outras formas de discriminação, conforme as ponderações acima. Exemplo que foi muito comum durante algum tempo, é a discriminação de trabalhadora em razão de gravidez; exigia-se testes para que a mulher demonstrasse não estar grávida sob pena de não ser contratada ou perder o emprego.

Analogicamente, o trabalhador não poderá ser compelido a se submeter a testes genéticos por mera requisição do empregador sob a ameaça de perda do emprego ou não contratação. Ademais, conduta desta espécie por parte do empregador seria motivo de rescisão indireta.

4. CONCLUSÕES

Diante das exposições precedentes, pode-se extrair as seguintes conclusões:

1. Na Constituição Federal de 1988 o direito à privacidade é dividido em direito à vida privada e direito à intimidade, constituindo direitos autônomos e que diferem entre si pelo grau de exclusividade com que protegem a privacidade.
2. Não há norma expressa de proteção constitucional do segredo genético, e sua construção normativa se dá com base no direito à intimidade, constituindo-se na forma da proteção à intimidade genética.
3. A intimidade genética está localizada no plano mais recôndito da existência da pessoa. Nem o próprio indivíduo é capaz de conhecer o seu segredo genético por meio dos cinco sentidos.
4. Além da proteção ao segredo genético, que exclui do conhecimento de terceiros a constituição do DNA da pessoa, o indivíduo também goza do

direito de não saber, muito importante quando o conhecimento do seu código da vida possa antecipar o sofrimento por doenças que ainda não se desenvolveram.

5. O código genético não é exclusivo, pois, os familiares biológicos possuem partes idênticas do DNA, isto é, o código genético é compartilhado entre ascendentes, descendentes e colaterais biológicos.
6. O direito de não saber se estende aos familiares, em situações nas quais a revelação do código genético de um paciente possa acarretar lesões morais aos parentes, como seria o caso da antecipação do sofrimento pro doença ainda não desenvolvida.
7. A discriminação genética decorrente da violação da intimidade genética pode ocorrer nas mais variadas relações, porém, há uma preocupação universal com a discriminação genética pelas empresas fornecedoras de planos de saúde e nas relações de trabalho.
8. No Brasil a discriminação genética pelas empresas de planos de saúde não pode ocorrer pela negativa de contratação, mas ocorreria pelo exacerbado preço a ser cobrados pela segurança da saúde caso as empresas tivessem conhecimento dos problemas genéticos dos consumidores.
9. Nas relações de trabalho veda-se a discriminação genética ilegítima, que pode ocorrer tanto antes quanto após o estabelecimento da relação trabalhista.
10. Não constituirá discriminação genética ilegítima e tampouco violação da intimidade genética do trabalhador quando a empresa o mude de função em razão do agravamento de sua predisposição a certa doença pela exposição a determinado agente.
11. O Brasil não possui legislação específica sobre a discriminação genética pela empresas de planos de saúde ou nas relações de trabalho, ao contrário dos Estados Unidos, que publicou em 2008 a *Genetic Information Nondiscrimination Act*.
12. Apesar da inexistência de lei específica sobre a discriminação genética, a Constituição Federal de 1988 assegura todas as pessoas contra distinções de qualquer ordem, estando aí abrangida a discriminação genética.

REFERÊNCIAS

- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007

- BOTTIS, Maria Canellopoulou. Comment on a view favoring ignorance of genetic information: confidentiality, autonomy, beneficence and the right not to know. *European Journal of Health Law*. Vol. 7, n. 2, 2000, pp. 173-183
- EUROFARMA. *A história da medicina contada a céu aberto*. Moema/SP: Scrivere Comunicações, 2006. p. 12.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora. In *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, nº 1, RT, São Paulo: 1992. p. 141-154. Disponível em <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/49>>. Acesso em 28 nov 2009.
- GORDON, Richard. *A assustadora história da medicina*. 2.ed. Trad.: Aulyde Soares Rodrigues. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995
- GUTTMACHER, Alan E.; COLLINS, Francis S. Genetic Testing. *New England Journal of Medicine*. Vol.347, n.23, December 2002. p. 1867-1875
- HEALTH LAW – GENETICS – CONGRESS RESTRICTS USE OF GENETIC INFORMATION BY INSURERS AND EMPLOYERS. *Harvard Law Review*. Vol. 122, issue 3, Janeiro 2009, p1038-1045
- LAURIE G.T. In Defence of Ignorance: Genetic Information and the Right not to Know. *European Journal of Health Law*, Vol. 6, n. 2, 1999, p. 119-132
- LEENEN, H. J. J. Genetics, Confidentiality and Research. *European Journal of Health Law*. Vol. 7. n. 2. 2000. p. 363-366.
- NUSSBAUM, Robert L. et. al. *Genética médica*. 6.ed. Trad.: Paulo Armando Motta. Rio de Janeiro: Guanabara, 2002.
- RUBENFELD, Jed. The right of privacy. *Harvard Law Review*. V.102, n.4, February 1989. p. 737-807.
- SILVANELO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo: LTr, 2001
- _____. Constituição, discriminação genética e relações de trabalho. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 7, n. 25, abr./jun. 2009.
- SOUZA, Maria Isabel de Azevedo. O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado. In MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002.
- WOOSTER, Richard; WEBER, Barbara L. Genomic medicine: breast and ovarian cancer. *New England Journal of Medicine*. V. 348, n. 23, June 2003, p. 2339-2347
- WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*. December 1890, vol. IV, n.5. p. 194-220.

II

O DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA, NO CONTEXTO DOS DIREITOS SOCIAIS E ECONÔMICOS

Maria Elisa Villas-Bôas

Bacharela, Mestra e Doutoranda em Direito pela UFBA, Professora Universitária e Servidora Pública Federal, estando vinculada neste Programa à área de concentração em Direito Público, na linha relativa à crítica e limites do discurso jurídico, congruente, ainda, com o trabalho desenvolvido em sua Tese de Doutorado, referente à efetivação da linguagem constitucional pertinente aos direitos sociais e ao mínimo existencial.

RESUMO: O acréscimo do direito à moradia ao rol dos direitos constitucionais sociais foi repercussão não apenas da crescente valorização dos direitos fundamentais, mas, também, do reconhecimento de uma função social da propriedade, associada à evolução do direito econômico, passando do âmbito de um estado liberal para o de um estado de bem-estar social, pelo que deve, nesse contexto, ser interpretado.

PALAVRAS-CHAVES: moradia, discurso constitucional, direitos sociais.

ABSTRACT: The inclusion of the right to dwelling and home in the Brazilian social rights was a consequence of the increase of value recognized to the human rights, but, also, a consequence of the social function of property and of the evolution of the economic rights, from a liberal State to a Welfare State, in which context it must be understood.

KEYWORDS: dwelling, constitutional discourse, social rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O direito à moradia no texto constitucional: 2.1. Os Direitos Sociais e a Emenda Constitucional n.º 26/2000; 2.2. O surgimento do Estado do Bem-Estar Social no contexto das políticas de desenvolvimento econômico estatal; 2.3. Da função social da propriedade – 3. Algumas normas infra-constitucionais integrativas: 3.1. Direito de moradia e urbanismo: o Estatuto da Cidade; 3.2. Direito de moradia e bem de família: 3.2.1. Garantias pessoais e direito de moradia – 4. Conclusão – Referências.

1. INTRODUÇÃO

O *direito à moradia* foi acrescentado aos direitos sociais constitucionais pela Emenda Constitucional n.º 26/2000, destacando-se, sobretudo a partir de então, o estudo de sua disciplina jurídica e de seu papel social, na esfera dos direitos fundamentais e do direito econômico. Após quase dez anos de sua inclusão textual, contudo, verifica-se que ele permanece como significante de dimensão ainda

ignorada, somando-se aos débitos de efetivação social que se vêm observando no discurso constitucional.

Nesse contexto, analisar-se-á aqui brevemente a evolução dos direitos sociais, em que situado o direito de moradia, e a disciplina jurídico-constitucional do Estado do Bem-Estar Social e do Desenvolvimento Econômico, definindo-se conceitos relevantes para essa simbiose, a exemplo de intervencionismo estatal, atuação direta e indireta, entre outros, a fim de corroborar a idéia esposada de que o social e o econômico caminham indissociavelmente juntos. Ainda nesse âmbito, coteja-se o direito de moradia com a teoria da função social da propriedade e com o mínimo existencial, pretendendo-se demonstrar a íntima imbricação entre ambos, conseqüentes que são do Estado do Bem-Estar Social, que o país nunca chegou a desenvolver de fato, a despeito dos indícios constitucionais.

Por fim, tratar-se-á sucintamente das normas integrativas infra-constitucionais que devem colaborar para a aplicabilidade prática do direito de moradia. Destacam-se, dentre essas, o Estatuto da Cidade e as disposições atinentes ao bem de família, constantes do Código Civil e da Lei 8.009/90, ocasião em que se referirá a particular situação das garantias pessoais nas relações obrigacionais, em face do direito de moradia.

A ênfase é dada, portanto, na contextualização do direito à moradia como direito fundamental e expressão da função social da propriedade no discurso jurídico-constitucional de um Estado de Desenvolvimento Econômico e de Bem-Estar Social. Não se objetiva, portanto, avaliar aspectos pontuais da prestação desse direito, que demandaria uma abordagem mais específica do instituto em si, objetivo não condizente com a linha condutora do texto e da própria linha de pesquisa em exame, voltada para a análise crítica e contextual da modificação da redação constitucional, a fim de que fosse inserida expressamente a menção a um direito fundamental à moradia. Mencionar-se-ão, portanto, apenas exemplos de suas repercussões consideradas mais relevantes no âmbito infraconstitucional, comentando como elas afetam a extensão protetiva do direito.

Levanta-se como hipótese a idéia de que o direito de moradia é e deve ser direito fundamental, eficaz e aplicável, influenciado pela própria evolução econômica e social, e contando, para sua efetivação, com o apoio de legislação infra-constitucional, que deve ser interpretada, entretanto, no sentido da concretização e valorização desse direito.

2. O DIREITO À MORADIA NO TEXTO CONSTITUCIONAL

A análise da linguagem utilizada é, não raro, relevante ponto de partida para a discussão jurídica, considerando a íntima inserção jurídica no mundo lingüístico,

a influenciar na concretização dos institutos. Primeiramente, portanto, é mister discutir o que se entende por *moradia*. A expressão *moradia* foi inserida no artigo 6º (Capítulo II: Dos Direitos Sociais) da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional n.º 26/2000, que, todavia, não definiu o alcance do termo. Perdeu-se com isso a possibilidade de uma interpretação autêntica – ou seja, aquela constante do próprio texto legal – restando recorrer a outros métodos interpretativos¹. Combinando-se, então, a interpretação gramatical com a função semântica da linguagem, tome-se o sentido denotativo da palavra, qual seja: “*Moradia*. S.f. 1. Morada. (...) Lugar onde se mora ou habita; habitação. 2. V. casa. 3. Estada ou lugar de estada habitual.”²

O que o Direito entende por moradia (do latim *morari*, isto é: demorar, ficar³)? Em linhas gerais, a “casa” de que trata o verbete acima pode não se configurar apenas na construção ou prédio térreo convencional, mas sim no local de habitação do indivíduo, que pode ser um apartamento, uma barraca junto à praia em que reside o pescador ou um *trailer* que abrigue uma família circense... Não é o mesmo que falar em um direito à casa própria, mas, sim, a um local que sirva de abrigo e residência, salvaguardada a dignidade da pessoa humana⁴, princípio maior na Constituição Federal de 1988, mostrando-se imperitante aqui, por desnecessária, a distinção técnica entre residência e domicílio, nos termos civis⁵.

A evolução discursiva e axiológica da Constituição, no sentido da inclusão deste direito passa, contudo, por uma questão histórica que transcende a só discussão lingüística, para abranger a evolução do próprio desenho estatal que se deseja empreender no texto constitucional, como se passa a analisar.

1. Para uma melhor compreensão dos métodos hermenêuticos, sugere-se aqui, em especial, a lição de FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 286-293. Nesta mesma obra, o autor destaca a função simbólica da língua, às p. 257-260.
2. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, [s.d.], p. 944.
3. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 317.
4. AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Bem de Família*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 109-110. Ver também SILVA, José Afonso da. *ob. cit.*, p. 317.
5. Uma vez que, no uso corrente, pouca distinção se faz em relação às expressões, no que tange ao intuito de moradia, conforme se verifica em FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *ob. cit.*, p. 1223, a saber: “*Domicílio*. S.m. 1. Casa de residência; habitação fixa. 2. Jur. Lugar onde alguém reside com ânimo de permanecer. (...)”, p.488; e “*Residência*. S.f. 1. Morada habitual em lugar certo; domicílio. 2. Casa ou lugar onde se reside ou habita; domicílio. 3. V. casa. (...)”.

2.1. Os Direitos Sociais e a Emenda Constitucional n.º 26/2000

Adotando-se a classificação mais comum para os direitos fundamentais, o direito de moradia insere-se entre os direitos de segunda dimensão, quais sejam, os direitos sociais. Os direitos sociais nasceram, “sob os auspícios do welfare state”⁶, como consequência natural das conquistas da cidadania e da soberania popular, no rastro da evolução dos direitos humanos e fundamentais.

José Afonso da Silva, lecionando sobre os direitos sociais, informa que eles “são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”⁷, praticamente indissociáveis do âmbito dos direitos econômicos, especialmente no que toca aos direitos dos trabalhadores.

Os direitos sociais, todavia, não se referem unicamente aos direitos relativos ao trabalho. O artigo 6º da Constituição Federal de 1988 enumera, em seu *caput*, como direitos sociais: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. O direito à moradia foi acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 26, de 14 de fevereiro de 2000, que acresce exclusivamente essa modificação. Em relação à análise lingüístico-sintática da redação constitucional, não se explica, porém, o *locus* escolhido para a moradia dentre os direitos do artigo 6º, *caput*. Haveria algum motivo especial para a inserção do direito de moradia após a educação, a saúde e o trabalho e antes dos demais itens deste artigo, como cronologicamente acrescido? Por que não incluí-lo no final do artigo? Nenhum doutrinador dentre os pesquisados pareceu ocupar-se desta questão. Talvez se quisesse indicar a moradia como devendo ser uma consequência natural, um corolário do direito ao trabalho.

Mesmo antes da referida Emenda n.º 26, o direito de moradia já era reconhecido como relevante programa estatal, por força do artigo 23, IX, da Constituição, segundo o qual compete, em caráter comum, à União, Estados, Distrito Federal e Municípios “promover programas de construção de moradias e a melhoria das

6. ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Direitos Fundamentais e Hermenêutica Constitucional. In: *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, n.º 7, jan/dez 99 - Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1999, p. 298; BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 21.

7. SILVA, José Afonso da. *ob. cit.*, p. 289.

condições habitacionais e de saneamento”. A Emenda converteu o que era um poder-dever estatal em um expresse direito do cidadão⁸.

A Constituição refere-se também, indiretamente, ao direito de moradia, quando declara que a casa é asilo inviolável (artigo 5º, XI), sede dos direitos à intimidade e à privacidade (artigo 5º, X). Outrossim, ao salvaguardar a dignidade humana (artigo 1º, III), permite recordar que a moradia é um elemento indissociável dessa condição. Também o artigo 7º, IV, da Carta Magna determina que o salário mínimo deva ser capaz de atender as necessidades vitais do trabalhador e de sua família, com “moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”⁹, donde é possível depreender, mais uma vez, a implicação socioeconômica da matéria.

No comentário preciso de José Afonso da Silva, o direito de moradia guarda dois aspectos, um positivo e um negativo. Este último consiste na idéia de que o cidadão não deve ser privado de sua moradia, nem impedido de conseguir uma. Para isso converge a instituição do bem de família, que será discutido adiante. O aspecto positivo diz respeito ao direito a se obter uma moradia digna e adequada, no que deve trabalhar o Estado. Verifica-se, então, o entendimento – assim como é postulado para os demais direitos sociais – de que se trata de “direito positivo de caráter prestacional, porque legitima a pretensão de seu titular à realização do direito por via de ação positiva do Estado. É nessa ação positiva que se encontra a condição de eficácia do direito”¹⁰, no combate à marginalização e à pobreza, em busca à igualdade, objetivos expressos em todo o corpo constitucional.

Mesmo antes de sua inclusão do rol de direitos sociais fundamentais, a moradia já era apontada como associada ao mínimo existencial¹¹, é dizer, ao grupo essencial de direitos relacionados à própria sobrevivência e dignidade humanas.

8. Acerca da discussão entre o caráter das normas programáticas e os direitos sociais como direito subjetivo, cf., por outros, PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
9. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FERNANDES, Rodrigo Pieroni. *O Direito Constitucional à Moradia e os Efeitos da Emenda Constitucional n.º 26/2000*. Disponível em http://www.maxpages.com/penal/Direito_a_Moradia, acessado em 06.out.2002.
10. SILVA, José Afonso da., *op. cit.*, p. 318. A questão do caráter positivo dos direitos sociais como característica supostamente típica desse grupo tem sido, contudo, cada vez mais contestada, no sentido de se reconhecer que mesmo os direitos ditos de primeira dimensão, havidos por direitos de omissão ou negativos, também requerem gastos públicos para sua garantia, manutenção e promoção, sem falar na eminente binariedade (em características também conhecidas como interdependência e complementaridade) entre os direitos fundamentais.
11. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 300-310; ESTEVES, João Luiz M. *Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007, p. 65. Também nesse sentido, a Encíclica *Pacem in Terris*, de 1963 (cf.

Nesse contexto, a moradia considerada básica é aquela que fornece abrigo com condições sanitárias básicas e acesso a água potável¹². Em relação aos serviços públicos que a guarnecem, pondera Alexandre Aragão¹³ a existência de serviços mais relacionados com o mínimo existencial do que outros. Exemplifica que a ausência do serviço de telefonia, salvo casos extremos, não ameaça o “núcleo do que as pessoas precisam para ter uma vida digna”. Já a deficiência ou a ausência de outros serviços – diz – como o de “coleta de lixo ou de esgoto, podem afetar mais freqüentemente a existência digna das pessoas, ainda mais se estas deixarem de gozá-las por absoluta impossibilidade econômica, não por desídia”. Nesse sentido, a jurisprudência tem atuado em prol da efetivação, no intuito de coibir os abusos, sobretudo de concessionárias, em relação ao corte de serviços considerados essenciais para uma habitação condigna, aduzindo haver, nessa atitude, ofensa ao princípio da continuidade dos serviços públicos.

Há de se ter cautela, de outro lado, para evitar que um entendimento abstrato de proteção contra a indignidade termine por servir a propósitos escusos, como estímulo à inadimplência e conseqüente oneração aos pagadores fiéis, que muitas vezes o fazem com sacrifício e esforço até maiores do que os que seriam exigidos dos referidos inadimplentes. As situações hão de ser, então, apreciadas perante o caso concreto, e não mediante a abstrata menção à descontinuidade do serviço, inclusive porque não caracteriza descontinuidade a interrupção relacionada a um único beneficiário, que se tenha revelado injustificadamente inadimplente, gerando o que Flávio Galdino¹⁴ denomina um “*crédito eterno*” junto à Administração, em

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 257, bem assim em CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A Disciplina Jurídico-Constitucional do Desenvolvimento Econômico e do Bem-Estar Social numa Ótica Globalizante. In: *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, n.º 6, jan/dez 1998 - Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, p. 133-170), e o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, a saber: “Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, *habitação*, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.” (destacouse). Para CAMARGO, Marcelo Novelino (O Conteúdo Jurídico da Dignidade da Pessoa Humana. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 165), entretanto, a moradia referida como mínimo existencial é aquela a ser fornecido pelo Estado aos indigentes e pessoas “sem-teto”, sob a forma de um lugar a que se possam recolher – abrigos – não abrangendo, contudo, os programas para moradias populares e facilitação de acesso à moradia da classe média, que dependem de políticas orçamentárias.

12. ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta, 2002, p. 89-91.
13. ARAGÃO, Alexandre Santos. *Serviços Públicos e Direitos Fundamentais*. Disponível em http://www.abar.org.br/Artigo_aragao.pdf. Acesso em 27.out.2006.
14. GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 284-287; 301-307; 317. Diz o autor que isso equivaleria a uma “institucionalização do calote”, que não deve ser chancelada pelo ordenamento.

detrimento de outros beneficiários, ferindo as noções mais intuitivas de isonomia e justiça.

Do mesmo modo, é de se supor que ninguém more na rua por opção, mas é preciso zelo para evitar a má-fé e o abuso que infelizmente existem muitas vezes, como na venda de terrenos distribuídos por reforma agrária, cuidando-se para que o mesmo beneficiário não possa candidatar-se a outro, dentro de certo prazo, mas, também, atentando-se para que não se lhe proveja a terra sem qualquer condição de manutenção, gerando mais uma situação de choque entre o direito proposto e as dificuldades da realidade fática. Reitera-se, com isso, que a noção de mínimo existencial não pode servir a descomedimentos e fraudes, enfraquecendo o nobre conceito da dignidade envolvida, inclusive em relação ao relevante direito de moradia.

2.2. O surgimento do Estado do Bem-Estar Social no contexto das políticas de desenvolvimento econômico estatal

A Constituição Federal de 1988 fala em Ordem Social e Ordem Econômica, cujo objetivo maior seria, precisamente, a paz e a justiça social¹⁵, contexto em que inserido e em que deve ser compreendido o direito à moradia.

Historicamente, a preocupação com uma ordem econômica e social em âmbito constitucional, acompanha a própria evolução do Estado nessas áreas. Na Idade Média, época das grandes navegações, com o crescimento da burguesia e o surgimento dos Estados Absolutos, estabeleceu-se o sistema econômico *mercantilista*, marcado notadamente pela concepção da riqueza como sinônimo de acúmulo de metais nobres, o chamado *metalismo*. Para isso, empreendia-se uma busca à *balança comercial favorável*, isto é: mais exportações que importações, utilizando-se os produtos extraídos das colônias de forma monopolizada. Nessa época, a existência de um Estado forte e concentracionista se fazia necessária para a ordenação da economia, esfacelada pelas guerras abundantes naquele período, permitindo-se desenvolver, assim, uma uniformização das moedas e uma maior segurança nas estradas entre os burgos, favorecendo o crescimento do comércio, atividade abandonada por muito tempo, em prol da tendência agrícola dos feudos.

A sociedade de então era marcada por uma dissociação importante entre os nobres – proprietários de terras – e os servos, que trabalhavam nas terras destes senhores, sem qualquer garantia ou proteção para seu trabalho. No vão entre

15. FONSECA, João Bosco da. *Direito Econômico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

essas duas classes, aflorou a burguesia, trabalhadores autônomos, especialmente comerciantes, responsáveis por boa parte das mudanças ocorridas naquele período.

Com a evolução, a burguesia passou a ansiar por mais liberdade de atuação, desejando desprender-se do controle estatal que caracterizava o Mercantilismo. Surge então o *Liberalismo*, seguindo as teorias do economista inglês Adam Smith, segundo o qual o mercado tenderia a regular a si mesmo, com base na “lei da oferta e da procura”, de modo que toda intervenção nesse sentido era mal-vista. “*Laissez faire, laissez passer, le monde va par lui même*”: deixai fazer, deixai passar, o mundo caminha por si mesmo. Nesta época, a riqueza era relacionada à produção, e o Estado Moderno – que substituíra o controlador Estado Absoluto – afastou-se francamente das esferas econômica e social, restringindo-se a uma atuação absenteísta.

Mas eis que se começa a observar que a suposta auto-regulação do mercado nem sempre se fazia com absoluta justiça. A crise social se intensifica, desta vez tendo como classe dominante a burguesia, detentora absoluta dos meios de produção. Surge o pensamento marxista, rompendo com a ideologia vigente e vaticinando a destruição do sistema capitalista pela ação de seus próprios explorados. Combatida pela ordem capitalista, essas idéias foram rechaçadas pelas forças políticas em quase todo o mundo ocidental, até que o próprio capitalismo teve de reconhecer a falência do modelo liberalista, quando da Crise de 1929. Era a prova de que o mercado talvez não fosse tão eficiente nessa auto-regulação quanto os liberalistas queriam supor. Reitera-se a percepção do Estado como tendo a função de proteger seus cidadãos dos excessos do capital.

Surge o *Welfare State*, o “Estado do Bem-Estar Social”, o “*État Providence*”¹⁶ – o Estado Provedor ou Providência. Inicia-se o chamado “capitalismo de Estado”, que conta com a participação do ente estatal nas atividades capitalistas, regulando-as ou atuando diretamente nessas atividades. Isso ocorreu com vistas a organizar não apenas a vida econômica, mas também, e principalmente, a vida social e a promover um maior equilíbrio social, assegurando os direitos fundamentais, neles incluídos os direitos sociais, especialmente no que tange à classe trabalhadora.

A primeira carta constitucional a tratar da ordem social foi a Constituição do México, de 1917, seguida pela célebre Constituição alemã de Weimar, de 1919. A partir daí, tem sido quase unânime que as Cartas Magnas devam conter seções

16. Cf. FARJAT, Gérard. *Droit Économique*. Paris: Presses Universitaire de France, 1971.

referentes à Ordem Econômica e Social (seja de forma conjugada ou separadamente, como ocorre na Constituição brasileira, em que há um capítulo para a Ordem Social e outro para a Ordem Econômica), explicitamente enunciadas ou diluídas em seu texto.

No Brasil, o intervencionismo estatal na economia pode ser acompanhado na história de suas constituições. Assim, a Constituição de 1824 tinha caráter francamente liberal, defendia a propriedade absoluta, “do céu ao inferno”. A Constituição de 1891, conquanto também liberal e voltada para as relações de produção, já trazia alguns institutos básicos de economia incluídos na parte referente aos direitos individuais.

A Constituição de 1934 foi a primeira a ter um discurso social e econômico formal. Tinha caráter intervencionista (por direção e indução, além de certo dirigismo contratual), já trazendo também referência ao interesse social e coletivo no exercício do direito de propriedade, e admitindo a desapropriação por necessidade e utilidade pública. A Constituição de 1937 foi a Carta da Era Vargas, nacionalista e concentracionista. Separava a propriedade do solo da do subsolo, cuja exploração dependia de autorização federal e só era permitida a empresas brasileiras. É a primeira constituição a referir expressamente a “intervenção econômica para suprir deficiências da iniciativa privada”, dando seguimento, portanto, ao processo iniciado na Carta anterior.

A Constituição de 1946, por seu turno, marca o retorno à democratização e determina expressamente que “a ordem econômica deve-se organizar sob os ditames da justiça social”. Prevê a autorização de exploração de minas e subsolo por empresas “organizadas no país”; admite usucapião *pro labore*. A Constituição de 67, profundamente modificada em 69, tem o liberalismo como regra e a intervenção como exceção. Embora receptiva ao capital estrangeiro e contrária ao marxismo, fala expressamente em uma “função social da propriedade”. Prevê a atuação direta estatal em caráter suplementar, admitindo o monopólio, em determinados casos “necessários”, e a desapropriação, com base em títulos da dívida agrária.

Já a Constituição vigente destaca-se por um regime híbrido: ao mesmo tempo em que estipula a livre iniciativa e a propriedade privada dos meios de produção, prega a valorização do trabalho e diz que a propriedade deve obedecer a uma função social, seja nos termos do artigo 5º, referente aos direitos individuais e coletivos, seja nos termos do artigo 170, que inicia o capítulo relativo à Ordem Econômica. Nunca é por demais lembrar que não há como falar em progresso social sem a preocupação com o econômico.

No que tange aos modos de atuação do Estado na Economia, Washington Peluso¹⁷ lembra que a atuação estatal nesse âmbito tem por especial finalidade promover o equilíbrio econômico, o desenvolvimento, reduzir as tensões sociais etc. Exemplo dessa função é o estabelecimento de subsídios para a instalação de empresas em dada região ou setor mais carente desses empreendimentos, ou a determinação da necessidade de manutenção de creches para filhos dos funcionários, ou, ainda, quando o próprio Estado, de forma direta, atua no provimento das necessidades da população.

A denominação adotada por Eros Grau¹⁸ para a atuação estatal na esfera econômica classifica-a em: *intervenção por absorção ou participação* (o Estado-empresário, por exemplo, atuando por meio de empresas públicas ou de monopólios), *intervenção por direção* (“a organização estatal passa a exercer pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica”) e *intervenção por indução* (“a organização estatal passa a manipular o instrumento de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento do mercado”).

Edvaldo Brito¹⁹ cita também outra nomenclatura cabível na questão: *atividades de coação, atividades de estímulo ou persuasão e atividades de prestação*. José Afonso da Silva²⁰, por sua vez, fala em *participação* (para a atuação direta, isto é, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado, por meio de monopólios e ação subsidiária; empresas públicas, sociedades de economia mista, estatais e para-estatais) e *intervenção* (em sentido estrito, para a atuação indireta, sob a forma de fiscalização, planejamento e incentivos).

No que concerne aos serviços públicos, a definição adotada pelo autor baiano chama de *prestação administrativa* toda atividade estatal de que se utiliza o administrado, distinguindo-a da *prescrição administrativa*, que seria a intervenção autoritária da Administração, caracterizando o *Estado* como “agente de satisfação das necessidades” humanas²¹. O ideal é uma oportuna combinação entre ambas, buscando-se usufruir de todo o potencial do Estado como promotor do bem-estar

17. SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico* 4.ed. São Paulo: LTR, 1999.

18. Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990.

19. BRITO, Edvaldo. *Reflexos Jurídicos da Atuação do Estado no Domínio Econômico: Desenvolvimento econômico*. Bem-Estar Social, 1982, p. 24-26.

20. SILVA, José Afonso da. *op. cit.*, 2000.

21. BRITO, Edvaldo. *op. cit.*, p. 03.

e do desenvolvimento econômico e social. Essa foi a solução buscada pela Carta Magna vigente, em seu regime híbrido de participação estatal na economia.

Sobre a atuação estatal direta, pode-se dizer que ela permite desenvolver áreas que não são geralmente do interesse de empresas privadas, por serem menos lucrativas ou mais dispendiosas (a exemplo do fornecimento de energia para cidades pequenas e longínquas); permite também um maior controle sobre matérias de segurança nacional e um melhor controle da economia, tendo o Estado como agente e não como mero regulador. Aumenta-se, ainda, a possibilidade de ganhos para o Estado, somando-se aos decorrentes da malha tributária.

Por outro lado, a atuação estatal indireta, argumenta-se, libera o Estado para desenvolver suas efetivas e indelegáveis funções (geralmente voltadas para o campo social: segurança pública, educação, saúde..., como se fosse possível dissociar completamente o econômico do social). Aduz-se também a possibilidade de controle por via legislativa e administrativa, mediante subsídios e proteções de cunho social, sem requerer uma hipertrofia estatal, que, além de influir em áreas da iniciativa privada, acarretaria possivelmente mais despesas para o Estado. Por fim, poder-se-ia alegar, em favor desse tipo de atuação, que, certo grau de absentismo estatal estimula a concorrência, provocando melhora da qualidade e queda dos preços e o uso de *know-how* especializado. Este último argumento, embora tentador, parece remeter à antiga política do “*laissez faire...*”, em tempos de suposto *neoliberalismo*, desconsiderando o fato de que a intervenção do Estado não visa à supressão da concorrência, mas sim ao equilíbrio entre os concorrentes ou entre consumidor e fornecedor, configurando-se, portanto, em uma segurança e não em uma ameaça à cidadania.

Na Constituição atual, verifica-se que, assim como ocorre com a questão econômica, a preocupação social também permeia todo o texto vigente, desde o artigo 6º e seguintes, enunciados como contendo os Direitos Sociais. Dá-se especial destaque para o Título VIII, dito “Da Ordem Social”, e abrangendo capítulos concernentes à seguridade social (no qual incluída a saúde); educação, cultura e desporto; ciência e tecnologia; comunicação social; meio ambiente; família, criança, adolescente e idoso; e, por fim, aos índios. Não há capítulo referente à moradia que, incluída tardiamente no elenco do artigo 6º, carece ainda de melhor regulação, podendo situar-se em ambas as formas de atuação.

É mister lembrar que tudo isso se faz com vistas a alcançar os nobres objetivos do bem-estar social e do desenvolvimento econômico, já que a própria Constituição Federal de 1988 enuncia, dentre seus objetivos fundamentais: “... garantir o desenvolvimento nacional, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos” (art. 3.º). Mas o que se entende por esses conceitos,

“bem-estar social” e “desenvolvimento econômico”, já que, ao menos o primeiro deles, tem franca associação com o direito em comento?

Dirley da Cunha Júnior²² leciona que “o ideal do bem-estar social pressupõe para os indivíduos, privativamente, a posse, a detenção e o gozo de bens materiais”. Com efeito, daí exsurge a vinculação multicitada entre ordem social e econômica. Destaca o autor, ainda, que o Estado do Bem-Estar Social tem como uma de suas características o objetivo redistributivo, pelo qual se justifica a intervenção na ordem econômica com fins sociais, isto é,

com a finalidade de organizar a sociedade na perspectiva da justiça social pela melhoria da produção e da distribuição do que for produzido. O bem-estar social, portanto, é o bem comum, o bem do povo em geral, expresso sob todas as formas de satisfação das necessidades comunitárias²³.

Assim como a educação, citada por Edivaldo Boaventura²⁴ em artigo referente a esse direito social, pode-se dizer que a moradia, com ainda mais razão, faz parte dos “componentes do nível de bem-estar”, entendendo-se por nível de bem-estar, na pena desse autor, “o atendimento a necessidades relativas à sobrevivência e à forma de vida tida por boa, no contexto de uma sociedade”. E conclui ele, lembrando que

ao lado do trabalho, a habitação e a moradia, que tanto condicionam a vida de família, segurança e proteção. A necessidade de habitação justifica-se como condição indispensável à vida. Em conexão com a moradia, o saneamento básico representa o controle dos efeitos deletérios sobre o bem-estar físico e mental do homem.

Já o *desenvolvimento econômico* encontra maior dificuldade em sua caracterização. Há de se discutir, primeiramente, o sentido de *desenvolvimento*. Podem-se citar alguns conceitos possíveis, que relacionam desenvolvimento com critérios como aumento de renda *per capita*, aumento da produção por habitante e repartição mais equitativa da riqueza²⁵. Entendemos ser esta última a mais pertinente, por ser a definição que mais se aproxima da questão social que aqui se procura abordar.

O desenvolvimento exige, ainda, certos pressupostos e condições, a exemplo da taxa de investimentos crescentes, manutenção de padrão mínimo de consumo

22. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A Disciplina Jurídico-Constitucional do Desenvolvimento Econômico e do Bem-Estar Social numa Ótica Globalizante. In: *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, n.º 6., p. 150-151.

23. Idem, *ibidem*.

24. BOAVENTURA, Edivaldo. A Educação na Constituição Federal. In: *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, n.º 8, p. 80.

25. BRITO, Edvaldo. *Reflexos Jurídicos...*, p. 45-48

e equilíbrio no desenvolvimento regional, promovendo o crescimento da economia nacional e um melhor nível de bem-estar para a população, evidenciando, mais uma vez, o elo entre o econômico – como provedor de recursos – e o social – como resultado da aplicação desses recursos no sentido do desenvolvimento humano e coletivo.

2.3. Da função social da propriedade

A discussão a respeito do bem-estar social e do desenvolvimento econômico, bem como a narrativa sobre a evolução histórica da ordem econômica e social, passa, ainda, pelo surgimento da teoria da função social da propriedade, idéia que revolucionou conceitos profundamente arraigados de direitos e deveres, nos campos individual e social.

Rita Simões²⁶ lembra, com muita propriedade, que “o conceito de propriedade – cujo substrato repousa no econômico e no social – não permanece o mesmo em todos os momentos da história, nem em todas as culturas e sociedades.” A propriedade, que antes era direito absoluto de seu titular, “*usque coellus ad inferus*” – do céu ao inferno – sendo-lhe permitido o uso, gozo e abuso da mesma, passou a ganhar novas conotações com o surgimento do *Welfare State*. A propriedade passa a ter um papel na sociedade, limitando-se com isso a liberdade antes inviolável de seu titular²⁷, de modo que já não se pensa mais a propriedade dissociada de sua função de utilidade social.

Para Eros Grau²⁸, a atuação do Estado no domínio econômico “é expressão, precisamente, do controle do exercício de propriedade”. Na noção clássica, individualista, a propriedade se configurava em um direito subjetivo típico, de natureza privada. Com a evolução da noção de função social, adota-se a premissa de que todo direito deve sofrer limitações, para o bem da coletividade.

Um dos primeiros noticiadores da nova realidade do direito de propriedade foi León Duguit²⁹, ao afirmar que a propriedade deixou de ser exclusivamente o direito subjetivo do proprietário, para se transformar na função social do detentor

26. SANTOS, Rita de Cássia Simões Moreira, Direito Subjetivo e a Função Social da Propriedade. In: *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, n.º 4, p. 177.

27. O Professor Hermano Machado, em texto de sua lavra, narra a trajetória do direito de propriedade ao longo da história e perante diferentes escolas, rendendo interessante fonte de pesquisa para a matéria, que, por ora, não cabe aprofundar. Cf. MACHADO, Hermano A. P. Breve Resumo das Doutrinas do Direito Civil Clássico sobre os Direitos Reais e a Propriedade. In: *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, n.º 7, p. 405-423.

28. *Loc. cit.* Recordado também em SANTOS, Rita de Cássia Simões Moreira, *ob. cit.*, p. 178.

29. DUGUIT, León. *Las Transformaciones del Derecho: Público y Privado*. Buenos Aires: Heliasta, 1931.

da riqueza. Isso porque, em seu entendimento, “frente à sociedade ninguém tem direitos, apenas deveres”. Não se quer dizer com isso que a propriedade esvaziou-se de sua natureza de direito, mas, sim, que

com o aparecimento da função social da propriedade cria-se um novo tipo de poder jurídico, submetido a uma norma legal que condiciona o exercício do direito de propriedade ao atendimento simultâneo do interesse individual do titular com um interesse coletivo privado, integrante de um grupo social hipossuficiente. Este tipo de poder jurídico é chamado de direito subjetivo vinculado, em oposição ao direito subjetivo clássico. (...) Guardando semelhanças com o direito subjetivo vinculado, o direito subjetivo público é exercido de modo a conciliar o interesse individual com a tutela direta do interesse público³⁰.

Também nesse sentido, o pensamento de José Barroso Filho³¹, para quem “o princípio da função social tem como objetivo conceder legitimidade jurídica à propriedade privada, tornando-a associativa e construtiva” e atendendo, ao menos mediatamente, o interesse público, em direção ao bem comum.

A função social tornou-se, assim, sinônimo de limitação. Mas esse não é seu único fundamento. A nosso sentir, a função social pode ser também incremento de um direito. É o que acontece, no caso em tela, com o direito de moradia. No bem de família, por exemplo, de que se tratará a seguir, a função social da propriedade imobiliária assegura proteção adicional à família que ali reside, respaldado a efetivação de outros direitos fundamentais, a começar pela dignidade humana, ao garantir um teto a esses indivíduos. É essa conclusão também que se depreende da teoria esposada por Luiz Edson Fachin³², na identificação jurídica entre sujeito e patrimônio.

Atualmente, a função social da propriedade abarca não somente as velhas questões de vizinhança, mas também – principalmente – o direito urbanístico, ambiental, entre outros. A questão da propriedade dos meios de produção (artigo 170 da Constituição Federal de 1988) é abordada por Eros Grau, ao diferenciá-la da propriedade de caráter individual, descrita no artigo 5º da Carta Magna. De fato, a propriedade dos meios de produção tem uma carga econômica e social muito forte, que não pode ser menosprezado. Imagine-se, por exemplo, que o único produtor de determinado bem na região resolvesse depredar sua própria fábrica com base num suposto poder absoluto sobre o bem de sua propriedade.

30. SANTOS, Rita de Cássia Simões Moreira, *op. cit.*, p. 183-184

31. BARROSO FILHO, José. Propriedade: a quem serves? In: *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, n.º 9, p. 287.

32. FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Toda a coletividade sofreria com esse abuso. Daí a idéia de Duguit³³, de que “a propriedade não é mais o direito subjetivo do proprietário; é a função social do detentor da riqueza”, dir-se-ia tratar de “seu papel no mundo”.

Em síntese, a função social é a interface mais sensível entre o direito privado e o direito público, ou – poder-se-ia dizer, retomando a idéia defendida por Rita Simões, citada acima – a função social é a interface pública do direito privado, situação em que se insere a atual dicção relativa a um direito constitucional à moradia.

3. ALGUMAS NORMAS INFRA-CONSTITUCIONAIS INTEGRATIVAS

A disciplina do direito à moradia encontra regramento infra-constitucional, seja em relação à regulação quanto a sua obtenção, seja no que tange a sua manutenção. Em relação ao primeiro grupo de normas, eleger-se, como exemplo, a disciplina prevista no Estatuto da Cidade, ao passo que, em relação à manutenção, pode-se referir, como instituto de relevo, a previsão do bem de família, sobretudo aquele previsto na Lei 8.009, de 1990, e sua repercussão em relação às garantias pessoais e reais fulcradas no bem em que exercida a moradia.

3.1. Direito de moradia e urbanismo: o Estatuto da Cidade

O Estatuto da Cidade – Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001 – derivou do projeto de Lei n.º 2.191, de 1989, de autoria do Deputado Raul Ferraz. Conta com cinco capítulos: Diretrizes Gerais; Dos Instrumentos da Política Urbana; Do Plano Diretor; Da Gestão Democrática da Cidade; e Disposições Gerais. Esta lei veio regular³⁴, após doze anos, os artigos 182 e 183 da Constituição de 1988, que estabelecem normas gerais para os Municípios, erigidas a entidades federativas nesse Diploma Magno.

O Município é a entidade federativa mais próxima do cotidiano do indivíduo, que tem com ele uma relação diária e inevitável. Mais que um ente ideal, a cidade se configura para seus habitantes, de forma prática e imediata, como seu local de morada e trabalho, a que eles demandam a resposta primeira a suas necessidades.

33. DUGUIT, León, *op. cit.*. Cf. também OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 17-20.

34. Diz-se aqui *regular*, por ser a expressão mais técnica, embora a ementa da lei em tela menciona *regularizar*. Sobre isso, convém trazer a lume o incluído ensinamento do mestre Josaphat Marinho (MARINHO, Josaphat. O Estatuto da Cidade In: *JAM - Jurídica Administração Municipal*, ano VI, n.º 08, set/2001, p. 04), consoante o qual “seria mais exato e técnico dizer regula, segundo o conselho sábio de Pontes de Miranda. As leis é que se regulamentam”.

E, no dizer de Régis Fernandes de Oliveira³⁵, “o Estatuto (...) aproxima a política urbana de qualidade de vida e de justiça social da democracia participativa, onde a participação do munícipe é permanente”.

No que tange ao direito de moradia, a Constituição Federal, em seu artigo 23, IX, anuncia que compete aos três entes federados “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”. Combine-se com esse o artigo 30, VIII, que atribui aos Municípios a função de “promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.” Tal dispositivo toca a questão da função social da propriedade, bem como reforça a necessidade – estipulada em sede constitucional – da elaboração de Plano Diretor na esfera municipal.

As diretrizes gerais do Estatuto da cidade são normas de interesse social, que disciplinam a “propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos”, como consta do artigo primeiro dessa lei. Esse interesse social fundamenta o “direito garantido à habitação, ao povoamento saudável”, numa “cidade sustentável, ou seja, apropriada a fornecer a seus habitantes as condições mínimas de bem-estar, segurança, vida saudável etc. (acrescentar-se-ia, dignidade). Há o direito à moradia, mas ela não pode ser inapropriada, ou seja, sem esgoto, água, luz etc”³⁶.

Para alcançar seus objetivos, o Estatuto da Cidade prevê a possibilidade de “cooperação entre governos, com a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social” (artigo 2º, III). O artigo 4º, V, por sua vez, arrola institutos jurídicos e políticos que podem ser utilizados para melhorar a vida urbana. Dentre os itens desse artigo, verifica-se: “h) concessão de uso especial para fins de moradia”, bem como impõe que se dê uso à propriedade urbana (a exemplo da edificação compulsória), para evitar a especulação imobiliária, contrária à função social da propriedade prevista constitucionalmente (é esse mesmo raciocínio que embasa a tributação progressiva e a dita desapropriação-sanção, das quais não se tratará aqui).

A usucapião urbana também vem tentar regularizar a situação de habitantes da cidade, em exercício efetivo de seu direito de moradia. Daí a exigência de que o indivíduo que pleiteie a usucapião possua “como sua área de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição,

35. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *op. cit.*, p. 11.

36. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *op. cit.*, p. 22

utilizando-a para sua moradia ou de sua família”, o qual “adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural” (artigo 9º). Verifica-se aí, além da franca disposição de proteger o direito de moradia, o incentivo claro à função social da propriedade.

Mais polêmica é a disposição do artigo seguinte (artigo 10), ao tratar da possibilidade de usucapião coletiva. Conquanto habitações dessa ordem façam parte, de fato, da realidade nacional, quer parecer que não se pode cristalizar a indignidade humana, sem oferecer alternativa a esta situação. Por outro lado, ignorar a situação de indigência e promiscuidade em que vivem, às vezes, muitas famílias reunidas, especialmente nos grandes centros urbanos, não transmuda os fatos. Diz o mencionado artigo:

as áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

Admite-se, inclusive, que possuidores sucessivos possam “acrescentar sua posse à do antecessor, contanto que ambas sejam contínuas” (artigo 10, parágrafo 1º).

Sobre a concessão de uso especial para fins de moradia, a seção a ela relativa – artigos 15 a 20 – foi integralmente vetada pelo Presidente da República, sob a alegação de que a disposição contrariava o interesse público, sobretudo por não ressaltar os bens públicos de uso comum, entre outras razões. Encaminhou, então, a Medida Provisória n.º 2.220, de 04 de setembro de 2001, regulando a matéria. Essa medida fixou em 30 de junho de 2001 a data limite para atribuir direito à concessão de uso especial para fins de moradia a quem possuisse como seu, para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, imóvel público de até duzentos e cinquenta metros quadrados, considerando-se que esses imóveis públicos não poderiam ser usucapidos, desde que não fosse proprietário ou concessionário de outro imóvel urbano ou rural. Também aqui se admite a concessão de uso coletiva, nos termos do que foi estabelecido para a usucapião coletiva. Régis Fernandes de Oliveira³⁷ crítica, com respaldo em Caio Mário da Silva Pereira, o estabelecimento de data-limite, em face da impessoalidade e generalidade que devem caracterizar a lei.

37. OLIVEIRA, Regis Fernandes de, *op. cit.*, p. 62-63

O direito de concessão se extingue por destinação diversa dada ao imóvel ou pela aquisição de outro imóvel urbano ou rural (artigo 8º, I e II, da Medida Provisória referida).

3.2. Direito de moradia e bem de família

Ainda mais relacionado com o direito de moradia constitucional, o instituto do bem de família tem importante papel na efetivação desse direito fundamental. Antes de tutelar a moradia, o direito brasileiro tutelou a família. A própria organização do tecido social, da qual o fenômeno jurídico descende, principiou-se com a organização das famílias em clãs e em tribos. A etimologia da palavra assim o indica. Ao iniciar sua sobre o bem de família, Álvaro Villaça Azevedo começa por analisar a expressão que o denomina. Primeiramente abordado, o radical *família* tem origem bastante remota, derivando, para uns, de “casa, habitação” e, para outros, de “coletividade”. Em época mais próxima, originou, entre dialetos latinos, a expressão *famelia*, indicando “conjunto de filhos, servos e demais elementos que viviam sob a chefia e proteção de um mesmo *pater*”. Analisada a seguir, a palavra *bem* indica utilidade, vantagem, proveito, propriedade, domínio..., tendo raiz comum com o termo latino *bene*, de que deriva, no português, “bem, bom” e, no italiano, expressões que indicam “fazer feliz, enriquecer, gratificar...”³⁸

Sobre a origem do bem de família, defende a doutrina ser ele oriundo do direito americano, que estabeleceu o chamado *homestead* (em tradução literal, “local do lar”), significando um “pedaço de terra dado a um cidadão para que fosse a sua residência e que o solo fosse cultivado ou utilizado, de alguma forma, como meio básico da sua sobrevivência”³⁹. Ele foi introduzido no Direito Civil pátrio em 1912, em norma proposta por Feliciano Pena, instituindo-se, então, o bem de família *convencional* e acrescentando nova hipótese de impenhorabilidade às enumeradas pelo Código de Processo Civil (hoje no artigo 649).

O bem de família convencional consiste em uma *faculdade*, realizável por ato volitivo do chefe de família, que tornará determinado imóvel, destinado à habitação familiar, isento da execução por dívidas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio, enquanto viverem os cônjuges e até a maioridade dos filhos. Tem-se por intenção a proteção da família. O bem de família convencional

38. AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Bem de Família: com comentários à Lei 8.009/90*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.18.

39. COUTO FILHO, Reinaldo de Souza. Considerações sobre a Impenhorabilidade do Bem de Família Legal em Relação às Dívidas Condominiais. In: *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, n.º 9, p. 355.

constava do Código Civil de 1916, em seus artigos 70 a 73; e, no Código Civil de 2002, aparece nos artigos 1.711 a 1.722.

No texto do Código Civil atual, diversamente do que ocorria no Código de 1916, o legislador mencionou expressamente a questão dos valores mobiliários existentes no prédio, que serão abrangidos pela proteção legal, desde que não exceda o valor do próprio prédio, à época de sua instituição (artigos 1.712 e 1.713). Também se modifica aqui o trecho, acerca do termo da isenção, de “enquanto viverem os cônjuges” para “enquanto viver um dos cônjuges”, abrangendo, assim, a família monoparental de que trata a Constituição Federal de 1988. Supõe-se, ainda, que à expressão *cônjuges* equiparem-se os companheiros na união estável. Mantida, como outra hipótese de termo final, na ausência dos cônjuges, a maioria dos filhos. Acrescenta-se que a dissolução da sociedade conjugal não extingue o bem de família (art. 1.721).

Comentando o instituto do bem de família no Código Civil de 1916, Álvaro Villaça assinala a análise de sua natureza jurídica, demonstrando tratar-se de tarefa bastante espinhosa. Termina por concluir, com o autor argentino Elias Guastavino, que o bem de família consiste em bem fora do comércio e tipo de patrimônio especial, “de propriedade do constituinte (salvo os casos em que este se desliga do domínio), e se distingue do patrimônio geral de seu titular por sua função e pelas normas que a lei edita em sua proteção.” Constitui-se por ato jurídico de ordem também especial, pelo qual se cria um “benefício de natureza econômica, com o escopo de garantir a sobrevivência da família, em seu mínimo existencial, como célula indispensável à realização da justiça social”⁴⁰.

A Lei 8.009/90, a seu turno, veio instituir o bem de família legal, ou seja, a preservação automática do bem imóvel em que reside a família, quanto à execução por dívidas (ressalvadas certas exceções), independentemente da atuação positiva de alguém que assim o constitua. Essa previsão se mostra assaz importante, na medida em que não se tem no Brasil a tradição de ir a cartório registrar certo bem como intocável, segundo as exigências do bem de família convencional. O instituidor, no caso, é o próprio Estado. Pode abranger, tal como no bem de família convencional, imóvel urbano ou rural destinado à moradia da família, com os bens móveis que o guarnecem.

A lei em questão já teve sua constitucionalidade posta em dúvida, sob a alegação de que tornaria inútil o princípio geral da sujeição do patrimônio às dívidas, ensejando insegurança jurídica. Tal não foi o entendimento jurisprudencial, já que

40. AZEVEDO, Álvaro Villaça de, *op. cit.*, p. 141.

o patrimônio do devedor pode responder com outros bens, mas não com aquele único em que habita sua família. Verifica-se, assim, a preponderância do direito fundamental de moradia.

Sobre a Lei 8.009/90, Reinaldo Couto Filho alerta, inicialmente, para a “vontade do Estado de preservar a família, ao menos garantindo juridicamente subsídios econômicos mínimos para a sua existência”⁴¹. A proteção automática, todavia, difere da versão convencional quanto a sua amplitude, considerando-se, nesta última, uma proteção mais vasta, ao restringir as hipóteses de penhorabilidade às dívidas decorrentes de impostos do mesmo prédio (incluídas as dívidas condominiais, conforme o melhor entendimento doutrinário e jurisprudencial), enquanto o bem de família legal da Lei 8.009 conta com outras exceções à impenhorabilidade, inframencionadas.

Pontue-se, ademais, o entendimento vigente de que a impenhorabilidade do bem de família abrange também os bens que guarnecem a habitação, dentro de um critério de razoabilidade. Comente-se, afinal, que não há mais limite de valor ou tempo para se instituir o bem de família, o qual já foi limitado em 500m². Mas há que se ter razoabilidade: Reinaldo Couto Filho cita, como exemplo, a hipótese de família que more em suntuosa mansão, em detrimento dos credores⁴². Questiona-se, no entanto, se esse entendimento não culmina na necessidade de se impor valores limites para esses bens, a fim de dar parâmetros à decisão do julgador.

Aspecto polêmico é a possibilidade de instituição de bem de família em uniões homossexuais. A este respeito, é útil a observação de Régis Fernandes de Oliveira, em tema anteriormente comentado, relativo à usucapião e concessão de uso para fins de moradia. Diz o autor que, nessa hipótese, “caso ambos convivam sobre o mesmo teto (...) temos que o título aquisitivo será expedido em nome de ambos, uma vez que produto do esforço comum, indiferente sendo, para efeito legal, o caráter afetivo que possa cercar a relação”⁴³. Clara fica, aí, a intenção de proteção voltada diretamente ao direito de moradia, mais até que à instituição familiar, na concepção vigente de família. Nem o Novo Código Civil nem a Lei 8.009/90, no entanto, fazem qualquer menção ao assunto.

Cumprido destacar que a concepção de *família*, à luz da Carta da República, em seu art. 226 deixou de ser “matrimonializada”, passando a alcançar também

41. COUTO FILHO, Reinaldo de Souza, *op. cit.*, p. 356.

42. COUTO FILHO, Reinaldo de Souza, *op. cit.*, p. 357. No mesmo sentido, cf. AZEVEDO, Álvaro Villaça de, *op. cit.*, p. 109-112.

43. OLIVEIRA, Régis Fernandes de, *op. cit.*, p. 54.

a união estável e as entidades monoparentais (mãe solteira, pai com guarda dos filhos). A doutrina diverge se o rol do parágrafo 4º do artigo 226 da Constituição é taxativo ou exemplificativo. Para a corrente que entende ser exemplificativo, o conceito abrange também arranjos familiares outros, conforme as necessidades sociais e os valores de cada época, como tio e sobrinho, avô e neto.

O Superior Tribunal de Justiça filiou-se à idéia ampliativa da expressão, asseverando que para a proteção do bem de família adota-se qualquer conceito sociológico de família, não estritamente jurídico. Tem dado a entender o referido tribunal que a tutela do bem de família se estenderia mesmo para o indivíduo solteiro, divorciado ou viúvo sem filhos, como direito social do cidadão, respaldado no artigo 6º da Constituição Federal. Reafirma-se, destarte, o cerne do bem de família, aproximando-o bem mais de uma garantia ao direito de moradia em si e à dignidade humana do que à família apenas.

Outra nuance decorrente desta aplicabilidade mais elástica do bem de família é o entendimento de que não é preciso, necessariamente, habitar o imóvel único para se fazer jus à proteção legal. É possível utilizá-lo em fim diverso, que proveja renda para o sustento de seu proprietário, o qual habitaria como locatário em outro imóvel. Este não é entendimento pacífico; desnecessário dizer, também, que tal procedimento não pode ser eivado de má-fé, como na intenção de fraudar credores.

3.2.1. Garantias pessoais e direito de moradia

As garantias pessoais consistem naquelas conferidas ao credor por terceiro, que não o próprio devedor, podendo-se vincular para isso, na vigência da relação obrigacional, o próprio patrimônio desse terceiro, como assegurado do cumprimento, e não um bem ou *res* do devedor, no que se distingue das garantias reais.

Dentre as garantias pessoais, cumpre diferenciar dois tipos principais, quais sejam: a fiança e o aval⁴⁴. Embora ambos se destinem a garantir obrigação alheia, é de se sublinhar que o aval tem natureza tipicamente cambiária, autônoma e independente, pertencendo à esfera do Direito Comercial; ao passo que a fiança é obrigação acessória de outra principal, da qual depende e à qual tem sua existência inevitavelmente ligada. É da fiança que se vai tratar aqui, por seu especial interesse na aplicabilidade prática do direito de moradia, sobretudo no que tange ao bem de família.

44. Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2001, p.134, cuja nota de rodapé n.º 42 menciona decisão incisiva a respeito da matéria, a saber: TACRJ – Apelação Cível 5233/91 – 6.ª Câmara – Juiz Sérgio Cavalieri Filho – 20.08.91 – Unânime.

Ao definir a fiança, aponta-a Sílvia Rodrigues⁴⁵ como sendo uma garantia pessoal, fruto de contrato acessório, unilateral, solene e, em regra, gratuito, alertando para o fato de que não deve ser mais onerosa que a dívida afeiçoada.

Elemento importante da fiança é a necessidade de outorga uxória, isto é, de autorização do outro cônjuge para empreender a garantia, na medida em que compromete o patrimônio do casal. Vislumbra-se aí, desde já, ponto tangencial com o bem de família, objeto da proteção legal.

A disciplina do bem de família conferida pelo Código Civil (bem de família voluntário) somente admite a penhorabilidade do único imóvel pertencente à família, que tem ali sua residência, em caso de dívidas advindas do próprio imóvel. A Lei 8.009/90, por outro lado ao instituir o bem de família legal, acenou, em seu artigo 3.º, com várias outras hipóteses de quebra da proteção jurídica do bem à execução por dívidas, a saber: I. créditos de trabalhadores da própria residência; II. crédito decorrente de financiamento destinado à construção ou aquisição do imóvel, no limite; III. crédito de pensão alimentícia; IV. cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; V. execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; VI. aquisição como produto de crime ou para a execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens; VII. em razão de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Observe-se, destarte, que a última hipótese, acrescentada ao artigo 82 da Lei de Locação (Lei 8.245/91), ao mencionar a fiança concedida em contrato de locação, não leva em conta a possibilidade de que o patrimônio do fiador pode se resumir a imóvel único, onde habite sua família. O dispositivo foi inserido com vistas a reverter a retração do mercado, diante da impossibilidade de executar a garantia efetuada pelo fiador, por se tratar de bem de família, comprometendo, para alguns, a “exigibilidade geral das obrigações”⁴⁶.

Com a modificação constitucional, todavia, o caso tomou contornos outros, já que não se tratava apenas da proteção ao bem de família, mas ao direito fundamental de moradia. Visualiza-se, portanto, situação de difícil deslinde: com que, então, o fiador, ao prestar a garantia exigida pelo locador para que o futuro locatário firme contrato e obtenha com isso lugar para morar, corre o risco de ser apenado

45. RODRIGUES, Sílvia. *Direito Civil: Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade*. v. 3. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 370.

46. FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo...*, p. 149. Embora houvesse expectativa de que a nova Lei de Inquilinato – Lei 12.112/2009 – modificasse tal dispositivo, isso não ocorreu.

com a perda de sua própria moradia e de sua família, em razão da inadimplência daquele que procurou ajudar?

O entendimento majoritário na jurisprudência vinha sendo no sentido de que se procedesse à penhora, em atenção à exceção legalmente prevista à impenhorabilidade⁴⁷, em que pesem julgados em contrário⁴⁸. *Data maxima venia*, quer-nos parecer que o direito de moradia constitucionalmente contemplado, deve prevalecer sobre a disposição da Lei 8.009/90, seja pelo aspecto formal da hierarquia

47. Assim, *verbi gratia* e embora o intuito do texto não seja propriamente a análise jurisprudencial, nos julgados majoritários oriundos do Supremo Tribunal Federal, como no aresto recente: “Agravado de instrumento. Inadmissibilidade. Certidão de intimação do acórdão impugnado. Existência. Comprovação. Demonstrada a existência de peça obrigatória ao agravo de instrumento, deve ser apreciado o recurso. 2. FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Agravo regimental improvido. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República”. (AI 584436 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 03/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-10 PP-01943 RT v. 98, n. 884, 2009, p. 148-150). Idem, entre outros, em: “CONSTITUCIONAL. DIREITO À MORADIA. PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. LEGITIMIDADE. CONSTITUIÇÃO, ART. 6º (REDAÇÃO DA PELA EC 26/2000). LEI 8.009/90, ART. 3º, VII. I - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 407.688/SP, considerou ser legítima a penhora do bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ao entendimento de que o art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 não viola o disposto no art. 6º da CF/88 (redação dada pela EC 26/2000). Precedentes. II - Agravo improvido”. (RE 415626 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 05/09/2006, DJ 29-09-2006 PP-00043 EMENT VOL-02249-10 PP-01943).
48. Notadamente, no âmbito na Corte Maior nacional, as opiniões divergentes dos Ministros Carlos Ayres Britto e Eros Grau, assim consignadas: “AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. LEI Nº 8.009/90. DIREITO À MORADIA. ART. 6º DA MAGNA CARTA (REDAÇÃO DA EC 26/2000). PRECEDENTE PLENÁRIO. O Plenário deste excelso Tribunal, no julgamento do RE 407.688, Relator o Ministro Cezar Peluso, decidiu que "...a penhora do bem de família do recorrente não viola o disposto no art. 6º da CF, com a redação dada pela EC 26/2000 (...) mas com ele se coaduna, já que é modalidade de viabilização do direito à moradia (...) porquanto, atendendo à própria ratio legis da exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, facilita e estimula o acesso à habitação arrendada, constituindo reforço das garantias contratuais dos locadores, e afastando, por conseguinte, a necessidade de garantias mais onerosas, tais como a fiança bancária...". (Informativo nº 415 do STF). *Fiquei vencido, na companhia dos eminentes Ministros Eros Grau e Celso de Mello*. Nesse mesmo sentido, foram proferidas as seguintes decisões singulares: RE 467.638, Relator o Ministro Gilmar Mendes; RE 477.366, Relator Ministro Ricardo Lewandowski; RE 397.725, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence; RE 475.855, Relatora a Ministra Ellen Gracie; e RE 432.253, Relator o Ministro Cezar Peluso. Agravo regimental a que se nega provimento, *com a ressalva do entendimento divergente do Relator*.” (RE 464586 AgR, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 06/06/2006, DJ 24-11-2006 PP-00073 EMENT VOL-02257-07 PP-01336) (grifou-se). Também mencionado nas decisões monocráticas prolatadas no AI 740833, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, julgado em 02/02/2009, publicado em DJe-036 DIVULG 20/02/2009 PUBLIC 25/02/2009, e RE 593825, Relator(a): Min. EROS GRAU, julgado em 29/10/2008, publicado em DJe-212 DIVULG 07/11/2008 PUBLIC 10/11/2008.

normativa, seja pelo conteúdo material, o qual deve pender em favor da efetivação do direito fundamental.

A favor do fiador pode-se alegar, é bem verdade, o benefício de ordem, “prerrogativa conferida ao fiador, de exigir que os bens do devedor principal sejam excutidos antes dos seus”⁴⁹, considerando-se que a obrigação do fiador é subsidiária em relação à do devedor principal. Geralmente, porém, como observa Sílvio Rodrigues, é prática corrente que o credor exija a fiança convencional, em que o fiador se obriga como pagador solidário⁵⁰.

Comentando o fato, Álvaro Villaça destaca, ainda, a incongruência de que, enquanto o inquilino, “tendo como impenhoráveis os bens que guarnecem sua residência, poderia seu fiador sofrer execução de seu bem de família, sua residência”⁵¹. Seria tornar mais onerosa a obrigação acessória do que a principal e converter a fiança, de garantia fidejussória, em verdadeiro penhor ou hipoteca, ao vincular aquele bem único e específico. Trata-se, sustenta o renomado autor, de direito real sobre coisa alheia e o locador teria direito de executar bem específico dado em penhor⁵². Leve-se em conta que, nos termos do artigo 3.º V, da mesma Lei 8.009/90, o casal ou entidade familiar pode oferecer o imóvel único em hipoteca, tornando-o penhorável.

Esse não é o entendimento esposado por Luiz Edson Fachin, em sua obra *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, em que se defende a existência de um conteúdo patrimonial mínimo inerente a toda pessoa humana. Sendo o patrimônio o reflexo econômico da personalidade, existe, na opinião do autor, um patrimônio mínimo indispensável a uma vida digna, do qual, em hipótese alguma, pode ser desapossada. Defende ser essa uma “imunidade juridicamente inata ao ser humano, superior aos interesses dos credores”⁵³.

Entendemos ser esse o diapasão a ser aplicado ao tema, uma vez que mais se coaduna com a proteção ao direito de moradia como instrumento da dignidade humana⁵⁴.

49. RODRIGUES, Sílvio. *op. cit.*, p. 373.

50. *Idem, ibidem*.

51. AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *op. cit.*, p. 198.

52. AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *op. cit.*, p. 199.

53. FACHIN, Luiz Edson. *op. cit.*, Nota Prévia e p. 01. Ver a respeito, na mesma obra, desdobramento da matéria, especialmente às p. 79-90 e p. 143-196.

54. Donde benfazeja a proposta de alteração legislativa, em trâmite no Congresso Nacional e que prevê a eliminação da possibilidade de penhora do bem de família do fiador em casos que tais Aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça em 2009.

4. CONCLUSÃO

O direito de moradia exerce importante papel no seio de um Estado voltado simultaneamente para o desenvolvimento econômico e para o bem-estar social, não se podendo dissociar essas duas esferas. Ele se constitui em desdobramento relevante da função social da propriedade, característica inafastável do direito de propriedade atual e parte do mínimo existencial, associado à dignidade humana.

No contexto da função social da propriedade e do direito fundamental à moradia, além das disposições arroladas no Estatuto da Cidade e no próprio Código Civil, acerca da usucapião coletiva, destacou-se, notadamente, no âmbito regulatório infraconstitucional o quanto disposto em relação o bem de família, seja sob a forma convencional, seja legal, como tendência cada vez maior a se converter em meio de proteção ao direito de moradia, mais até que como meio de proteção exclusiva à família, como originalmente pensado. Ampliou-se, inclusive, o conceito do beneficiado, para abranger a proteção do imóvel único pertencente a pessoa solteira e sem filhos, bem assim abrangendo os bens que guarnecem com razoabilidade o imóvel, tornando-o regularmente habitável.

Quanto às garantias pessoais em relações obrigacionais, todavia, assinalou-se a tendência dos tribunais superiores em decidir pela penhorabilidade de bem de família do fiador em obrigações locatícias, face ao disposto no artigo 3º, VII, da Lei 8.009/90. Não partilhamos de tal posição, a qual parece em desacordo com a norma constitucional que estabelece a moradia como direito fundamental.

Conclui-se, então, que o direito de moradia, embora tardiamente acrescentado a nosso Diploma Magno, é direito da maior relevância para o cidadão e para a sociedade, à qual auxilia no equilíbrio sócio-econômico, mediante o imperativo constitucional de que todos os seus componentes deverão contar com residência condigna, onde se abrigar e à sua família, conforme os ditames do valor fundamental da dignidade humana. Sua interpretação, portanto, deve ser tal que favoreça a efetividade do discurso constitucional, rumo à implementação de um verdadeiro Estado de Bem-Estar Social.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Direitos Fundamentais e Hermenêutica Constitucional. In: *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, n.º 7, jan/dez 99 - Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1999, p. 293-330.

- ARAGÃO, Alexandre Santos. *Serviços Públicos e Direitos Fundamentais*. Disponível em http://www.abar.org.br/Artigo_aragao.pdf. Acesso em 27.out.2006.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família*. 5.ed. São Paulo: RT, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO FILHO, José. Propriedade: a quem serves? In: *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, n.º 9, jan/dez 2001, 422 páginas - Salvador: Curso de Mestrado em Direito Econômico da UFBA, 2001, p.276-293.
- BOAVENTURA, Edivaldo. A Educação na Constituição Federal. In: *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, n.º 8, jan/dez 2000, 432 páginas - Salvador: Curso de Mestrado em Direito Econômico da UFBA, 2000, p.78-97.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRITO, Edvaldo. *Reflexos Jurídicos da Atuação do Estado no Domínio Econômico: Desenvolvimento econômico. Bem-estar social*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- _____. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1993.
- CAMARGO, Marcelo Novelino. O Conteúdo Jurídico da Dignidade da Pessoa Humana. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 153-174.
- COUTO FILHO, Reinaldo de Souza. Considerações sobre a Impenhorabilidade do Bem de Família Legal em Relação às Dívidas Condominiais. In: *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, n.º 9, jan/dez 2001, 422 páginas - Salvador: Curso de Mestrado em Direito Econômico da UFBA, 2001, p.355-366.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A Disciplina Jurídico-Constitucional do Desenvolvimento Econômico e do Bem-Estar Social numa Ótica Globalizante. In: *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, n.º 6, jan/dez 1998 - Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, p. 133-170.
- DUGUIT, León. *Las Transformaciones del Derecho: Público y Privado*. Buenos Aires: Heliasta, 1931.
- ESTEVES, João Luiz M. *Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FARJAT, Gérard. *Droit Économique*. Paris: Presses Universitaire de France, 1971

- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990.
- _____. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, [s.d.]
- FERREIRA, Olavo A. Vianna; FERNANDES, Rodrigo P. *O Direito Constitucional à Moradia e os Efeitos da Emenda Constitucional n.º 26/2000*. Disponível em http://www.maxpages.com/penal/Direito_a_Moradia, acessado em 06.out.2002.
- FONSECA, João Bosco L. da. *Direito Econômico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990.
- MACHADO, Hermano A. P. Breve Resumo das Doutrinas do Direito Civil Clássico sobre os Direitos Reais e a Propriedade. In: *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, n.º 7, jan/dez 99 - Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1999, p. 405-423.
- MARINHO, Josaphat. O Estatuto da Cidade, In: *JAM - Jurídica Administração Municipal*, ano VI, n.º 08, set/2001, p. 4-5.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- SANTOS, Rita de Cássia Simões Moreira. Direito Subjetivo e a Função Social da Propriedade. In: *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, n.º 4, jan1993-dez1995 - Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1995, p.177-186.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 4.ed. São Paulo: LTR, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2001.

Artigos de convidados

NACIONAIS

III. Os requisitos balizadores das restrições aos direitos fundamentais
Ana Carolina Trindade

IV. A culpabilidade compartilhada como princípio mitigador da ausência de efetivação dos direitos humanos fundamentais
Cláudio Alberto Gabriel Guimarães

V. Visão monocular e vagas em concurso público
Dirceu Pereira Siqueira
Tais Nader Marta

VI. Os Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei nº 12.153, de 22.12.2009)
Humberto Theodoro Júnior

VII. “Supremocracia” e estado de exceção: paradoxos da justiça constitucional brasileira
Micheli Mayumi Iwasaki

VIII. Federalismo Fiscal Brasileiro
Tiago Severini

INTERNACIONAIS

IX. La excepción de transacción y otras cuestiones procesales
Juan Monroy Palacios

X. O futuro da cooperação processual civil na Europa
Lorenzo M. Bujosa Vadell





III

OS REQUISITOS BALIZADORES DAS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ana Carolina Trindade

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL (2006). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL (2008). E-mail: anacarolinatrin@hotmail.com

RESUMO: O estudo inicia-se por uma análise da possibilidade de restrição aos direitos fundamentais, demonstrando que, além de possível, ela é necessária à efetiva aplicação desses direitos.

Em seguida, são analisados os requisitos formais e materiais impostos à atividade restritiva do Estado, a fim de que seja assegurada a constitucionalidade das restrições.

O trabalho, então, direciona-se ao estudo desses requisitos, examinando a técnica da ponderação como meio apto a assegurar a legitimidade das restrições, que também deve pautar-se nos imperativos de proporcionalidade, salvaguarda do conteúdo essencial dos direitos e dignidade da pessoa humana, tudo sem perder de vista a essencialidade dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais, restrições, limites, ponderação, proporcionalidade, conteúdo essencial.

ABSTRACT: This study starts by the analysis of the possibility of fundamental rights restriction, demonstrating that such restrictions are not only possible, but necessary to the effective application of those rights.

Next, we analyze the formal and material requirements imposed to the restrictive activity of the State, to that be secured the constitutionality of the restrictions.

The research then directs to the study of this requirements, examining the weighing technique as able mean to secure the legitimacy of restrictions, which also should guide itself on the requirements of proportionality, safeguarding the essential content of rights and the human dignity, all without losing sight of the essentiality of the fundamental rights.

KEYWORDS: fundamental rights, restriction, limits, weighing technique, essential content.

SUMÁRIO: Introdução – I. Das restrições aos direitos fundamentais: 1. Da possibilidade de restrição aos direitos fundamentais: considerações iniciais: 1.1. Alguns apontamentos acerca das teorias interna e externa e seus reflexos na aplicação dos direitos fundamentais – II . Dos limites às restrições aos direitos fundamentais: 2. Dos requisitos impostos à atividade limitadora dos direitos: 2.1. O requisito da reserva da lei; 2.2. A ponderação de interesses como instrumento para a transparência e controle das restrições aos direitos fundamentais: 2.2.1. Bases teóricas: a insuficiência do método subsuntivo (lógico-formal) e a necessidade de utilização da técnica da ponderação; 2.2.2. A legitimidade do uso da ponderação como limite às restrições aos direitos

fundamentais; 2.2.3. Princípio da proporcionalidade como parâmetro de aferição da conformidade das restrições aos ditames constitucionais: pauta procedimental da ponderação; 2.3. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais – Conclusões – Referências.

INTRODUÇÃO

A compreensão dos direitos fundamentais passa por discussões das mais diversas ordens. Questão relevante na teoria dos direitos fundamentais trata justamente do fundamento de tais direitos¹, a sua justificação, o porquê de um direito ser constitucionalmente definido como fundamental, e de ostentar o caráter de cláusula pétreia (CF, art. 60, § 4º, IV).

A repercussão da fundamentalidade dos direitos é evidente no estudo dos limites às suas restrições, pois, ainda que se adote uma concepção jusnaturalista, utilitarista, historicista ou ética² para se justificar a importância desses direitos, remanesce, sempre, a sua essencialidade, e a sua estreita relação com os valores liberdade, igualdade, solidariedade e democracia, e com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, um dos problemas que surgem é o da garantia da efetividade desses direitos, principalmente em face da possibilidade e necessidade de restringi-los.

Assim, diante da superioridade de tais direitos, a uma primeira vista pode parecer contraditório falar-se em restrições aos direitos fundamentais quando o que se persegue é exatamente a sua efetividade.

Entretanto, sendo empírica a necessidade de limitação dos direitos fundamentais, até para que estes possam ser efetivamente aplicados, justifica-se a preocupação de um estudo acerca dos limites a essas restrições.

1. Destaca Robert Alexy (Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1999, p. 56.) que, apesar de seu caráter filosófico, a temática dos fundamentos dos direitos fundamentais possui um significado prático, pois, assim “que o consenso em questões de direitos do homem vacila, a possibilidade de alegar fundamentos para elas ganha em significado. Enquanto todos acreditam firmemente nos direitos do homem a sua fundamentação é um problema meramente teórico; ele se torna tanto mais prático quanto mais forte cresce a dúvida fundamental”.
2. Acerca das teorias que objetivam explicar os fundamentos dos direitos do homem, ver: FERNÁNDEZ, Eusébio. El problema del fundamento de los derechos humanos. *Anuário de Derechos Humanos*. n. 01. Madrid: Instituto de Derechos Humanos – Universidade Complutense, 1982; BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004; HART, H. L. A. Utilitarismo y Derechos Naturales. *Anuário de Derechos Humanos*. n. 01. Madrid: Instituto de Derechos Humanos – Universidade Complutense, 1982.

A atividade restritiva do intérprete torna-se, pois, imperiosa, e fundamenta-se no imperativo de unidade da Constituição, com vistas a tornar viável a coexistência entre os direitos previstos no ordenamento jurídico constitucional, haja vista tratarem-se de direitos universais, cujos conteúdos geralmente são enunciados por meio de disposições imprecisas e abertas, que reclamam densificação, e que não raras vezes entram em choque.

Contudo, ainda que este papel restritivo seja imposto pela própria ideia de sistema jurídico consistente e coerentemente ordenado, não se pode admitir que ele seja isento de limites.

O objeto do estudo que se segue é, portanto, demonstrar a necessidade e os meios através dos quais é possível controlar a atividade limitadora do legislador e do intérprete, a fim de que esta seja ordenada de forma transparente, garantindo-se a segurança jurídica, a superioridade dos direitos fundamentais, e a previsibilidade dos resultados, bem como diminuindo o grau de subjetivismo que lhe é peculiar.

I. DAS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. DA POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

Embora se admita a existência de exceções, tal como ocorre, por exemplo, com o direito a não ser torturado³, é assente na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que os direitos fundamentais não são absolutos⁴, haja vista a necessidade de viabilizar a coexistência harmônica entre os diversos direitos previstos na ordem jurídica.

No contexto de um estudo dos direitos fundamentais como não absolutos, a doutrina tem atribuído um duplo significado ao vocábulo *limites*. Por um lado,

3. Como bem ensina Norberto Bobbio (*A era dos direitos*. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 19/20.), entre os direitos humanos há direitos com estatutos muito diversos entre si. “Há alguns que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente: são os direitos acerca dos quais há a exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais, nem com relação a esta ou àquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano (é o caso, por exemplo, do direito de não ser escravizado e de não sofrer tortura)”. Destaca Bobbio que “esses direitos são privilegiados porque não são postos em concorrência com outros direitos, ainda que também fundamentais”.
4. Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal já se manifestou nos autos do *Habeas Corpus* n.º 93250/MS: “EMENTA (...) 6. Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto (...)”.

o termo *limites* denota a ideia de *constricção*; por outro, adquire o sentido de *contorno, moldura*.

Tal distinção ocorre principalmente em face dos dois modos pelos quais se manifesta a atuação legislativa em termos de regulamentação dos direitos fundamentais, uma vez que o legislador ordinário pode limitar esses direitos através de constrictões, exceções ou privações ao seu exercício, quando previamente autorizado pela norma constitucional; como também pode detalhar/delimitar o direito fundamental e as formas de exercê-lo.

Em decorrência disso, surgem ainda os conceitos de *restrição* (entendido como o resultado das previsões normativas e interpretações que operam uma diminuição da esfera de incidência do direito, aprioristicamente definida); *configuração, delimitação* ou *regulação* (entendidos como a identificação do âmbito e natureza de proteção do direito, de forma a definir o que está ou não por ele protegido, estabelecendo-se as suas fronteiras).

José Carlos Vieira de Andrade⁵ denomina tais concepções como *domínio regulado*, decorrente do conteúdo que se extrai *a priori* do direito, e *domínio protegido*, que se concebe após a análise dos próprios limites constitucionais ao programa normativo do preceito, os quais o autor denomina de *limites imanes*.

No presente estudo, a expressão *limites* será utilizada genericamente, ou seja, tanto no sentido de delimitação *a priori* das fronteiras do direito, quanto no sentido de restrições. E tal se justifica pelo fato de que os limites às restrições/limitações aos direitos fundamentais devem ser observados tanto no momento da definição do conteúdo máximo do direito, quanto na limitação desse conteúdo, seja *in abstracto*, no plano legislativo, seja na apreciação do caso concreto pelo Judiciário.

A possibilidade de limitação dos direitos fundamentais tem esteio na noção de liberdade, que sempre foi acompanhada da ideia de limites, de compatibilização entre as liberdades dos diversos sujeitos envolvidos.

A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), em seu artigo 29, § 2º, enuncia que *no exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem, e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática*.

5. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 283/284.

Conquanto não haja previsão expressa na Carta Constitucional brasileira acerca da possibilidade de restrições aos direitos fundamentais⁶, esta decorre da própria sistemática jurídica na qual tais direitos estão inseridos: a diversidade de direitos consagrados no texto constitucional, aliada à ideia de sistema, impõe sejam harmonizados entre si, sob pena de prejuízo à sua efetividade.

Um primeiro aspecto que contribui para essa conclusão é o de que os direitos fundamentais são universais, “são direitos que cabem a todos os homens”⁷, de modo que se torna imperiosa a sua limitação, pois, como direitos atribuídos a todas as pessoas, “não há como conceber sua fruição permanente e simultânea sem que haja uma disciplina ordenadora a viabilizar que estes coexistam”⁸.

Ademais, os direitos fundamentais não são constitucionalizados isoladamente, mas em conjunto, estando inseridos em um ordenamento complexo e plural, a exigir que as suas esferas de incidência sejam compatibilizadas com outros direitos e bens protegidos pela Constituição.

Nesse cenário, é grande a possibilidade de choques⁹ entre os diversos direitos fundamentais, sendo “inevitável e sistêmica a conflitualidade dos direitos de cada um com os direitos dos outros”¹⁰, daí surgindo a necessidade de restrições recíprocas como meio de solucionar conflitos, promovendo-se uma “acomodação hermenêutica”¹¹, através da qual um dos direitos deve ceder em favor do outro, não havendo que se falar, portanto, em prevalência absoluta ou incondicionada de determinado direito.

6. Na Alemanha, por exemplo, a Lei Fundamental dispõe expressamente acerca de restrições (art. 5º, § 2º), limitações (art. 8º, § 2º), delimitações (art. 11, § 2º). Também a Constituição da República Portuguesa dispõe de modo expresse sobre as restrições aos direitos, liberdades e garantias, em artigo que trata da *força jurídica* dos direitos fundamentais (art. 18).
7. ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1999, p. 59.
8. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 133.
9. Nesse aspecto, academicamente relevante a distinção feita por José Joaquim Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1270/1271), segundo a qual existe a *colisão autêntica* de direitos fundamentais “quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”. Por seu turno, ocorre a *colisão de direitos em sentido impróprio* (ou *não autêntica*) “quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos”.
10. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 275.
11. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 134.

Além do mais, não raras são as hipóteses em que os direitos fundamentais são enunciados de forma sintética e aberta, tornando-se imprescindível “a densificação de seu conteúdo e a regulação ou detalhamento das condições e formas de seu exercício”¹², o que, em muitos casos, é possibilitado expressamente pela norma constitucional, que permite ao legislador a delimitação dos direitos nela previstos.

Há, ainda, limites inerentes à própria natureza dos direitos, pois demarcam as suas fronteiras, condicionando o seu exercício; como ocorre, por exemplo, com o direito de reunião, que, de acordo com expressa previsão constitucional, deve ser exercido pacificamente e sem armas (art. 5º, XVI).

Postas estas premissas, é de se observar que três são os ângulos sob os quais os direitos fundamentais podem ser limitados: 1) quando se define o seu próprio âmbito de incidência, delimitando-se o seu objeto e conteúdo principais¹³, ou, no dizer de Canotilho, quando se configuram restrições constitucionais diretas ou imediatas, diretamente estabelecidas pelas normas constitucionais¹⁴; 2) através de leis restritivas, originárias da autorização constitucional para que o legislador defina ou moldure os contornos do direito; 3) por meio do exame do caso concreto, pelo qual o Judiciário buscará uma solução para o conflito.

12. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 134.
13. José Carlos Vieira de Andrade. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 277. Tal conceito reflete a compreensão dos limites imanescentes, que, segundo Vieira de Andrade, cuidam-se das restrições à partida do âmbito de proteção da norma que prevê o direito fundamental, “excluindo os conteúdos que possam considerar-se *de plano* constitucionalmente inadmissíveis” (p. 279). Seriam, pois, os limites intrínsecos, naturais, no sentido de que cada direito fundamental comportaria em si mesmo determinados limites. Assim, os limites imanescentes decorreriam “da própria essência dos direitos fundamentais, estando compreendidos em sua estrutura interna” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.184). No mesmo sentido, J. J. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.280), para quem o conceito de limites imanescentes relaciona-se ao de limites originários ou primitivos. Em nosso entender, a problemática dos limites imanescentes deve ser analisada com cautela. Ao contrário do que defende José Carlos Vieira de Andrade, entendemos que a adoção da teoria dos limites imanescentes como justificativa à desnecessidade de ponderação pode gerar sérios prejuízos à efetividade dos direitos fundamentais, haja vista o alto teor de subjetividade que deterá o intérprete quando da definição de tais limites, dada a dificuldade ou até mesmo impossibilidade de controle dessas definições, o que, conforme se examinará adiante, tem a ponderação como um forte instrumento.
14. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.276.

1.1. Alguns apontamentos acerca das teorias interna e externa e seus reflexos na aplicação dos direitos fundamentais

A temática da possibilidade lógica de restrições aos direitos fundamentais não se subsume a questões meramente teóricas. Trata-se de discussão com evidentes efeitos práticos na concretização desses direitos.

A compreensão do que sejam limites reflete na forma de entender e aplicar os direitos fundamentais: embora haja consenso com relação à circunstância de que tais direitos sofram inúmeras condicionantes, o acordo é rompido quando se questiona se tais condicionantes constituem a configuração do direito (teoria interna), abstratamente definidas e previsíveis, ou se são elementos exteriores (teoria externa), que somente são revelados perante situações concretas.

No plano legislativo, a teoria interna advoga que somente há restrição nos casos em que o texto constitucional autoriza a interferência do Poder Legislativo, de modo que, quando não há expressa autorização constitucional, os direitos não podem ser objeto de limitação, mas apenas de delimitações, que se cingirão a “desvelar o *conteúdo* normativo constitucionalmente previsto”¹⁵.

Assim, segundo os postulados da teoria interna, não existe a distinção entre direitos e limites, pois somente se busca o conteúdo do direito: as dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas de se o direito deve ou não ser limitado, mas de qual é o seu conteúdo¹⁶.

No âmbito judicial, a teoria interna segue o mesmo ponto de partida, segundo o qual a tarefa do intérprete deve ater-se à identificação do conteúdo do direito, o que afasta de pronto a possibilidade de conflito e, por conseguinte, de estabelecimento de restrições recíprocas a direitos supostamente antagônicos. Assim, inexistiriam colisões entre direitos a serem resolvidas através da ponderação, pois o conteúdo do direito seria decifrado *ab initio*, e a sua proteção constitucional seria absoluta¹⁷.

15. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 140.

16. Tradução livre. Texto no idioma original: *Las dudas acerca de los limites del derecho no son dudas acerca de si el derecho debe o no ser limitado sino acerca de cuál es su contenido*. ALEX, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 269.

17. Robert Alexy (*Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 303) apresenta exemplo clássico de aplicação da teoria interna, através do qual Friederich Müller, um dos principais defensores dessa teoria, objetiva demonstrar que o elemento nodal da discussão é saber se a conduta humana está ou não incluída na esfera de proteção do direito. Para tanto, examina a situação de um artista que pretende pintar no cruzamento de duas ruas muito movimentadas. À luz da teoria interna a atividade de pintar em tais circunstâncias não estaria albergada pelo direito à liberdade artística, razão pela qual uma lei que viesse a proibir tal atividade não estaria restringindo direito algum, haja vista que esta não estaria compreendida no seu âmbito normativo.

A teoria interna pretende justificar-se sob o argumento de que a definição prévia do conteúdo do direito confere maior segurança e previsibilidade à atividade hermenêutica, ao excluir do processo interpretativo o subjetivismo decorrente da técnica da ponderação.

Em sentido contrário, a teoria externa estabelece uma distinção entre a delimitação do conteúdo e a restrição ao direito fundamental, pressupondo a existência de duas categorias jurídicas: o direito em si (sem restrições), e o direito restringido, que corresponde ao que sobra depois que se procede às restrições, de modo que a relação entre direito e restrição apenas é criada através de uma necessidade externa ao direito, de compatibilizar os direitos de diferentes indivíduos, bem como os direitos individuais e coletivos¹⁸.

Embora muitas das vezes seja indistinto o resultado, caso se aplique a teoria interna ou a externa, é de se observar que o caminho hermenêutico que conduz à conclusão é diverso, e substancialmente relevante à teoria dos direitos fundamentais.

Tendo por base a concepção de que os direitos fundamentais são formulados através de princípios jurídicos, a teoria externa ampara-se na ideia de que o conflito entre esses direitos deve ser solucionado mediante a técnica da ponderação, tal qual ocorre com a colisão entre princípios, na teoria principiológica de Robert Alexy, para quem os direitos fundamentais – concebidos como princípios – são comandos *prima facie* que podem ser restringidos diante de razões opostas, que possam assumir um maior peso¹⁹.

Assim, por essa teoria, “o direito será extraído depois de empregado o raciocínio ponderativo, tendo-se em conta o imperativo de proporcionalidade”²⁰, incompatível com a noção de normas de direito fundamental que estabeleçam apenas comando definitivos (regras).

Mesmo admitindo a existência de algumas formulações conceituais com as quais discordamos²¹, deve prevalecer o entendimento de que a teoria externa

18. ALEX, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 268.

19. ALEX, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 272.

20. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 151.

21. Segundo os adeptos da teoria externa, o fundamento do uso da ponderação na solução dos conflitos decorre do caráter principiológico das normas definidoras dos direitos fundamentais. Entretanto, na esteira do que ensina Humberto Ávila (*Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São

explica com maior acuidade a questão das restrições aos direitos fundamentais, pois propõe solucioná-la através de critérios mais objetivos, controláveis e transparentes, essenciais à aplicação desses direitos.

De início, é importante observar as dificuldades em se definir abstratamente os contornos do direito através do simples recurso à subsunção, como pretendem os adeptos da teoria interna.

Não se pode olvidar que as normas constitucionais são marcadas por uma amplitude semântica, o que já se constitui em grande obstáculo à determinação apodítica do conteúdo de determinado direito fundamental. Além disso, e principalmente, a complexidade dos problemas concretos que envolvem esses direitos é enorme, de forma a exigir a inserção do instrumental ponderativo na interpretação das normas que dispõem acerca dos direitos fundamentais.

Demais disso, examinada a questão sob a perspectiva da teoria interna, revela-se um perigoso artifício em desfavor da efetividade dos direitos fundamentais: partindo da ideia de que a delimitação dos contornos do direito seria definida sem a atuação de elementos externos, através de uma operação lógica subsuntiva, essa teoria deixa sem explicação o modo pelo qual tal conteúdo é determinado (haja vista a impossibilidade empírica de defini-lo da forma preconizada pela teoria interna).

Na verdade, utilizando-se desse subterfúgio (pretensa neutralidade), a teoria interna camufla o grau de subjetivismo (arbitrariedade) que é inerente à interpretação das normas constitucionais: “o caráter aparentemente neutro e técnico da operação de delimitação do conteúdo”²² inviabiliza o controle das verdadeiras razões da decisão, principalmente diante dos denominados *casos difíceis*.

De ver-se, portanto, que os direitos fundamentais não estão tutelados através de normas com significados precisos, evidentes, não sendo possível se determinar, sempre, de forma objetiva e inequívoca, o conteúdo desses direitos.

Desta feita, admitir que os direitos fundamentais podem sofrer efetivas restrições, e que estas, por sua vez, também devem ser limitadas, é teoricamente mais coerente com a sistemática adotada pela Constituição Federal.

Paulo: Malheiros, 2004), entendemos que os direitos fundamentais podem ser enunciados tanto através de norma-regra quanto de norma-princípio, e que a técnica da ponderação não é restrita à solução das colisões entre princípios jurídicos, mas também pode ser utilizada para solucionar o conflito entre regras.

22. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 161.

Portanto, essa possibilidade de restrição não significa, consoante já restou assinalado, que o direito possa ser indefinidamente comprimido ou esvaziado. A superioridade dos direitos fundamentais impõe que estas restrições sejam limitadas, transparentes e controláveis.

II . DOS LIMITES ÀS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2. DOS REQUISITOS IMPOSTOS À ATIVIDADE LIMITADORA DOS DIREITOS

Os direitos fundamentais, estreitamente vinculados que estão à dignidade da pessoa humana, e sendo, ao mesmo tempo, condições de desenvolvimento dessa ideia de dignidade, não podem ser irrestritamente limitados.

As restrições aos direitos fundamentais também possuem requisitos balizados, sem cuja observância restará flagrantemente violada a Constituição.

Tais requisitos atuam tanto no âmbito formal, a exigir que as restrições somente poderão ser constitucionalmente adequadas se veiculadas através de lei, ou, no caso de limitação pela via hermenêutica, através do órgão judiciário competente; quanto no âmbito material, com vistas a assegurar a conformidade substancial da atividade restritiva com as normas constitucionais, observados os imperativos de proporcionalidade, salvaguarda do conteúdo essencial do direito e dignidade da pessoa humana.

Tratam-se, pois, de “operações metódicas necessárias para se evitar a aniquilação dos direitos, liberdades e garantias”²³, bem como para impedir que sejam arbitrariamente limitados.

Concebidos inicialmente como mecanismos de contenção do poder estatal, a ideia de limitação dos direitos fundamentais pelo Estado pode parecer contraditória, diante do caráter de supremacia e fundamentalidade das normas que os instituem. Além disso, também se pode cogitar de um paradoxo se a questão é examinada no contexto de uma sociedade na qual é elevada a discussão acerca da efetividade desses direitos, tal qual ocorre no Brasil.

Essa aparente incoerência, contudo, é plenamente justificada, e pode ser resolvida recorrendo-se à noção de que a atividade limitadora do Estado não está isenta de limites.

23. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 452.

O próprio sistema jurídico constitucional impõe limites a essa atividade estatal, que somente será legítima se atender a um conjunto de condições formais e materiais estabelecidos pela Constituição.

Ao contrário do que ocorre em países como Alemanha, Portugal e Espanha, por exemplo²⁴, a ordem constitucional brasileira não dispõe expressamente acerca de quais seriam os limites às restrições aos direitos fundamentais, o que não impede que esses limites sejam entendidos como “imanescentes ao próprio imperativo de proteção jurídico-constitucional dos direitos”²⁵, defluindo do caráter supremo e vinculante das suas disposições e do princípio do Estado Democrático de Direito, que exige a proteção dos direitos e liberdades constitucionais.

2.1. O requisito da reserva da lei

Os direitos fundamentais somente podem ser restringidos em caráter geral e através de lei proveniente dos órgãos dotados, pelo Constituinte, de atribuição legiferante, seja a restrição expressa ou implicitamente autorizada pela Constituição.

Essa autorização constitucional, além de decorrer dos princípios da legalidade e da supremacia da Constituição, é exigência do princípio da segurança jurídica, que assegura aos cidadãos a garantia da inexistência de medidas restritivas fora dos casos considerados pela norma constitucional como sujeitos à reserva de lei limitadora²⁶.

24. A Constituição Portuguesa (art. 18) determina que a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na norma constitucional, “devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Além disso, prevê que “as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir caráter geral e abstrato e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”. No mesmo sentido dispõe a Constituição Espanhola: (art. 53. 1) “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”.

25. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 301.

26. Segundo Canotilho (*Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 452), a Constituição portuguesa (art. 18.º/2) exige que a restrição seja expressamente autorizada pela norma constitucional, o que objetiva exercer uma *função de advertência* relativamente ao legislador, “tornando-o consciente do significado e alcance da limitação de direitos, liberdades e garantias”, como também constitui-se em uma *norma de proibição*, “pois sob reserva de lei restritiva não se poderão englobar outros direitos salvo os autorizados pela Constituição”. Também a Constituição Espanhola de 1978 consagra expressamente o postulado da reserva legal, no seu art. 53.1.

O requisito da reserva legal também exige o que J. J. Gomes Canotilho denomina de “cadeia ininterrupta de legitimidade legal”²⁷, que exclui a possibilidade de limitações que não tenham fundamento na Constituição.

Bem assim entende Antonio Enrique Perez Luño²⁸, para quem a lei, por ser emanção da vontade geral, é o instrumento mais adequado para determinar o conteúdo e os limites dos direitos fundamentais.

O princípio da legalidade – tanto em sua dimensão de supremacia da lei quanto de reserva legal – figura, portanto, como limite às restrições aos direitos fundamentais, na medida em que determina que as restrições somente se procedam mediante os contornos da lei, harmonizando-se, pois, com os ditames do Estado Democrático de Direito.

2.2. A ponderação de interesses como instrumento para a transparência e controle das restrições aos direitos fundamentais

2.2.1. Bases teóricas: a insuficiência do método subsuntivo (lógico-formal) e a necessidade de utilização da técnica da ponderação.

Ultrapassando a concepção legalista de ordenamento jurídico como sistema estático, “em que a lei, expressão máxima do Direito e da Justiça, era tida como uma verdade preexistente a ser desvelada pelo juiz”²⁹ – modelo pelo qual não se cogitava da possibilidade de sopesamento das razões ou bens jurídicos protegidos, haja vista que a identificação da norma jurídica aplicável decorria de uma mera operação lógico-formal através da qual se examinava a correspondência entre “a descrição abstrata contida no texto da lei e as situações particulares”³⁰ –, a interpretação e a aplicação do Direito ganham novos contornos, opondo-se à estrita observância do modelo lógico-dedutivo, e incorporando as teorias anti-formalistas, que ascenderam a partir do século XIX, fazendo com que esses dois momentos do fenômeno jurídico passassem a ter uma maior correspondência com a realidade:

27. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 453.

28. LUÑO, Antonio E. Perez. *Los Derechos Fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 70.

29. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 254-255.

30. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 255.

abstração e formalismo dão lugar à concretude, ao exame das situações jurídicas além da simples subsunção lógica.

Esse desapego à compreensão meramente formal do fenômeno jurídico deveu-se, sobretudo, ao desenvolvimento da jurisprudência dos interesses, que, mais tarde, deu origem à jurisprudência dos valores³¹. Tais proposições são formuladas no sentido de que os conflitos de interesses devem ser analisados à luz dos critérios axiológicos extraídos do sistema jurídico, de modo que o juiz deve aplicar os juízos de valor contidos na lei com vistas ao caso julgando, sendo-lhe aberta a possibilidade de desenvolver o Direito não apenas na fidelidade à lei, mas em harmonia com as exigências da vida³², sem olvidar de que esse afastamento da dedução lógico-formal não significa a inclinação à vontade ou ao sentimento, mas à investigação dos interesses em conflito e à apreciação “desses interesses à luz dos critérios de valor subjacentes à lei”³³.

Nessa perspectiva, de recusa à noção de neutralidade axiológica do ordenamento, a corte constitucional alemã passou a adotar o método da ponderação de interesses, que teve na sentença Lüth³⁴, de 1958, o seu marco inicial.

31. A doutrina da jurisprudência dos interesses foi fundada por Philipp Heck (1912), e opõe-se à *jurisprudência dos conceitos*, pela qual o juiz deve limitar-se “à subsunção lógica da matéria de fato nos conceitos jurídicos” (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 64), e, nessa perspectiva, conceber o ordenamento como um sistema fechado de conceitos jurídicos, que requer o primado da lógica. A jurisprudência dos interesses desenvolveu-se por um viés oposto, preconizando o “primado da indagação da vida e da valorização da vida” (LARENZ, 2005, p. 64), que são designados por Heck, como *interesses* que devem ser tutelados pelo Direito. Segundo a doutrina, em vez de uma derivação lógico-formal a partir de um conceito superior, exige-se que se proceda a uma formação valorativa do preceito: “o que importa é que o juiz não tem só de «subsumir logicamente as situações de facto em representações existentes do preceito», mas, sempre que este caminho não leve, por si só, ao fim em vista, tem de «ampliar» as disposições da lei «de harmonia com juízos de valor»” (LARENZ, 2005, p. 71). A jurisprudência dos valores também se desenvolveu sob essa perspectiva, sublinhando, contudo, que seria necessário que o conceito de interesse fosse limitado às representações das pretensões das partes em um litígio, quando se empenham na obtenção de efeitos jurídicos favoráveis; devendo-se, pois, distinguir o conceito de interesses do conceito de valorização, este como corolário da ideia de justiça.
32. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 68-69.
33. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 82.
34. O caso Lüth reuniu três ideias que passaram a informar fundamentalmente o Direito Constitucional Alemão: a) a garantia jurídico-constitucional de direitos fundamentais não se esgota em uma garantia de direitos de defesa do cidadão contra o Estado; b) os direitos fundamentais personificam um ordenamento de valores que se irradiam sobre o sistema jurídico como um todo, tornando-se ubiqüitários; c) é necessária a ponderação de bens. ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. *Revista de Direito Privado*, n. 24, São Paulo: RT, out./dez. 2005, p. 336-337.

Percebeu-se, então, que as novas demandas sociais, extremamente complexas e empiricamente insolúveis através do simples recurso à subsunção, “impunham uma concepção substantiva de justiça”³⁵, inatingível através da compreensão formalista do fenômeno jurídico.

A ponderação surge, assim, como instrumento de solução dos conflitos que eclodem entre as normas de direitos fundamentais, a fim de que não reste violado o princípio da unidade da Constituição, a exigir que as normas constitucionais sejam interpretadas e aplicadas como um todo harmônico, o que, por sua vez, não é possível de se alcançar através dos métodos tradicionais de interpretação.

Em sede de restrição aos direitos fundamentais, a ponderação ganha relevo por se revelar como um meio transparente de identificação dos limites, pois, ao tempo em que se mostra como uma técnica mais maleável de solução dos conflitos, não escoa para o puro subjetivismo, uma vez que se apresenta plenamente controlável: alia segurança e previsibilidade metodológicas “com a fluidez e plasticidade que devem necessariamente revestir a técnica de composição dos conflitos entre interesses constitucionais antagônicos”³⁶.

A ponderação caracteriza-se pela sua maior proximidade com as situações concretas, tomando o caso concreto como determinante para a atribuição dos pesos específicos a cada direito em confronto³⁷, sem, contudo, se apartar do dado normativo, essencial à segurança jurídica e controle dos resultados.

O método em estudo também se orienta através da dimensão dos valores que norteiam a ordem constitucional, pois os direitos fundamentais devem ser concebidos como normas objetivas que expressam um conteúdo axiológico de validade universal e que, tomadas em conjunto, dão origem a um sistema de

35. SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 20.

36. SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 23.

37. Embora a técnica da ponderação seja essencialmente caracterizada pela solução de casos concretos, Ana Paula de Barcellos (*Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*. In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Org. Luís Roberto Barroso. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006, p. 58-66) adverte acerca da possibilidade de sua utilização também *in abstracto*. Segundo Barcellos, é possível aplicar a técnica “a partir da consideração de casos hipotéticos ou situações ocorridas no passado e por meio da qual a doutrina pode sugerir parâmetros racionais para a ponderação” (p. 58), sem olvidar, contudo, que mesmo a ponderação em abstrato é construída com base em fatos. Em sentido diverso, Daniel Sarmento (*A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 110), para quem a ponderação abstrata, apesar do nome que lhe vem sendo atribuído pela doutrina, não representa propriamente uma ponderação de interesses, “pois guarda as características essenciais da interpretação jurídica tradicional, já que, através dela, o que se objetiva é definir o papel e os limites dos princípios constitucionais, com base na interpretação sistemática da Lei Maior”.

valores³⁸, impondo que as limitações aos direitos fundamentais tenham em conta o seu especial conteúdo axiológico.

Nesse contexto, é de se notar que a ponderação comporta as três dimensões do fenômeno jurídico, identificando os seus componentes nos planos dogmático, axiológico e sociológico: norma jurídica, fato jurídico, valores constitucionais e efetividade das normas de direito fundamental.

Essa estrutura ostentada pela ponderação serve como fundamento de legitimidade na utilização da técnica como limite às restrições aos direitos fundamentais nos quadrantes de um Estado Democrático de Direito, onde devem imperar segurança jurídica, transparência, controle dos atos estatais, e dignidade da pessoa humana.

2.2.2. A legitimidade do uso da ponderação como limite às restrições aos direitos fundamentais

Diante da maior abertura interpretativa que a técnica da ponderação oferece ao intérprete, vem sendo questionada a legitimidade da utilização deste método como forma de limitação às restrições aos direitos fundamentais, através da solução dos conflitos normativos que surgem entre as normas que estatuem tais direitos.

Com efeito, a superioridade e a essencialidade dos direitos fundamentais exigem que as suas limitações sejam procedidas da forma mais racional e objetiva possível, sob pena de esvaziamento do seu conteúdo, haja vista que o método ponderativo pode assumir contornos subjetivos, fazendo com que a restrição a determinado direito resulte de mero decisionismo, na hipótese de não serem estabelecidas pautas materiais para a solução dos casos concretos.

De fato, não se pode esquecer que o juízo de ponderação está estreitamente conectado ao juízo de valor, ofertando uma margem de discricionariedade ao intérprete, o que não permite concluir que esta seja destituída de parâmetros objetivos e racionais, aptos a controlar a pertinência do exame valorativo aos ditames do sistema jurídico constitucional.

E tal ocorre porque, consoante já assinalado, a técnica da ponderação conjuga as três dimensões do fenômeno jurídico: é uma operação que está adstrita ao

38. CRUZ, Luis M. *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos e políticos. Um estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*. Granada: Comares, 2005, p. 16. Tradução livre. Texto no idioma original: [...] *aparecen como normas objetivas que expresan un contenido axiológico de validez universal y que, tomadas en conjunto, dan origen a un sistema de valores.*

conteúdo normativo, às situações de fato que se põem sob exame, e aos valores consagrados na ordem jurídica.

Tratando-se de restrições aos direitos fundamentais, os juízos de valor são inevitáveis, contudo, a técnica da ponderação tem a vantagem de, a partir do reconhecimento dessa circunstância, demonstrar como esses juízos são formulados; ao contrário do que pode acontecer quando se recorre à subsunção, onde muitas vezes os aspectos valorativos são camuflados pela falsa aparência de uma operação estritamente lógico-dedutiva.

Verificado que o caso concreto está compreendido no âmbito de tutela de mais de um direito fundamental, o intérprete examinará, de início, o peso geral e abstrato que a ordem constitucional confere, em tese, a cada direito envolvido (exame do conteúdo normativo e axiológico). Num segundo passo, aferirá o peso específico e concreto que os direitos assumirão diante do episódio determinado (exame dos fatos).

Além disso, o juízo de ponderação deve ser implementado de acordo com os postulados do princípio da proporcionalidade, cujos mandamentos – adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu* – vêm se consagrando como uma grande saída para a redução do grau de subjetivismo que pode se manifestar na utilização da técnica, haja vista servirem como pautas de análise da forma, intensidade, e aptidão da medida restritiva à efetividade dos direitos fundamentais.

Esses requisitos devem ser exaustivamente examinados pelo intérprete, pois se constituem em mais um elemento para que possa aferir a legitimidade da restrição.

Desta feita, não convém afirmar que a técnica da ponderação é desprovida de critérios materiais que satisfaçam às exigências de clareza das normas, de segurança jurídica e de estabilidade de métodos impostos pelo Estado de Direito.

Igualmente deve ser afastado o argumento de que a técnica da ponderação incorre em violação ao princípio da separação dos poderes, por atribuir ao Judiciário um papel que seria do Legislativo.

Primeiro, porque a ponderação não é uma técnica cuja utilização é adstrita ao Judiciário. Em se tratando de restrições aos direitos fundamentais, estas também podem ser manejadas através de leis restritivas, decorrentes de autorização constitucional, a fim de que sejam definidos os contornos do direito. Nesta tarefa, o legislador não pode prescindir do juízo ponderativo e do consequente exame de proporcionalidade.

Segundo, porque na ambiência do Estado Social a separação dos poderes não pode mais ser compreendida com um teor absoluto, como ocorria no contexto

histórico do Estado Liberal, cujo ideário era marcado pela resistência ao absolutismo, e a divisão dos poderes era a “técnica fundamental de proteção dos direitos da liberdade”³⁹, pois decompunha a soberania na pluralidade dos poderes.

O ingresso da organização social e econômica no texto constitucional impõe tarefas mais complexas e extensas à administração e ao legislador, demandando o “redimensionamento também da função jurisdicional, para que esta tenha como proteger o cidadão diante dos atos dos outros dois poderes”⁴⁰.

Como visto, a ponderação não atribui ao intérprete o papel irrestrito de limitação dos direitos fundamentais. Ao revés, impõe que as restrições a esses direitos somente sejam procedidas com observância aos preceitos normativos e axiológicos que compõem o sistema jurídico, bem como sejam moduladas pelo exame do caso concreto, sem se olvidar da necessidade de garantia de efetividade de tais direitos.

2.2.3. Princípio da proporcionalidade como parâmetro de aferição da conformidade das restrições aos ditames constitucionais: pauta procedimental da ponderação⁴¹

O imperativo de proporcionalidade, como limite e forma de controle das restrições aos direitos fundamentais, traduz-se em uma pauta de análise da correlação entre os fins visados e os meios empregados para atingi-lo, “confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso”⁴².

39. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 44. Com efeito, “a teoria da divisão dos poderes foi, em outros tempos, arma necessária da liberdade e afirmação da personalidade humana (séculos XVIII e XIX)” (p. 86). Atualmente, conforme adverte Bonavides, a tendência é o estreitamento, a colaboração e a vinculação dos poderes.

40. SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 149.

41. No presente estudo, a proporcionalidade é tida como pauta procedimental para a atividade ponderativa, que tanto pode ser utilizada na colisão entre regras quanto na colisão entre princípios. Entretanto, é relevante apresentar a posição de Robert Alexy, ao advertir que, no direito constitucional alemão “a ponderação é uma parte daquilo que é exigido por um princípio mais amplo. Esse princípio mais amplo é o princípio da proporcionalidade” (Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. *Revista de Direito Privado*, n. 24, São Paulo: RT, out./dez. 2005, p. 338). Segundo Alexy, a ponderação é objeto do terceiro princípio parcial da proporcionalidade, que consiste na proporcionalidade *stricto sensu*, onde se “diz o que significa a otimização relativamente às possibilidades jurídicas”, podendo denominar-se “lei da ponderação” (p. 339). Assim, destaca Alexy que se uma norma de direito fundamental com caráter de princípio entra em colisão com um princípio oposto, então a possibilidade jurídica da realização da norma de direito fundamental depende do princípio oposto: *para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión (Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 112). Ainda segundo Alexy, a máxima de proporcionalidade é deduzida do caráter de princípio das normas de direito fundamental.

42. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 393.

Constitui-se, no dizer de J. J. Gomes Canotilho, em um densificador do Estado Democrático de Direito, significando, no âmbito específico das medidas restritivas de direitos, que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida)⁴³.

O princípio da proporcionalidade serve, assim, como ferramenta para a análise dos direitos que estejam em confronto e das situações de fato a eles relacionadas.

Essa análise é procedida mediante três etapas, que costumam denominar a doutrina, nas três dimensões do princípio da proporcionalidade: a) idoneidade ou adequação; b) necessidade; e c) proporcionalidade em sentido estrito.

A exigência de adequação impõe que toda a restrição a direito fundamental consubstancie um meio instrumentalmente adequado à obtenção de um fim constitucionalmente legítimo⁴⁴.

Além de decorrência lógica do princípio da supremacia da Constituição, a persecução do fim constitucionalmente legítimo, ao impor que o intérprete esteja vinculado à ordem jurídica constitucional, afasta a ideia de arbitrariedade e de violação ao princípio da separação dos poderes, pois a restrição somente será proporcional e, por conseguinte, legítima, se adequada ou idônea à consecução dos fins perseguidos pela Constituição.

Assim, para que se obedeça ao requisito de adequação, deve o intérprete identificar qual é o fim buscado pela medida restritiva, e aferir se este fim é apropriado ao sistema constitucional.

Ademais, como bem adverte Jane Reis Gonçalves Pereira⁴⁵, a idoneidade da medida diz respeito à sua capacidade empírica de contribuir para a realização do fim, podendo, contudo, manifestar-se em escalas diferentes. A medida é qualitativamente idônea quando, por sua própria natureza, revela-se apta para facilitar o

43. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 457. A Constituição portuguesa consagra o princípio da proporcionalidade no art. 18.º/2 (*a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*), impondo que a medida restritiva observe a defesa de outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos.

44. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 324-325.

45. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 327-328.

atendimento do fim perseguido. É quantitativamente idônea conforme contribua mais ou menos para a obtenção do fim.

Existem, ainda, outros critérios que visam a imprimir uma maior objetividade ao exame de proporcionalidade, que também deve avaliar os aspectos temporais, verificando a possibilidade de determinado meio contribuir com maior ou menor rapidez para atingir o fim, e o critério de probabilidade, que se traduz na maior ou menor certeza quanto à aptidão do meio para facilitar a realização do fim.

Além de adequada, a medida restritiva deve ser necessária e menos gravosa possível para atingir o fim almejado. Deve-se, pois, proceder a uma análise comparativa entre os diversos meios que podem auxiliar no atendimento à finalidade, perseguindo, sempre, o meio que possibilite a menor intervenção no direito fundamental.

A avaliação da necessidade é esquematicamente demonstrada por Robert Alexy⁴⁶ da seguinte forma: existindo pelo menos dois meios, M_1 e M_2 , que são igualmente adequados à promoção do fim F , deve-se eleger o meio que afete menos intensamente, ou não afete em absoluto, a realização daquilo que exige uma norma de direito fundamental.

Segundo Canotilho⁴⁷, além da dimensão da repercussão negativa gerada no direito fundamental (critério material), a aferição da necessidade deve levar em conta ainda a incidência do gravame no tempo e no espaço, de modo que a restrição opere-se pelo menor prazo e no âmbito mais restrito possível. Além disso, deve afetar apenas as pessoas cujos interesses devem ser sacrificados (critério pessoal).

A parte final do exame de proporcionalidade é comandada pela análise da proporcionalidade *stricto sensu*, através da qual é efetuada uma comparação entre o grau de restrição do direito fundamental e a importância da realização do direito que a ele se antagôniza, e que serve de fundamento para a restrição.

Estabelece-se, pois, uma “relação de precedência”⁴⁸ entre os direitos em jogo, a fim de determinar qual deles será aplicado no caso concreto: de um lado, figura o direito fundamental a ser restringido, do outro, o direito cuja realização é buscada através da medida restritiva.

46. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 113-114.

47. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 262.

48. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 346.

Embora possa parecer uma tarefa simples, a determinação dessa relação de precedência envolve um complexo processo de atribuição de pesos. Depois de identificar a intensidade da restrição ao direito fundamental, o intérprete aferirá a importância da realização do direito antagônico, e verificará se a relevância da realização do fim perseguido é apta a justificar a intervenção no direito, mediante uma comparação entre os efeitos positivos e negativos oriundos da medida restritiva.

Jane Reis Gonçalves Pereira⁴⁹ aponta para a consideração de dois pesos. O peso concreto diz respeito à intensidade da restrição ao direito fundamental e ao grau de promoção do direito que se justifica, sendo apurado através de uma análise baseada em elementos predominantemente quantitativos: quanto mais severa for a restrição a um direito fundamental, maior será seu peso concreto e, quanto maior for o grau de satisfação do direito antagônico, maior será o peso concreto deste. Já o peso abstrato é identificado a partir da relevância axiológica que o direito assume no sistema constitucional: valora-se a sua importância material no âmbito do ordenamento, considerando o grau de fundamentalidade do direito, “a sua capacidade de contribuir para a realização dos valores basilares do constitucionalismo”⁵⁰, sobretudo da dignidade da pessoa humana.

Esse panorama de aplicação do princípio da proporcionalidade como pauta de direção para o juízo ponderativo serve para demonstrar que, embora seja logicamente impossível o emprego de parâmetros matemáticos e estáticos para a solução de casos que envolvam a restrição a direitos fundamentais (bem como de qualquer problema jurídico), é possível o estabelecimento de elementos objetivos, que visam a orientar o trabalho do intérprete, minorando o grau de subjetivismo e ampliando o grau de segurança jurídica, refletido na maior previsibilidade dos resultados.

2.3. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais

Questão que suscita maiores controvérsias no que diz aos limites às restrições aos direitos fundamentais é a que se coloca acerca da garantia do conteúdo essencial desses direitos.

Revela-se na preocupação em se estabelecer restrições que não tornem possível o esvaziamento normativo material do direito, garantindo-se a força vinculante da ordem constitucional.

49. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 347-348.

50. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 348.

O conceito foi inicialmente introduzido pela Lei Fundamental de Bonn (art. 19º/2)⁵¹, e constitui-se, genericamente, no âmbito de proteção do direito que é inviolável à ação restritiva.

Embora a garantia esteja sendo recepcionada pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras⁵², ainda não ganhou densidade de sentido, diante da dificuldade em se estabelecer em que consiste esse núcleo de proteção, e qual o seu valor, se absoluto ou relativo.

Quanto ao objeto de proteção, discute-se se o núcleo protegido é a garantia geral e abstrata prevista na norma (teoria objetiva) ou a posição jurídica concreta do sujeito de direito (teoria subjetiva).

Segundo a teoria objetiva, o que se tutela é o significado geral que o direito representa no ordenamento jurídico. Protege-se o texto constitucional, e não os direitos que dele derivam. A garantia diz respeito, portanto, aos direitos como instituição jurídica (direito objetivo), e não aos direitos subjetivos individuais que decorrem da norma de direito fundamental.

José Carlos Vieira de Andrade posiciona-se nesse sentido, ao lecionar que a proteção do art. 18, da Constituição Portuguesa, não pode significar “que é ilegítima toda a restrição que possa atingir o conteúdo essencial de cada um dos direitos subjetivos individuais”⁵³.

Entretanto, é de se observar que a teoria objetiva retira da questão às restrições aos direitos fundamentais toda a sua necessária vinculação à efetividade desses direitos, o que não pode ser admitido.

51. A garantia também está presente na Constituição Portuguesa de 1976 (Art. 18º/3 – *As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir caráter geral e abstracto e não podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais*), e na Constituição Espanhola, de 1978 (Art. 53.1. [...] *só por meio de lei, que em todo caso deverá respeitar seu conteúdo essencial, poderá regular-se o exercício de tais direitos e liberdades* [...]).

52. Assim já decidiu, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal em ADI-MC (Medida Cautelar em Ação Direita de Inconstitucionalidade – Proc. N.º 3540/DF, DJ 03.02.2006, Relator: Celso de Mello), na qual estavam em jogo a questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II), e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225). O STF pautou-se no princípio do desenvolvimento sustentável “como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia”, invocando-o como condição inafastável para a solução de conflito entre valores constitucionais relevantes, de modo a não comprometer nem esvaziar “o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações”.

53. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 297.

A teoria subjetiva, diversamente, defende que a proteção ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais refere-se à dimensão subjetiva destes, proibindo que a vigência de uma disposição jusfundamental seja reduzida de forma tal que perca toda a importância para os indivíduos⁵⁴.

A análise das duas teorias revela que não é apropriado se filiar a qualquer delas radicalmente. Muito embora nem a teoria objetiva nem a subjetiva respondam em que, de fato, consiste o conteúdo essencial de um direito, ou seja, a esfera de proteção a que se denomina núcleo intangível, elas servem para destacar a dupla dimensão dos direitos fundamentais, que devem ser institucionalmente (perspectiva objetiva) e subjetivamente/individualmente protegidos.

No que pertine ao alcance do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, igualmente confrontam-se duas orientações.

Para a teoria absoluta, o núcleo essencial se constituiria em um conteúdo irrestringível, abstratamente fixado, e independente de ponderação. “Referir-se-ia a um espaço de maior intensidade valorativa (o «coração do direito») que não poderia ser afectado sob pena de o direito deixar realmente de existir”⁵⁵. Assim, o direito se constituiria de duas partes, uma essencial e inviolável, e uma não essencial e, portanto, passível de restrição.

A teoria relativa, por sua vez, vê no núcleo essencial o resultado de um processo de ponderação, que não poderia ser delimitado abstrata e aprioristicamente. Segundo Robert Alexy, o conteúdo essencial seria, assim, aquilo que resta depois de uma ponderação⁵⁶.

Todavia, na perspectiva da teoria relativa, a ponderação pode resultar no total esvaziamento de um direito por outro que assuma maior peso no conflito.

Questão que não pode ser esquecida, contudo, é que o conteúdo normativo de um direito fundamental não pode ser completamente esvaziado. Em uma disputa entre o direito à liberdade de expressão e os direitos à intimidade, à honra e à imagem, por exemplo, não se pode conceber que diante da prevalência de um, os demais resem completamente sacrificados.

54. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 287.

55. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 294.

56. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 288.

De ver-se que aqui também reside a dificuldade em se delimitar estática e especificamente o que seria o núcleo essencial de determinado direito.

A teoria absoluta, por seu turno, igualmente não deixa clara a forma pela qual serão delineados os contornos do núcleo essencial, afirmando, ainda, que este é único e será sempre o mesmo, o que é impossível de se conceber, diante das características dos direitos fundamentais já assinaladas no presente estudo.

Entendemos, então, que a garantia do núcleo essencial cuida-se de uma exigência de esforço por parte do intérprete, para que este, na sua árdua tarefa de solucionar um conflito entre direitos fundamentais, não perca de vista a força normativa, vinculante e axiológica dos direitos em jogo, a fim de não permitir que qualquer deles seja inteiramente despojado.

CONCLUSÕES

A par das inúmeras discussões acerca da efetividade dos direitos fundamentais, a definição de limites às restrições de tais direitos figura como das mais importantes.

Tais restrições emergem como elemento necessário da interpretação e aplicação desses direitos, que somente podem ser efetivamente aplicados através de restrições recíprocas, haja vista a complexidade e pluralidade do contexto normativo em que estão inseridos, e a forma mesma em que são dispostos, pois materialmente abertos, raramente densificados, e dirigidos a todas as pessoas.

Entretanto, mesmo diante da inafastabilidade da atividade restritiva do Estado, seja pela via legislativa, administrativa ou judicial, não se pode concebê-la como isenta de limites, que, por sua vez, encontram-se inseridos na própria essência dos direitos fundamentais, que além de exigir determinadas prestações do Estado, também servem de controle ao poder estatal.

Nessa perspectiva, o presente estudo buscou extrair da ordem constitucional, e mais especificamente da teoria dos direitos fundamentais, quais os limites a essa atividade restritiva do Estado, demonstrando a necessidade e a possibilidade de definição de pautas formais e materiais que garantam a legitimidade das restrições.

Para além disso, propôs-se a demonstrar que através de tais pautas é possível imprimir uma maior transparência e controle às restrições, diminuindo o grau de subjetividade da decisão, e aumentando a previsibilidade dos seus resultados.

Assim, um estudo acerca dos limites às restrições aos direitos fundamentais permite concluir que:

- a) a ponderação de interesses revela-se como um método transparente de solução dos conflitos de direitos fundamentais, pois permite uma maior proximidade com as situações concretas, tornando-as determinantes para a atribuição de pesos específicos aos direitos em confronto;
- b) o método ponderativo possibilita um maior controle à atividade restritiva, pois se firma às três dimensões do fenômeno jurídico – normativa, axiológica e sociológica: devem ser observados o conteúdo normativo, os valores que lhe são sobrejacentes, o caso concreto, e a efetividade dos direitos fundamentais;
- c) a técnica da ponderação ganha contornos mais claros e objetivos quando pautada pelo princípio da proporcionalidade, que apresenta diretrizes para a análise da correlação entre os fins visados e os meios empregados para atingi-los;
- d) o princípio da proporcionalidade serve como ferramenta para a análise dos direitos que estejam em confronto e das situações de fato a eles relacionadas;
- e) o imperativo de proporcionalidade exige que as restrições somente sejam empreendidas após o exame de adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*;
- f) toda a restrição a direito fundamental deve se consubstanciar em meio adequado à realização de um fim constitucionalmente legítimo;
- g) para atingir o fim almejado, a medida restritiva deve ser necessária e menos gravosa possível: deve-se, sempre, perseguir o meio que possibilite a menor intervenção no direito fundamental;
- h) o exame da proporcionalidade em sentido estrito determina que seja efetuada uma comparação entre o grau de restrição do direito fundamental e a importância da realização do direito que a ele se antagoniza, e que, por sua vez, serve de fundamento para a restrição;
- i) através do uso da proporcionalidade como pauta procedimental para a ponderação, é possível o estabelecimento de elementos que visam a orientar o trabalho do intérprete, diminuindo o grau de subjetivismo e ampliando o grau de segurança jurídica, refletido na maior previsibilidade dos resultados;

- j) a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais revela-se na exigência de que o conteúdo desses direitos não seja completamente esvaziado quando da tarefa restritiva.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, Rio de Janeiro: Renovar, jul./set.1999.
- _____. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. *Revista de Direito Privado*, n. 24, São Paulo: RT, out./dez. 2005.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*. In: A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Org. Luís Roberto Barroso. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 93250/MS. Pacientes: Haroldo José Guimarães Dias e Ari Augusto de Freitas Dias. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Ellen Gracie, **Diário de Justiça**, 27.06.2008, p. 644.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CRUZ, Luis M. *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos e políticos. Um estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*. Granada: Comares, 2005.
- FERNÁNDEZ, Eusébio. El problema del fundamento de los derechos humanos. *Anuário de Derechos Humanos*. n. 01. Madrid: Instituto de Derechos Humanos – Universidade Complutense, 1982.

HART, H. L. A. Utilitarismo y Derechos Naturales. *Anuário de Derechos Humanos*. n. 01. Madrid: Instituto de Derechos Humanos – Universidade Complutense, 1982.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LUÑO, Antonio E. Perez. *Los Derechos Fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

IV

À CULPABILIDADE COMPARTILHADA COMO PRINCÍPIO MITIGADOR DA AUSÊNCIA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Cláudio Alberto Gabriel Guimarães

Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Coordenador Estadual da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais – ABPCP. Sócio Fundador do Instituto Panamericano de Política Criminal. Especialista em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Docência Superior pelo Centro Universitário do Maranhão - UNICEUMA. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, com área de concentração em Direito Penal. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, com área de concentração em Criminologia. Pesquisador do CNPq. Professor Adjunto da Universidade Federal do Maranhão. calguimaraes@yahoo.com.br

RESUMO: O texto que se segue objetiva demonstrar que o Estado Democrático de Direito não pode se consubstanciar quando as leis são aplicadas de forma intermitente e, conseqüentemente, devem ser criados e aplicados mecanismos que possam mitigar essa grave falha que permeia o campo jurídico-político no âmbito do direito punitivo, dando-se ênfase, neste mister, ao desenvolvimento teórico do princípio da culpabilidade compartilhada.

PALAVRAS-CHAVE: *Jus Puniendi*; Princípio da Culpabilidade Compartilhada; Direitos Humanos fundamentais

ABSTRACT: The following article claims to show that the Democratic State cannot be substantiated or sustained when law is applied not diligently. This serious flaw permeates the political-juridical field of Punitive Law. As a result, mechanisms must be established which give emphasis to the development of the theory of Shared Culpability Principals.

KEYWORDS: Jus Puniendi; Shared Culpability Principals. Basic Human Rights

Delinear o horrível quadro dos crimes, triste tarefa para minha pluma. À vista de tantas baixezas, covardias, maldades, traições, barbáries e atrocidades de que são capazes os homens, que alma honrada não se enche de indignação! Que alma sensível não se estremece de espanto! Entretanto, é mais horrendo o quadro de iniquidades cometidas ao amparo do sagrado nome das leis! Não falemos aqui da câmara ardente, da câmara estrelada,

do conselho terrível (vingativo) e de tantos outros tribunais de sangue que fizeram em outras ocasiões estremecer a natureza¹.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Da legitimação do *jus puniendi* estatal – 3. O Direito Penal apesar do Direito Penal – 4. Os fundamentos filosóficos e dogmáticos da culpabilidade compartilhada – 5. Da mitigação do poder de punir estatal – 6. Considerações finais – 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Zaffaroni (2000, 2003) atribui a Jean Paul Marat, médico e jornalista nascido na Suíça, mais precisamente em Boudry no principado de Neuchâtel, em 24 de Maio de 1743² e que foi um dos grandes artífices da Revolução Francesa, a gênese das idéias sobre a co-culpabilidade, aqui denominada de culpabilidade compartilhada³.

Passados mais de dois séculos as idéias de Marat ganharam adesão e paulatinamente estão a se transformar em princípio informador da aplicação da dosimetria penal, assim como, ainda timidamente, em causa impeditiva da punibilidade.

Já é bastante considerável a moderna doutrina que está a aprofundar os estudos e discussões acerca do tema, tendo o presente texto a preocupação, mais que exaurir o assunto, de indicar ao leitor a farta bibliografia disponível sobre o mesmo.

Ademais, atentos a tais inovações, e objetivando uma expansão da aplicação do princípio, temos que o caminho para o alcance de tal objetivo passe pela investigação dos limites da lei no âmbito de sua efetividade, melhor explicando, necessário que se confronte o alcance das normas que deliberam sobre direitos e garantias fundamentais e o alcance das normas punitivas.

É fato inconteste que a lei não pode ser cumprida de maneira intermitente⁴, ao sabor de conveniências, sejam estas de qualquer natureza, vez que a legalidade –

1. Marat (2000, p. 61)

2. Sobre a vida de Marat, cfr. Coquard (1996)

3. Segundo Rivacoba y Rivacoba (2000, p. 21), Marat, em suas obras, sempre tentou demonstrar a contradição existente nas idéias defendidas pelo despotismo ilustrado, vez que pretendiam estas a obtenção do progresso social sem, entretanto, enfrentarem o grave problema das estruturas sociais fundadas na exploração de um campesinato miserável.

4. Importante transcrever a ementa do acórdão n. 70029175668, do TJRS: Roubo majorado. Condenação: mantida ante a solidez probatória. Atenuante: pode deixar a pena aquém do mínimo (o artigo 65, Código Penal, fala em sempre, e sempre é sempre, pena de sempre não o ser). Majorante do uso de arma: excluída por inexistência de prova da potencialidade ofensiva do aparato. Recolhimento prisional: o condenado *somente* será recolhido a estabelecimento prisional que atenda rigorosamente aos requisitos impostos pela legalidade – Lei de Execução Penal. Legalidade: não se admite, no Estado Democrático de Direito, o cumprimento da lei apenas no momento em que prejudique o cidadão, sonegando-a quando lhe beneficie.

para que se concretize o Estado de Direito – deve ser total, não se podendo admitir que apenas parte do ordenamento seja cumprido.

Na esfera do Direito Penal as intermitências acima referidas causam danos irreparáveis à configuração do Estado Democrático de Direito, devendo, tanto quanto possível, de imediato, serem reparadas, haja vista não ser razoável que o primeiro contato do cidadão com o Estado se dê na seara do Direito Penal e não no amplo campo do Direito Constitucional, com a efetivação de seus direitos fundamentais, ali elencados e, portanto, reconhecidos.

É, pois, no amplo campo principiológico que a discussão trazida a lume deve ser travada.

Feitas tais considerações, é fácil perceber que se busca atrelar a culpabilidade compartilhada à ineficiência estatal em prover os cidadãos de seus direitos fundamentais básicos, ou seja, intenta-se desenvolver argumentos científicos que possibilitem dar maior concretude à aplicação do instituto como forma de observação e preservação dos referidos direitos e, por via de consequência, de resgatar o verdadeiro sentido da até agora controvertida expressão “Estado Democrático de Direito”.

É este o desafio do presente texto.

2. DA LEGITIMAÇÃO DO *JUS PUNIENDI* ESTATAL⁵

Partindo-se dos escritos contratualistas, assim como dos influxos destes, justifica-se a existência do Estado em razão da necessidade de manutenção de uma convivência harmônica entre as pessoas que compõem o corpo social, convivência esta que tem por ponto de referência o bem comum⁶.

Em síntese, cabe ao Estado a manutenção da paz e da harmonia social, que será alcançada pela via da disciplina ou controle social, cujo principal instrumento é o direito legislado⁷.

Missão judicial: fazer cumprir, apesar de algum ranger de dentes, os direitos da pessoa – seja quem for, seja qual o crime cometido.

À unanimidade, deram parcial provimento ao apelo para reduzir a pena do acusado. Por maioria, determinaram que o apenado cumpra pena em domicílio enquanto não houver estabelecimento que atenda aos requisitos da LEP, vencido o Relator, que determinava a suspensão da expedição do mandado de prisão enquanto não houver estabelecimento que atenda a tais requisitos.

5. Sobre o assunto, em profundidade, Guimarães (2008)
6. Para entendimento do assunto, imprescindível a leitura de Hobbes (2006), Locke (1994) e Rousseau (2001).
7. Sobre Teoria do Estado, por todos, Heller (1968) e Chatelet e Pisier-Kouchner (1983)

Isto posto, afirmam os estudiosos da teoria do Estado, que todos os meios devem estar disponíveis para o alcance de tal fim, desde que legítimos – e neste ponto cria-se uma perigosa sinonímia entre legalidade e legitimidade –, credenciando-se, então, o Direito Penal, como o meio mais extremo para tal desiderato⁸.

A partir deste ponto do pensamento iluminista, iniciaram-se, de forma sistematizada, a elaboração de teorias que legitimassem a aplicação das punições aos seres humanos, o que, para efeitos de facilitação pedagógica, pode ser sincronicamente traçado como o desenvolvimento das teorias de cunho retributivista, cujos maiores expoentes foram Kant e Hegel, até as teorias funcionalistas – prevenção geral positiva –, cujos mais conhecidos representantes no Brasil são Gunter Jakobs e Claus Roxin⁹, sendo desenvolvidos nesse interim, isolada ou concomitantemente, estudos teóricos sobre as teorias da intimidação, neutralização e ressocialização, com alguns autores tendo optado pelo sincretismo teórico, criando as teorias mistas.

Não obstante o esforço teórico despendido, entendemos que todas as teorias que tentam legitimar o *jus puniendi* estatal podem ser facilmente infirmadas em razão de um fato muito simples, qual seja: são apriorísticas, isto é, buscam legitimação a partir de um fato preconcebido e irrefutável, o delito cometido.

As teorias da pena jamais suscitaram qualquer discussão sobre as razões de escolha de determinados comportamentos para figurarem como tipo penal, assim como, nunca discutiram, de forma séria, as relações entre violência criminal e violência estrutural, prevalecendo, isto sim, como teoria de base fundamental do direito de punir a longaeva – e absolutamente defasada – ideologia da defesa social¹⁰.

Existe, pois, de forma incontestada, um enorme déficit de legitimação no universo punitivo do Estado, aproximando-o, em pleno século XXI, muito mais do modelo Leviatã de Thomas Hobbes que do Estado Constitucional e Democrático de Direito, tão propalado em nível abstrato pela maioria da doutrina afeta ao tema.

Desta feita, tomando-se por referência a dicotomia existente entre ambos os tipos de violência – criminal e estrutural¹¹ –, imperioso que sejam elaborados outros fundamentos para o exercício do poder punitivo, que lhe propiciem um

8. Cfr. Pasukanis (1989).

9. Sobre as teorias da pena, Guimarães (2001), (2007)

10. Sobre o assunto, imprescindível a leitura de Baratta (1999), Andrade (1997, 2003) e Guimarães (2007). Na visão de Muñoz Conde (2005, p.31): “A tese do direito penal como direito igualitário e da pena como prevenção integradora do consenso é insustentável no modelo de sociedade baseada na desigualdade e na exploração do homem pelo homem”

11. Até mesmo Bobbio (2006, p. 267), conhecido positivista, em carta escrita para Alessandro Baratta, reconhece: “Confesso que não consigo sequer entender bem o que significa “teoria materialista do desvio”. Se significa que no estudo dos comportamentos desviantes devem-se levar em conta as condições materiais,

mínimo de legitimação, devendo, para tanto, serem levadas em conta, de forma inexorável, as intermitências legislativas, ou seja, a aplicação de apenas parte do ordenamento jurídico pelo Estado.

Antecipando-se à prática do fato típico, que desencadeia, no espaço de seleção dos vulneráveis, o jus persecuendi e o jus puniendi estatal, devem ser analisadas as possibilidades de igualdade dos pontos de partida¹², melhor explicando: para que Estado possa punir de forma justa e legítima, necessário se faz que todos os cidadãos tenham tido, no ponto de partida, as mesmas oportunidades. Ratificamos, o cidadão não pode ter como primeiro contato com o Estado o banco dos réus em um processo criminal.

A igualdade dos pontos de partida pode ser entendida como igualdade de oportunidades, ou seja, todos devem ter amplo acesso aos direitos fundamentais que se corporificam na concretização da dignidade da pessoa humana desde o início da vida.

É de fundamental importância que se reconheça que todos os cidadãos devem ter direito a uma família estruturada, na qual o acesso, desde o início da vida – ratificamos –, a um nascimento e desenvolvimento dignos, e, posteriormente, ao ensino fundamental, ensino médio, ensino profissionalizante, ensino superior, todos de qualidade, devem ser disponibilizados pelo Estado, para que as escolhas possam ser feitas, principalmente, no que pertine ao pacto da legalidade, como cidadãos aptos a fazerem tal escolha¹³.

Assim sendo, moradia, saúde, alimentação, educação e trabalho são direitos humanos fundamentais aos quais todos, sem exceção, devem ter alcance, em todas as fases da vida, para que a igualdade dos pontos de partida seja preservada e, desse modo, o Estado possa exigir os respectivos deveres de quem teve garantidos tais direitos.

no interior das quais age o sujeito desviante, desafio a que se consiga encontrar um estudioso do desvio que não esteja de acordo com isso”.

12. Cfr. Bobbio (2001, p. 22), para quem: “... afirma-se que não há programa político que não faça referência a alguma forma de igualdade, seja ela a igualdade dos pontos de partida, das oportunidades, dos rendimentos, dos resultados, e assim por diante. Mas não fui eu mesmo quem escreveu: ‘Qual é a doutrina política que não tem a ver, em maior ou menor medida, com a igualdade?’
13. Importante ressaltar o necessário avanço do conceito de cidadania já delineado pela doutrina de vanguarda. Desse modo, a cidadania, através de tal superação, vai adquirindo paulatinamente uma nova dimensão, passando a incorporar em seu âmbito outros direitos distintos dos eleitorais, como os direitos políticos, econômicos, culturais, sociais, difusos e coletivos, entre outros, assim como, e, principalmente, quando passa a adquirir uma dimensão coletiva de tal conceito, que ultrapassa a noção do indivíduo atomizado – resquício liberal – para se transformar em uma cidadania plural, com formas de expressão múltiplas e heterogêneas, trazendo consigo, pois, a possibilidade permanente de sua reinvenção. (ANDRADE, 1993, p. 126-134)

3. O DIREITO PENAL APESAR DO DIREITO PENAL

Com comprovação empírica reiterada ao longo de inúmeras pesquisas acadêmicas¹⁴ nas mais variadas áreas de investigação científica, a seletividade, a estigmatização e o funcionamento quase que absolutamente simbólico do sistema penal, assim como e, conseqüentemente, a inalcançabilidade das funções declaradas creditadas às penas, acabam por demonstrar o total fracasso do Direito Penal enquanto forma de controle social, ou, pelo menos, alertam para o fato de que tal tipo de controle social não é o mais apto para disciplinar as relações que permeiam a vida do e no planeta¹⁵.

Em razão do que acima exposto, chamando atenção para o fato de que o Direito Penal não pode ser considerado como o principal meio de controle social, os criminólogos críticos têm desenvolvido trabalhos no sentido de se reconhecer a utilização do direito punitivo apesar do direito punitivo, ou seja, a utilização do cárcere apesar do cárcere¹⁶, enaltecendo o caráter subsidiário do *Jus Puniendi estatal*, assim como, fortalecendo a idéia de um Direito Penal mínimo e garantista¹⁷.

Em primeiro lugar, na tabela das prioridades sociais, devem figurar os Direitos Humanos, preferentemente antes que o direito punitivo seja chamado a intervir, vez que com os direitos fundamentais sociais¹⁸ sendo efetivamente reconhecidos e implementados¹⁹, ao controle sócio-penal restariam apenas as condutas que efetivamente põem em risco a estabilidade do sistema republicano de governo, consubstanciando-se em um Direito Penal de intervenção mínima, cuja referência para intervenção seriam, finalmente, a magnitude do bem jurídico lesado, a gravidade da lesão e a necessidade de aplicação de uma sanção penal, mais precisamente de uma pena.

14. Cfr. Castilho (2001), Guimarães (2009)

15. Cfr. Zaffaroni (2005, 2007)

16. Cfr. Baratta (1987), Aniyar de Castro (2009). Para Muñoz Conde (2005, p.33): “Enquanto existir direito penal, e nas atuais circunstâncias parece que haverá ‘direito penal por muito tempo’, é necessário que haja alguém que se encarregue de estudá-lo e analisá-lo racionalmente para convertê-lo em instrumento de mudança e progresso para uma sociedade mais justa e igualitária, denunciando, além de suas contradições, as do sistema econômico que o condicionam”.

17. Cfr. Ferrajoli (2002)

18. Cfr. Gonçalves (2006, p. 76-82), para quem: “Um fato, contudo, merece destaque a partir da normatividade constitucional. Ou seja, a garantia da igualdade, enquanto possibilidade material para o exercício das diferenças, passou a ser o grande escopo da Carta Política de 1988”.

19. Na visão de Freire Júnior (2005, p.83): “Interessante observar que, da atuação parcial do Estado, há para o indivíduo um novo direito fundamental constitucional a amparar sua pretensão, que é exatamente o princípio da igualdade. Efetivamente, além do fundamento originário (por exemplo, direito à educação ou à saúde), há outro fundamento, também de estatura constitucional, que é o direito à igualdade de prestações. Se existem vagas na escola de 1º. Grau para Tício, há de existir vagas para Mélvio”.

Tal preocupação deriva da incontestável relação existente entre Direitos Humanos e Direito Penal, posto que, onde há mais incidência do Direito Punitivo, com toda a certeza, há menos prevalência dos Direitos Humanos sociais básicos²⁰.

Existe, pois, uma clara inversão de prioridades. Na verdade ao Direito Penal hodiernamente é impingida a triste tarefa de conter as nefastas consequências advindas das políticas elaboradas e implementadas pelas teorias neoliberais²¹, ou seja, sua principal missão é o controle da miséria advinda da exclusão social gerada por tais políticas que estão paulatinamente, de maneira crescente, sendo executadas nas áreas social e econômica.

Em síntese, a proposta das vertentes criminológicas que se antepõem às teorias que insistem em buscar origens para a criminalidade nos critérios antropto-bio-psicológicos²² ou, ainda, que consideram tais critérios como preponderantes na gênese da criminalidade, é minimizar a aplicação do direito punitivo, assim como e, principalmente, priorizar a efetivação dos direitos humanos sociais básicos, em uma perspectiva anterior a conflituosidade criminal e garantir o respeito aos direitos e garantias fundamentais para aqueles que selecionados pelo sistema penal.

É absolutamente relevante que fique claro que as teorias criminológicas críticas – como artilhosamente orquestrado por aqueles que não se filiam as suas idéias – não defendem a impunidade e muito menos a anarquia social, reconhece, isto sim, a gravidade de determinadas situações conflituosas e, por via de consequência, admite a utilização do Direito Penal como forma de controle em tais situações²³.

Vai mais além! Chama a atenção para o fato da quase total invulnerabilidade dos criminosos pertencentes aos extratos sociais mais privilegiados, na esfera dos “crimes de colarinho branco”, advertindo para a gravidade da lesão no tecido social que tais condutas conlevam, pugnando, assim, por um redirecionamento dos holofotes punitivos, inclusive midiáticos, e pela eleição de novas prioridades em sede de política criminal para que o sistema penal possa alcançar os até agora quase inalcançáveis crimes políticos e econômicos.

Ressalte-se, entretanto, que tanto para os delitos praticados com violência direta contra o ser humano – crimes contra a vida, o patrimônio e os costumes, entre outros menos costumeiros –, geralmente afetos as camadas sociais menos privilegiadas, tanto quanto em relação aos delitos de colarinho branco – violência

20. Cfr. a extensa obra de Wacquant (2000, 2001a, 2001b, 2002a, 2002b, 2003a, 2003b)

21. Cfr. Coutinho (2001)

22. Cfr. Mantovani (2000)

23. Por todos, Baratta (2004)

indireta –, praticados por aqueles que, via de regram detém poder político e/ou econômico, inafastáveis os direitos e garantias duramente construídos pelo Direito Penal liberal, tributário dos ideais iluministas²⁴.

Coerentemente, as teorias criminológicas críticas rejeitam, de forma veemente, todas as teorias de Direito Penal que visem a sua expansão ou o seu recrudescimento, como as teorias do direito penal do inimigo²⁵, do direito penal de duas ou três velocidades, da tolerância zero, entre tantas outras teorias afetas aos movimentos de lei e ordem²⁶.

Do exposto, como forma de contenção do poder punitivo, em razão mesmo do desigual funcionamento do sistema penal e das consequências punitivas dali oriundas, intenta-se, de maneira incansável, criar mecanismos – de preferência com repercussão dogmática –, arrimados em princípios de cunho constitucional, implícitos ou explícitos, que influenciem tanto em sede de configuração do delito, como também, em sede de dosimetria penal, ou seja, devem ser desenvolvidos teoricamente institutos que afastem a imputação – por exclusão do tipo, da anti-juridicidade ou da culpabilidade²⁷ – ou arrefeçam a punibilidade.

4. OS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS E DOGMÁTICOS DA CULPABILIDADE COMPARTILHADA

Sabe-se que em um país com tradição positivista como o Brasil, assim como em razão dos graves problemas políticos, sociais e econômicos que acarretam uma crescente violência estrutural e, por via de consequência, a escalada desenfreada da violência criminal, inovações que postulem mudanças na esfera do *jus puniendi*, principalmente no sentido de seu arrefecimento, e que não tenham expressa previsão legal, sempre serão alvo de intensa oposição.

No caso do princípio em estudo, cuja mudança proposta na melhor das hipóteses será conceituada de alteração vanguardista e, com toda a certeza, pelos mais

24. Cfr., por todos, Beccaria (1993)

25. Em síntese, como eixo central, para Jakobs (2006, p. 96), o Direito Penal do inimigo propugna por uma revisão no âmbito de reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, vez que: “A vigorosa sentença, segundo a qual, nos dias de hoje, todos devem ser tratados como pessoas pelo Direito, portanto, como é de se supor, necessita de uma adição: sempre que aqueles “todos” cumpram com seus deveres, ou, em caso contrário, sempre que estejam controlados, é dizer, que não possam resultar perigosos... parece claro que há de se distinguir entre um direito postulado – com independência de que este postulado resulte mais ou menos convincente – um direito modelo, e a estrutura normativa real de uma sociedade. Aquele pode orientar no futuro, “no espírito”, entretanto, somente este está a orientar no respectivo ‘aqui e agora’”.

26. Sobre a expansão do Direito Penal, cfr. Cancio Meliá e Jará Diez (2006).

27. Cfr. Tavares (1980), Muñoz Conde (1988), Santos (2002).

conservadores de mudança sediciosa, importante que concretos e seguros sejam os fundamentos para sua aplicação.

Além de toda a construção principiológica que já estrutura e, consequentemente, possibilita uma aplicação do Direito Penal mais humana e garantista, filosoficamente pode-se enveredar pela teoria da natureza das coisas, iniciada na antiguidade, desenvolvida por Tomás de Aquino, revisitada por Montesquieu no seu “Espírito das Leis”, assim como por Marat, no compêndio “Plano de legislação criminal” e, mais modernamente, ampliada por autores como Savigny e Ihering, entre outros²⁸.

A teoria filosófica da natureza das coisas, em uma apertada síntese, defende o ponto de vista, segundo o qual, as punições não podem e não devem ser iguais para as pessoas, ainda que cometido o mesmo delito, devendo, isto sim, com o fim maior de alcance da justiça e da liberdade, serem aplicadas as penas, quando necessário, fundamentadas nas particularidades que cercam o caso concreto, nas circunstâncias específicas que o envolvem, ou seja, na natureza das coisas.

Dogmaticamente, os estudos que se destacam nessa seara são os desenvolvidos por Claus Roxin, que pugnam pela inserção de institutos de política criminal no âmbito da dogmática penal, cujo paroxismo é o entendimento de que ainda que o fato seja típico, antijurídico e culpável, a pena só deverá ser aplicada quando absolutamente necessária²⁹.

Assim sendo, entendemos que toda a doutrina – seja no âmbito da filosofia, seja no âmbito dogmático – que analisa criticamente os fins atribuídos às penas e que inserem como primeiro pressuposto a necessidade de aplicação das mesmas, podem servir de substrato para o desenvolvimento e aplicação do princípio da culpabilidade compartilhada.

28. Cfr. Rivacoba y Rivacoba (2000, p. 41), para quem “Este igualitarismo penal, basado em una concepción identitaria, no diferenciadora, de la condición humana, y, por ende, em una concepción homogênea, no estratificada de la sociedad, es um igualitarismo, pues, de principio, que no excluye, sino que admite y aun requiere la estimación de las circunstancias em que está situado el sujeto y que de consiguiente atenúan o agravan em los distintos casos su responsabilidad, y fue, más que deformado, desnaturalizado por el ingenuo radicalismo revolucionário, de los códigos franceses de 1791 y 1795, com su sistema de penas únicas e fijas para cada especie delictiva, sin tener em cuenta para nada las particulares realidades que graviten sobre el agente”.

29. Cfr. Roxin (1981), (1997), (1998a), (1998b), (2000a), (2000b), para quem “a responsabilidade penal pressupõe sempre dois requisitos: a culpabilidade do autor e, além disso, a necessidade preventivo-geral ou especial de punição. Culpabilidade e prevenção limitam-se, portanto, reciprocamente: necessidades preventivas jamais podem levar a que se puna onde inexistia culpabilidade. Mas a culpabilidade de uma pessoa igualmente não basta para legitimar a pena, enquanto esta não seja indispensável do ponto de vista preventivo”.

5. DA MITIGAÇÃO DO PODER DE PUNIR ESTATAL

Várias têm sido as criações doutrinárias, como dito acima, que, pelos mais variados motivos, propugnam por uma retração do poder punitivo.

Há farta doutrina e jurisprudência sedimentando a aplicação dos princípios da intervenção mínima, subsidiariedade, insignificância, proporcionalidade, entre tantos outros³⁰.

Entretanto, inobstante a existência, reconhecimento e relevante aplicação dos princípios acima nominados, necessário ainda que se expanda a gama de institutos que arrefeçam o direito punitivo, em razão mesmo da falta de legitimidade que permeia a utilização do Direito Penal como forma de controle social – tanto na esfera de seus postulados básicos, como os inalcançáveis Princípios da Igualdade e da Legalidade, como também na esfera social –, na qual o primeiro contato do Estado com o cidadão é na esfera punitiva (cidadania negativa), vez que os direitos à educação, saúde, moradia, emprego, habitação, enfim, o direito a uma vida digna é açambarcado pelo próprio Estado que nega a seus súditos o reconhecimento de seus direitos sociais fundamentais, ou seja, nega o acesso à cidadania positiva.

Em razão do entendimento acima expendido, está a se desenvolver em sede doutrinária, inclusive com ressonância na jurisprudência de vanguarda, o princípio da co-culpabilidade³¹.

Parte da doutrina entende tal princípio como aquele que autoriza o compartilhamento da culpabilidade entre o agente infrator, a sociedade³² e o Estado, os dois últimos responsáveis pelas injustiças sociais, políticas e culturais que acarretam desigualdade econômica e, conseqüentemente, fulminam a possibilidade de igualdade na superação dos percalços cotidianos, não sendo, pois, razoável, exigir-se de todos um comportamento adequado à lei e aos interesses gerais da sociedade em igual medida.

A culpabilidade, assim entendida, como reprovabilidade da conduta delituosa, seria diretamente proporcional às oportunidades materiais, sociais e culturais as quais o agente infrator tenha tido acesso para realizar-se como ser humano honrado

30. Por todos, cfr. Gomes e Pablos de Molina (2007) e Zaffaroni (2003).

31. Cfr. Hassemer (1999), Carvalho (2002), Rodrigues (2004), Castro (2005), Moura (2006).

32. Segundo Houed (2009); “Toda persona actúa en una circunstancia dada y con un ámbito de autodeterminación dado. Por mejor organizada que este una sociedad, siempre habrá quien esté en peores condiciones que otros y no sería justo que al momento de reprocharle la culpabilidad también deba cargar con las causas sociales que de alguna manera determinaron su conducta. Se dice que hay una “co-culpabilidad” de la sociedad misma, con la cual debe cargar al momento del reproche al sujeto que realizó la conducta”.

e comportar-se de acordo com os mandatos e proibições afetos ao controle social formal, derivando desse entendimento a concretização de uma “*mea culpa*”, cujo principal objetivo é atenuar o direito de castigar que o Estado exerce em nome da sociedade³³.

Como forma de aumentar a objetividade na aplicação do princípio em estudo, propomos, na esfera dos crimes perpetrados sem efetiva violência contra a vítima, quando efetivamente detectado nos autos, após o devido processo legal, a vulnerabilidade extrema ou extremofilia³⁴ daquele que deverá ser apenado, assim como, a primariedade, que a pena deixe de ser aplicada, não como “*mea culpa*” do Estado e da sociedade, mas como forma objetiva de compensação pela omissão estatal em cumprir as leis em sua integralidade.

A aplicação do Princípio da culpabilidade compartilhada, aqui proposta, estaria adstrita, portanto, exclusivamente como uma mitigação da intermitência estatal no cumprimento dos dispositivos legais, é um acerto de contas entre o Estado e o cidadão, excluindo-se, na seara objetiva, a sociedade de tal ajuste.

Dessa forma, o Estado, representado pelo órgão jurisdicional e pelo Ministério Público, reconhecendo não ter tido o apenado acesso aos direitos sociais mínimos que garantiriam a sua dignidade enquanto pessoa humana, deixará de aplicar a pena e encaminhará o apenado para programas públicos de inclusão social, para que assim, o primeiro contato entre o Estado e o cidadão, se dê no âmbito da cidadania positiva, reconhecedora de direitos, e não na esfera da punição, da cidadania negativa, cujo objetivo é uma restrição ainda maior dos poucos direitos usufruídos pelos extremófilos.

Não é de bom tom que se suprima ainda mais o que já não representa o mínimo existencial, e é isso o que ocorre diariamente em sede de direito punitivo, cujo alcance hoje está quase que totalmente adstrito ao controle da miséria e dos miseráveis, ou seja, perante as consequências da exclusão social a melhor solução é a carcerização³⁵.

33. Carvalho (2002, p.74) é taxativo: “... a precária situação econômica do imputado deve ser priorizada como circunstância atenuante obrigatória no momento da cominação da pena.”

34. Sobre o assunto, em profundidade, Bomfim (2009, p.69) para quem “os extremófilos são os seres nos quais o Estado não poderá utilizar o sistema penal, por serem fracos em demasia para a utilização da violência estatal como controle social. Os seres muito fracos, apenas sobrevivendo, vivendo em situações extremas, transformam-se em extremófilos e não podem ser alcançados pela violência estatal. Isso porque o mundo penal os alcançará certamente. Ou seja, serão punidos por instâncias não formalizadas – ou formalizadas – pela própria situação singular de vida incluídos em uma ambiência de extrema vulnerabilidade”.

35. Segundo Barroso (2009): “O sistema penitenciário no Brasil é degradante. É tão perverso mandar alguém para esse sistema que os juizes com sensibilidade social maior procuram os caminhos mais variados em termos de interpretação jurídica para não ter de condenar alguém à prisão. Mandar alguém para o sistema

Assim sendo, funcionaria a culpabilidade compartilhada como verdadeiro princípio neutralizador da seletividade que permeia o funcionamento do sistema penal. Embora selecionados pelas instâncias iniciais do sistema, caracterizada a extremofilia no âmbito do devido processo legal, esta funcionaria como causa impeditiva da punibilidade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inércia é a pior das atitudes, ou da falta delas, que pode se configurar nas relações entre o Estado e o cidadão quando está em jogo a efetivação de direitos e garantias constitucionalmente reconhecidos.

Os cidadãos não podem ficar a mercê de contingências político-econômicas estatais para verem consolidado o mínimo existencial devido a cada um.

É claramente perceptível que a resposta do Estado, hodiernamente, a tal falta de efetivação do que previsto legalmente como direitos sociais básicos para uma considerável parcela da população, quiçá a maioria dela, é o incremento de medidas punitivas.

É fato inconteste o encolhimento do Estado social e o inchaço do Estado policial e penal, consequência direta de determinadas políticas adotadas em sede de neoliberalismo.

Assim sendo, e partindo-se do pressuposto segundo o qual o Direito Penal deve funcionar como dique de contenção do *Jus Puniendi* estatal, necessário que se dê efetividade a mecanismos que possam atingir a tal desiderato, ou seja, mecanismos que se constituam como real arrefecimento da sanha punitiva estatal.

Não temos dúvida que o desenvolvimento doutrinário acerca do princípio da co-culpabilidade, enquanto atenuante genérica, ou, como aqui tratado por nós, da culpabilidade compartilhada, como causa impeditiva da punibilidade, é um caminho que vale a pena ser trilhado.

Em síntese, enquanto não forem efetivamente implementados os direitos sociais básicos, que garantam aos cidadãos a igualdade dos pontos de partida dentro do âmbito da competitividade em sociedade, pelo menos na esfera dos crimes cometidos sem violência física real à pessoa, o Estado estaria impedido

penitenciário é quase como que perder essa pessoa para a vida civilizada. A pessoa não é só condenada a dois anos de prisão, mas à imundície, à violência sexual, às doenças. Se esse sistema não melhorar, vamos ter a atitude quase moral do juiz de só mandar para o sistema quem não tem nenhuma possibilidade de salvação. A pessoa condenada a uma pena privativa de liberdade deve cumprir uma pena privativa de liberdade e não uma pena de violências físicas”.

de exercer o *jus puniendi*, como forma de compensação pela omissão do mesmo em fazer valer toda a legislação afeta ao reconhecimento e supressão de direitos.

7. REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- _____. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- _____. *Sistema penal máximo X cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. La Criminología crítica em el siglo XXI como criminología de los derechos humanos y la contra-reforma humanística o “las teorías criminológicas no son inocentes”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 76, p. 265-291, jan./fev. 2009.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- _____. Principios del derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal). *Doctrina Penal*. Buenos Aires, ano 10, p. 623-650, 1987.
- _____. *Criminología y Sistema Penal*. Compilación in memoriam. Buenos Aires: Euros, 2004.
- BARROSO, Luis Roberto. Entrevista concedida ao site Consultor Jurídico. Disponível em www.conjur.com.br. Acesso em 25/05/09.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Bauru: Edipro, 1993.
- BOBBIO, Norberto. *Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 2001.
- _____. *Nem com Marx, nem contra Marx*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 2006.
- BOMFIM, Urbano Félix Pugliesi do. *Uma correção ao sentido do Princípio da Intervenção Mínima no Direito Penal*. Dissertação de Mestrado apresentada no Programa da Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. 2009.
- CANCIO MELIÁ, Manuel; JARA DIEZ, Carlos Gomes (Coord.) *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal de la exclusión. V. 1. e V. 2. Buenos Aires: Edisofer, 2006, 1.111 p. e 1.173 p.

- CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional: Lei n. 7492, de 1/6/86*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Co-culpabilidade*. In *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n.º 21, jan./jun. 2005
- CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CHATELET, François; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *As concepções políticas do século XXI*. História do pensamento político. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1983.
- COQUARD, Olivier. *Marat*. Tradução de C. H. Silva. São Paulo: Scritta, 1996.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Atualizando o discurso sobre Direito e Neoliberalismo no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, n. 04, p. 23-35, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005.
- GOMES, Luis Flávio, PABLOS DE MOLINA, Antonio García. *Direito Penal: parte geral*. V. 2. São Paulo: RT, 2007.
- GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. *Direitos Fundamentais Sociais*. Releitura de uma constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006.
- GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. Das (dis)funções da pena privativa de liberdade no atual sistema repressivo penal brasileiro. *Lusíada*. Coimbra, n. 1 e 2, p. 27-44, 2001.
- _____. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- _____. A dogmática jurídico-penal em questão: possibilidades e limites no século XXI. *Espaço Jurídico*. V. 1, n. 1, jan/jun 2008.
- _____. *As variáveis socioeconômicas como pressupostos para a efetiva criminalização no sistema penal brasileiro*. Relatório de Pesquisa financiada pelo CNPq e FAPEMA. 2009 (no prelo).
- HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Mota. São Paulo: Mestre Jou, 1968.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

- HOUED, Mario. A chamada “co-culpabilidade”, Disponível em <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2015/houed15.htm>. Acesso em 10/05/09.
- JAKOBS, Günther “Derecho penal del enemigo? Um estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”. In: *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal de la exclusión. V. 2. Buenos Aires: Edisofer, 2006.
- LOCKE, JOHN. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.
- MANTOVANI, Fernando. *El siglo XIX y las Ciencias Criminales*. Santa Fé de Bogotá: THEMIS, 2000.
- MARAT, Jean Paul. *Plan de legislación criminal*. Buenos Aires: Hamurabi, 2000.
- MOURA, Grégore Moreira de. *Do princípio da co-culpabilidade*. Niterói: Impetus, 2006.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- _____. *Direito Penal e Controle Social*. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PASUKANIS, Eugene B. *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Tradução de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.
- RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de. Estúdio preliminar: Marat o el pensamiento revolucionario em Derecho Penal. In: MARAT, Jean Paul. *Plan de legislación criminal*. Buenos Aires: Hamurabi, 2000.
- RODRIGUES, Cristiano. *Teorias da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social ou principios de direito político*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención em derecho penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Réus, 1981.
- _____. *Derecho Penal: Parte general – Tomo I*. Traducción por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- _____. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998a.
- _____. El Proceso Penal y los medios de comunicación en el Derecho alemán. In: SIMÓN BELLO, Carlos; ROSALES, Elsie (Comp.). *Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis*. Caracas: Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, 1998b.

- _____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000a.
- _____. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Traducción de Carmen Gómez Rivero y Maria del Carmen Garcia Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000b.
- TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: RT, 1980.
- WACQUANT, Loïc. “Inimigos cômodos”: estrangeiros e imigrantes nas prisões da Europa. *Discursos sediciosos*. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 5, n. 9 e 10, p. 121-127, 1º. e 2º. Semestres de 2000.
- _____. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001a.
- _____. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 2001b.
- _____. A tentação penal na Europa. *Discursos sediciosos*. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 7, n. 11, p. 7-12, 1º. Semestre de 2002a.
- _____. A ascensão do Estado Penal nos EUA. *Discursos sediciosos*. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 7, n. 11, p. 13-40, 1º. Semestre de 2002b.
- _____. Penalización de la miseria y proyecto político neoliberal. *Archipiélago*. Cuadernos de crítica de la cultura. n.º 55, mar./abr. 2003a.
- _____. De la esclavitud al encarcelamiento masivo. Disponible en: <http://www.newleftreview.net/pdf/articles/spanish/nlr24703.pdf>. Acesso em: 24/06/2003b.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires: Ediar, 2000.
- _____. et al. *Direito Penal brasileiro*. Teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- _____. *En torno de la cuestión penal*. Coleção Maestros Del Derecho Penal, v. 18, Montevideo-Buenos Aires: Editorial IBdeF, , 2005.
- _____. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

V

VISÃO MONOCULAR E VAGAS EM CONCURSO PÚBLICO

Dirceu Pereira Siqueira

Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pelo Centro de Pós-Graduação da ITE/Bauru – SP; Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UNIRP; Pesquisador do Núcleo de Pesquisas e Integração do Centro de Pós-Graduação da ITE; Professor Titular no Curso de Graduação em Direito e Coordenador do Curso de Especialização em Direito Civil e Processual Civil ambos na Faculdade de Direitos das Faculdades Integradas de Ourinhos (FD-FIO); Advogado. Endereço eletrônico: dpsiqueira@mdbrasil.com.br.

Tais Nader Marta

Mestranda em Direito Constitucional pelo Centro de Pós-Graduação da ITE/Bauru – SP. Especialista em Direito Processual e em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Professora do Curso de Direito da Faculdade Anhangüera de Bauru. Advogada. Endereço eletrônico: tais@barbosamarta.adv.br.

RESUMO: O princípio da dignidade da pessoa humana cria um dever geral de respeito de todos os seres humanos com relação a seus semelhantes, isolada ou coletivamente, afetando a todos indistintamente, intérpretes jurídicos ou não do sistema constitucional, indiferente de estar expresso ou não no ordenamento jurídico.

Muitas vezes a pessoa com visão monocular, apesar de sua grande limitação, não faz jus aos benefícios legais destinados aos demais deficientes; direitos que visam justamente à promoção da igualdade.

PALAVRAS-CHAVES: dignidade, pessoa com deficiência, visão monocular, igualdade, concurso público.

ABSTRACT: The principle of human dignity creates a general duty of respect for all human beings with respect to your peers, individually or collectively, affecting everyone equally, interpreters or not the legal constitutional system, regardless of being expressed or not in legal .

Often the person with monocular vision, despite its major limitation, it is entitled to legal benefits for other disabled people, rights which aim precisely to promote equality.

KEYWORDS: dignity, people with disabilities, monocular vision, equality, open competition.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Do princípio dignidade da pessoa humana – 3. Minorias: 3.1. Pessoa com deficiência; 3.2. A proteção constitucional das pessoas com deficiência; 3.3. Visão monocular – 4. Federalismo brasileiro:

4.1. Características básicas; 4.2. Ordens governamentais distintas e sua coexistência; 4.3 Repartição de competências – 5. Considerações finais – Referências.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, os valores constitucionais representam a mais completa tradução dos fins que a comunidade pretende ver realizados no plano concreto, mediante a normatização empreendida pela própria Lei Fundante. Com efeito, enquanto ordem objetiva de valores, a Constituição cumpre o importante papel de transformar os valores predominantes em uma comunidade histórica concreta, normas jurídico-constitucionais, com todos os efeitos e implicações que esta normatização possa ter.

A capacidade de racionalização do ser pessoa traz opções que ao invés de agir impulsionado unicamente por seus instintos, ser construtor de sua própria história e da memória histórica coletiva. Nesse contexto, cada um deve contribuir para o aperfeiçoamento e desenvolvimento dos costumes e idéias. Aquilo em que crê deve ser observado, a possibilidade de optar e seguir caminhos que respeitem a unidade social e universal é fundamental.

Desse entendimento, depreende-se a necessidade de se compreender a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana, não só como uma consequência histórica e cultural, mas como valor que, por si só, agrega e se estende a todo e qualquer sistema constitucional, político e social.

Portanto, o reconhecimento de que o ser humano passou a ser o centro de todo o ordenamento constitucional, devendo este trabalhar em prol do indivíduo e da coletividade, e, não o contrário.

2. DO PRINCÍPIO DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Na atualidade, a dignidade da pessoa humana constitui requisito essencial e inafastável da ordem jurídico-constitucional de qualquer Estado que pretenda ser Democrático de Direito. O que não seria diferente no Brasil, pois a Constituição de 1988 é fruto da luta contra o autoritarismo do regime militar,¹ surgindo em um

1. ARAUJO, Luiz Alberto David. A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos. In: Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (coords.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 913: “[...] A Constituição de 1988 teve, dentre seus papéis mais importantes, a tarefa de resgatar o país de uma fase onde as liberdades democráticas não eram respeitadas. Portanto, justifica-se com facilidade o enorme rol de direitos individuais, muitas vezes repetidos no próprio texto [...]”.

contexto de busca da defesa e da realização de direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade, nas mais diferentes áreas (econômica, social, política).

Nesse sentido, ensina Paulo Bonavides² que o sistema constitucional nada mais é do que a expressão que permite perceber o verdadeiro sentido tomado pela Constituição Federal em face da ambiência social que ela reflete, e a cujos influxos está cada vez mais sujeita.

Assim é que, seguindo a tendência do constitucionalismo contemporâneo, a Constituição de 1988 incorporou, expressamente, ao seu texto, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) – como valor supremo –, definindo-o como fundamento da República, do Estado Democrático de Direito e dos Direitos fundamentais.

Significa dizer que, no âmbito da ponderação de bens ou valores, o princípio da dignidade da pessoa humana justifica, ou até mesmo exige, a restrição de outros bens constitucionalmente protegidos, ainda que representados em normas que contenham direitos fundamentais, de modo a servir como verdadeiro e seguro critério para solução de conflitos de tal envergadura.

3. MINORIAS

Os textos constitucionais avançam, as sociedades se modificam e inúmeras transformações são introduzidas em busca de Estados que promovam o ser humano. Apesar disso, não conseguimos explicar a razão pela qual, por exemplo, na sociedade brasileira contemporânea ainda prevalece a desigualdade, exclusão social e o desrespeito à vida.

Os avanços nos textos jurídicos foram indispensáveis para que direitos fossem assegurados, mas, não são suficientes para que a efetivação desses direitos se verifique e tampouco que ocorra a inclusão dos excluídos de direitos. Para a plenitude deste trabalho, e para que os brasileiros tenham uma vida digna assegurada “*é tempo de responsabilizar-se cada um por todos, para que o direito não positive ilusões, antes, concretize humanidades*”.³

Vivemos em uma sociedade marcada por profundas e intensas desigualdades entre as pessoas. Pessoas estas que por vários motivos são impedidas de se autodeterminarem. Estas são as chamadas minorias, pessoas vulneráveis que se encontram desprivilegiadas na sociedade.

2. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, passim.

3. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Direito à Vida Digna**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p.10.

Estamos a falar das minorias no sentido político, ou seja, grupos de pessoas que se encontram em situação de desvantagem, que sofrem com a falta de oportunidades, opressão política, exploração econômica ou qualquer tipo de discriminação. As minorias, portanto, devem ter ações voltadas à sua inclusão na sociedade, ou seja, deve garantir-se a elas a igualdade a fim de possibilitar o efetivo exercício de seus direitos, primando-se assim, pela dignidade da pessoa humana.

É o caso das pessoas com deficiência que, em virtude de preconceito ou de tratamento não adequado, são tidas, no mais das vezes, como incapazes ou dignos de pena ou acabam sendo excluídas por omissões legais ou por incapacidade do poder público em fazer políticas satisfatórias nesse sentido.

A pessoa com deficiência não pode ficar à mercê da solução de problemas de ordem administrativa. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em seu artigo 9º (Acessibilidade), determina, *in verbis*:

1. A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas, entre outros, a:

a) Edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho;

b) Informações, comunicações e outros serviços, inclusive serviços eletrônicos e serviços de emergência;

2. Os Estados Partes também tomarão medidas apropriadas para:

a) Desenvolver, promulgar e monitorar a implementação de normas e diretrizes mínimas para a acessibilidade das instalações e dos serviços abertos ao público ou de uso público;

b) Assegurar que as entidades privadas que oferecem instalações e serviços abertos ao público ou de uso público levem em consideração todos os aspectos relativos à acessibilidade para pessoas com deficiência;

c) Proporcionar, a todos os atores envolvidos, formação em relação às questões de acessibilidade com as quais as pessoas com deficiência se confrontam;

d) Dotar os edifícios e outras instalações abertas ao público ou de uso público de sinalização em braille e em formatos de fácil leitura e compreensão;

- e) Oferecer formas de assistência humana ou animal e serviços de mediadores, incluindo guias, leitores e intérpretes profissionais da língua de sinais, para facilitar o acesso aos edifícios e outras instalações abertas ao público ou de uso público;
- f) Promover outras formas apropriadas de assistência e apoio a pessoas com deficiência, a fim de assegurar a essas pessoas o acesso a informações;
- g) Promover o acesso de pessoas com deficiência a novos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, inclusive à Internet;
- h) Promover, desde a fase inicial, a concepção, o desenvolvimento, a produção e a disseminação de sistemas e tecnologias de informação e comunicação, a fim de que esses sistemas e tecnologias se tornem acessíveis a custo mínimo.

Ademais, o texto constitucional de 1988, consagra o princípio do direito adquirido, sendo que, desde os tempos antigos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de não admitir a invocação de direitos adquiridos contra a Constituição (RE 14.360, RDA 24, abr/jun 1951, p. 58, rel. o Ministro Edgar Costa), e essa orientação persiste inalterada (v. RE 140.894 - DJ 9.8.96).

3.1. Pessoa com deficiência

Primeiramente, como conceituar pessoas? Há quem os chame de portadoras de deficiência. Outros ficam presos nos conceitos pessoas com deficiências, pessoas especiais.

Não obstante tantas conceituações ou designações para a questão deficiência, alguns entendem que aquela que mais adequada é justamente a adotada pela Constituição Federal de 1988, qual seja, *pessoa portadora de deficiência*, justamente porque sobrepõe, antes mesmo de deficiência, o termo pessoa.

Sob o aspecto prático, a definição foi dada pela Assembleia Geral da ONU, na data de 09/12/1975, por meio da resolução n. 3.447 que estabelece como deficiente:

(...) qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais.

A Convenção de Guatemala estabeleceu no art.1º que:

O termo deficiência significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

Sob um conceito médico, a deficiência pode ser de ordem física; de ordem sensorial auditiva ou visual; deficiência mental ou deficiências múltiplas. Acarretadas pela perda ou anormalidade da estrutura ou função psicológica, fisiológica

ou anatômica que gerem incapacidade para o desempenho das atividades dentro do padrão considerado normal para o ser humano.

Sociologicamente falando, considerando a integração do portador de deficiência na vida em sociedade, tem - se que a deficiência não se basta pelos aspectos físicos, mentais, sensoriais ou motores que indicam a falta ou falha, mas sim, pela dificuldade do relacionamento social.⁴

Já a OMS – Organização Mundial de Saúde⁵ – no contexto da experiência em matéria de saúde distingue deficiência, incapacidade e invalidez. Assim, **Deficiência** é toda perda ou anomalia de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica; **Incapacidade** é toda restrição ou ausência (devido a uma deficiência), para realizar uma atividade de forma ou dentro dos parâmetros considerados normais para um ser humano e **Invalidez** corresponde a uma situação desvantajosa para um determinado indivíduo, em consequência de uma deficiência ou de uma incapacidade que limita ou impede o desempenho de uma função normal no seu caso (levando-se em conta a idade, o sexo e fatores sociais e culturais).

De modo que a incapacidade existe em função da relação entre as pessoas deficientes e o seu ambiente e ocorre quando essas pessoas se deparam com barreiras culturais, físicas ou sociais que impedem o seu acesso aos diversos sistemas da sociedade que se encontram à disposição dos demais cidadãos. Incapacidade é a perda, ou a limitação, das oportunidades de participar da vida em igualdade de condições com os demais.

As pessoas deficientes não constituem um grupo homogêneo, vez que, por exemplo, as pessoas com enfermidades ou deficiências mentais, visuais, auditivas ou da fala, as que têm mobilidade restrita ou as chamadas "deficiências orgânicas", todas elas enfrentam barreiras diferentes, de natureza diferente e que devem ser superadas de modos diferentes.

Já a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pelo Brasil, define em seu art. 1º (propósito) que:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com

4. ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 2ª ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1997, p.20.
5. International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps (ICIDH), Organização Mundial da Saúde, Genebra, 1980.

diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

No Brasil, fora a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ocorrida no dia dez de julho de dois mil e oito, temos a Lei 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que trata das normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das com deficiência ou com mobilidade reduzida, afirma que essas últimas são as pessoas que temporária ou permanentemente têm limitada sua capacidade de relacionar-se com o meio e de utilizá-lo (art. 2º, III).

Observe-se que a pessoa com deficiência não pode ser encarada como portadora de uma doença ou uma enfermidade de forma a tender ao abandono de suas potencialidades, ou seja, não se deve, a partir das definições apresentadas, se deixar levar à aplicação de preconceitos e conceitos estigmatizantes que conduzam à tolerância de práticas e políticas não inclusivas.

O maior problema não é conceituar a pessoa com deficiência, e, sim combater a discriminação que passam diariamente. Enquanto a humanidade não os enxergar como pessoas humanas, independentemente de sua condição física ou mental, para muitos, os deficientes vão continuar sendo a representação da pessoa (ou coisa) que importuna e é justamente contra esse pensamento que o Direito deve lutar, usando a nossa Constituição como arma para isso.

3.2. A proteção constitucional das pessoas com deficiência

Uma das grandes preocupações em relação à necessidade de efetivação da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, da concretização do princípio da igualdade no seio social diz respeito às minorias, as quais, seja em razão de apresentarem comportamento diferenciado daquele normalmente experimentado por uma determinada comunidade, seja em razão de não ostentarem as mesmas características físicas e psíquicas verificadas na maioria dos indivíduos, sofrem os mais diversos tipos de discriminação e de exclusão, sendo, inclusive, expungidas injustamente do benefício resultante do exercício de direitos que, ao menos em tese, se mostram pertencentes a qualquer cidadão.

Inegavelmente estão inseridas as pessoas com deficiência, que diante de suas características peculiares estavam e estão a merecer precípua atenção protetiva e observadora das entidades estatais, a fim de que, realmente, seja concretizado o já mencionado princípio da igualdade.

A atividade protetiva outrora almejada encontrou sábia positividade e manso recanto na Constituição Federal de 1988, pois, em tendo a problemática adquirido

status basilar, toda a normatização infraconstitucional deve-lhe irrestrita e inafastável obediência.

Nesse caminho, vale deixar consignado que já se entremostra bastante sedimentada a assertiva de que toda e qualquer norma constitucional é dotada de eficácia, pois, não seria lógico, do ponto de vista jurídico, que a Lei Suprema de uma sociedade politicamente organizada contivesse regramentos e princípios não dotados de juridicidade, circunstância essa que nos leva a conclusão de que até mesmo as chamadas normas constitucionais programáticas, não obstante na maioria das vezes apenas indicarem um esquema de atuação para os órgãos públicos existentes, possuem caráter preceptivo como quaisquer outras.

Assim, há a necessidade de norma infraconstitucional para que haja efetividade do pretendido pelo constituinte, e, o Brasil tem procurado fazê-lo, contudo, esbarrando quase sempre em problemas como: políticas públicas, educação e conscientização dos cidadãos de que a pessoa com deficiência tem os mesmos direitos que eles.

Por fim, se fizer um giro pela Carta de 1988, pode-se notar que esta trouxe significativo avanço no tocante ao princípio da igualdade, e, principalmente na busca da efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, visando à redução das desigualdades de fato, através do tratamento diferenciado àqueles que se encontra em circunstâncias de desigualdade e procurando integrar à sociedade a pessoa portadora de deficiência. O Art. 7º, XXXI da nossa Lei Maior proíbe qualquer discriminação no tocante salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência. O art. 37, VIII determina que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”. Já no art. 203, IV verifica-se a preocupação com a “habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária”. Por fim, no art. 227, § 1º, II da Nossa Carta Magna existe a previsão de que devem ser criados “programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos”.

3.3. Visão monocular

No Brasil a proteção à pessoa com deficiência é preceito expresso na nossa Lei Maior. Existe todo um lineamento legal que descreve os quadros de deficiências

físicas, auditivas, visuais ou mentais, entre outras. Entretanto, as pessoas com visão monocular não são enquadradas de maneira expressa no Decreto Federal nº. 3.298/99, ficando, muitas vezes, à margem da proteção vigente.

Ocorre, no entanto, que a visão monocular dificulta a definição de profundidade e distância, podendo ser impeditiva para várias atividades diárias, inclusive profissionais. É fato notório que qualquer limitação grave de ordem visual implica maior dificuldade no acesso a uma vaga no acirrado mercado de trabalho.

O Decreto nº 3.298, que regulamenta a Lei 7.853/1989, define em seu art. 4º os critérios para considerar uma pessoa portadora de deficiência física. Dispõe o referido artigo:

“É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I - deficiência física - **alteração completa** ou parcial **de um** ou mais **segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física**, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; (Redação dada ao inciso pelo Decreto nº 5.296, de 02.12.2004, DOU 03.12.2004)”

O inciso III deste mesmo artigo define da deficiência visual, nos seguintes termos:

III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; (Redação dada ao inciso pelo Decreto nº 5.296, de 02.12.2004, DOU 03.12.2004)

O Poder Judiciário, em diversas oportunidades, tem se manifestado favorável⁶ à inclusão da deficiência monocular para efeito de reserva de vagas em concursos públicos, isenção em transporte coletivo, inserção na iniciativa privada e aquisição de próteses oculares, por considerar que a visão monocular cria barreiras físicas e psicológicas na disputa por oportunidades de trabalho, além de uma

6. Nesse sentido podemos citar: STF-RMS 260711, STF-RE 399171, STJ-MS 11801, STJ-RESP 489053, STJ-RMS 19291, STJ-RMS 22489, STJ-RMS13311 e STJ-RMS21438.

constante necessidade de superação pessoal e familiar numa sociedade repleta de discriminações.

4. FEDERALISMO BRASILEIRO

4.1. Características básicas

O federalismo nacional pode ser considerado como assimétrico⁷, tendo em vista que não segue a similitude das características tradicionais do Federalismo quando se trata de reconhecer o Município como ente federal, enquanto que, a característica geral do federalismo determina apenas dois níveis de Governo.⁸

Preleciona José Roberto Anselmo:

[...] a elevação do Município à condição de membro da federação trouxe a atribuição de uma série de competências que muitas vezes não são cumpridas. A totalidade dos Municípios brasileiros não tem condições financeiras de cumprir o papel que lhes foi outorgado. O resultado é que a demanda social crescente não é satisfeita, pois os recursos próprios e repasses financeiros do Município são insuficientes, o que ocasiona uma dependência excessiva da União e dos Estados.⁹

Para a Constituição de 1988, temos certas características da federação brasileira, sendo que passaremos analisar algumas delas:

4.2. Ordens governamentais distintas e sua coexistência.

Os entes federativos, dentro da realidade brasileira, passaram a ter a possibilidade de auto-organização, estabelecendo sua própria Constituição, de modo que reconheceu-se a eles um Poder Constituinte próprio com poderes decorrentes do Poder Constituinte originário.

Artigo 11, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

Art. 11 – Cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta.

7. TORRECILLAS RAMOS, Dircêo. **O federalismo assimétrico**. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 63: “Federalismo assimétrico refere-se a uma situação onde as diversidades dentro de uma sociedade maior encontra expressão política, através dos governos componentes. Estes possuem vários graus de autonomia e poder. (grifos inexistentes no original)
8. ANSELMO, José Roberto. **O papel do Supremo Tribunal Federal na concretização do federalismo brasileiro**. Tese de doutorado defendida na PUC-SP, ano de 2006, para obtenção do título de doutor em direito, sob orientação do Livre docente Luiz Alberto David Araújo. p. 123.
9. ANSELMO, ob. cit., 2006, p. 123.

Parágrafo único. Promulgada a Constituição do Estado, caberá à Câmara Municipal, no prazo de seis meses, votar a Lei Orgânica respectiva, em dois turnos de discussão e votação, respeitado o disposto na Constituição Federal e na Constituição Estadual.

O federalismo instituído pela Constituição Federal de 1988, de forma assimétrica, estabeleceu, além das duas ordens governamentais tradicionais do federalismo (União e Estados), a inclusão dos Municípios como entes federais.¹⁰

Artigo 1. CF/88 – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

Leciona Fernanda Dias Menezes Almeida:

Os Estados-membros da Federação **não gozam de soberania**, isto é, daquele poder de autodeterminação plena, não condicionada a nenhum outro poder externo ou interno. A soberania passa a ser apanágio exclusivo do Estado federal. Desfrutam os Estados-membros, isto sim, de **autonomia, ou seja, de capacidade de autodeterminação dentro do círculo de competências traçado pelo poder soberano**, que lhes garante auto-organização, auto-governo, auto-legislação e auto-administração, exercitáveis sem subordinação hierárquica dos Poderes estaduais aos poderes da União.¹¹ (*destaques inexistentes no original*)

4.3 Repartição de competências

A repartição de competência é traço do federalismo, vez que, neste ponto temos a autonomia de cada ente federativo, os Estados-membros, no sentido de manter a harmonia entre os Entes federados, de modo que um não interfira na esfera de competência do outro, e se o fizer, que isso ocorra nos moldes constitucionais.

Nosso sistema contempla competências atribuídas de forma exclusiva, indelegáveis a outros entes federativos, e privativa, que podem ser delegáveis. A indelegabilidade das competências constitucionais é a regra, frente à divisão de competências. Em princípio, as competências atribuídas são sempre indelegáveis, salvo expressa autorização constitucional.¹²

Neste sentido dispõe o artigo 22 da CF/88:

Artigo 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

10. ANSELMO, ob. cit., 2006, p. 124.

11. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. 2º ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 25.

12. ANSELMO, ANSELMO, ob. cit., 2006, p. 127.

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Observe-se ainda, que no Estado federal temos a nítida distinção entre soberania e autonomia, aspecto este que deve ficar bem claro em nosso estudo, de modo que possamos prosseguir.

No Estado federal há de se distinguir soberania, autonomia e seus respectivos titulares. O Estado federal é pessoa reconhecida pelo direito internacional como único titular de soberania, considerada o poder supremo consistente na capacidade de autodeterminação. Os Estados federados são titulares somente de autonomia, compreendida como governo próprio dentro de um círculo de competências traçadas pela Constituição.¹³

As competências, de acordo com o texto constitucional de 1988, apresentam-se como um sistema “complexo em que convivem competências privativas, repartidas horizontalmente, com competências concorrentes, repartidas verticalmente, abrindo-se espaço também para a participação das ordens parciais na esfera de competências próprias da ordem central, mediante delegação”.¹⁴

Com arrimo nas competências privativas, temos que o texto constitucional cuidou de tratar em alguns dispositivos aspectos importantes atinentes a esta modalidade de competência, a se destacar: quanto a União, nos artigos 21 e 22; Estados artigos 25 e 18; Município artigo 30; todos trazendo previsões quanto a competências privativas desses entes.

Destaque-se que na Constituição de 1988, “o Distrito Federal comparece também como integrante da Federação (arts. 1º e 18) pelo que não é demais lembrar as normas atinentes à sua competência”. Prossegue: “cabe mencionar, portanto, que o artigo 32, § 1º, da Constituição atribui ao Distrito Federal as competências legislativas reservadas aos Estados e aos Municípios”.¹⁵

Prosseguindo, passamos a análise da competência comum, sendo que nessa trilha leciona Andraci Atique:

As competências materiais pertencentes a mais de um ente federativo recebem o nome de competência comum, cumulativa ou paralela (art. 23). Como exemplo de competências comuns, temos: zelar pela guarda da Constituição, das leis, e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público (inciso I); cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas

13. ATIQUE, Andraci Lucas Veltroni. **Federação e competência para legislar**: estudo de um caso. Bauru, SP: Edite, 2006. p. 77.

14. ALMEIDA, ob. cit., 2000, p. 74.

15. ALMEIDA, ob. cit., 2000, p. 75.

portadoras de deficiência (inciso II); proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência (inciso V); proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (inciso VI), etc.¹⁶

Portanto, temos que as competências comuns foram disciplinadas dentro do texto constitucional de 1988, nos artigos 23 e 24. Cuidou o constituinte de atribuir a todos os entes federativos tal atribuição, no sentido de que, estão sob os auspícios dessa modalidade de competência, valores que merecem bastante atenção na estrutura federativa, valores estes que devem ser contemplados em toda sua totalidade, e, em assim fazendo, cuidou o constituinte, de oferecer maiores condições de efetividades para estes valores.

Nesta trilha leciona José Roberto Anselmo:

As competências comuns também são conhecidas como cumulativas ou paralelas, já que podem ser exercitadas conjuntamente pelos entes federais, estando previstas no artigo 23 da Constituição. Neste grupo a atuação de um não exclui a dos demais entes. O que se percebe é que a Constituição estabeleceu um rol de competências que devem ser materializadas, daí a necessidade de serem partilhadas pois se um não exercitar a competência outro ente poderá fazê-lo.¹⁷

Ainda no critério vertical, ao lado das competências comuns, temos as competências concorrentes, na qual todos os entes federativos podem legislar sobre a matéria, observados alguns critérios. Neste contexto, “sempre que a União não exercitar a competência de editar normas gerais, o Estado poderá exercitar a competência de forma plena. Havendo a edição de norma geral superveniente pela União, a norma editada pelo Estado ficará suspensa se contrariá-la”.¹⁸

Leciona Fernanda Menezes:

De outra parte, no artigo 24 figura a competência legislativa concorrente mediante a qual União, Estados e Distrito Federal podem legislar sobre as matérias que o dispositivo arrola, observado o disposto em seus quatro parágrafos. Embora o artigo 24 não indique os Municípios entre os titulares da competência legislativa concorrente, não ficaram eles dela alijados. Deslocada, no inciso II do artigo 30, consta à competência dos Municípios de suplementar a legislação federal e estadual no que couber.¹⁹

Frise-se ainda que as competências concorrentes são de caráter exclusivamente legislativo.²⁰

16. ATIQUÉ, ob. cit., 2006, p. 92.

17. ANSELMO, ob. cit., 2006, p. 128.

18. ANSELMO, ob. cit., 2006, p. 129.

19. ALMEIDA, ob. cit., 2000, p. 75.

20. ATIQUÉ, ob. cit., 2006, p. 92.

Observamos que a preocupação quanto à competência legislativa concorrência se fixa, no sentido de apurar em qual momento poderá os demais entes incorporar tal competência em face da ausência de atuação da União. A competência está disciplinada em primeiro plano a União, e apenas de modo suplementar aos Estados. De qualquer forma, em havendo qualquer usurpação, caberá ao Estado apreciar o embaraço.

4. VISÃO MONOCULAR E AS VAGAS EM CONCURSOS PÚBLICOS

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 37, inciso VIII, que "*a lei reservar a percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão*".

A Administração Federal, em razão do que dispõe a Lei nº 8.112/90 e o Decreto nº 3.298/99, deve reservar até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas em concurso público às pessoas portadoras de deficiência. Assim dispõe o § 2º do art. 5º da Lei 8.112/90:

As pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscreverem em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

É necessário salientar que pessoa com deficiência não é a pessoa inválida. Reconhecida a invalidez à pessoa sequer pode ingressar no serviço público e se nele já houver ingressado deverá ser necessariamente aposentada. A visão monocular (possuir visão de apenas um dos olhos) é sem sombra de dúvidas uma deficiência física, pois nos termos do já mencionado do art. 4º do Decreto nº 3.298, "É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias: I - deficiência física - **alteração completa** ou parcial **de um** ou mais **segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física,...**" O caso da visão monocular enquadra-se descrição deste inciso I, pois, não é o caso de deficiência visual pura e simplesmente.

Para dar efetividade à norma constitucional, a jurisprudência dos tribunais pátrios vem consagrando o entendimento de que visão monocular constitui deficiência física e não mera deficiência visual. Neste sentido, sobre todos merecem destaques alguns acórdãos, cujas ementas abaixo seguem transcritas:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA AGENTE-FISCAL DO TESOUREIRO NACIONAL. CANDIDATO COM VISÃO MONOCULAR. EXCLUSÃO DO BENEFÍCIO DE RESERVA DE VAGA. DISTINÇÃO ENTRE DEFICIÊNCIA E INVALIDEZ. 1 - Deficiência, para efeito de reserva de

vagas em concurso público, é a situação intermediária entre a plena capacidade e a invalidez. 2 - **A visão monocular cria barreiras físicas e psicológicas na disputa de oportunidades no mercado de trabalho, situação esta que o benefício de vagas tem por objetivo compensar.** 3 - Caso em que não se vislumbra prejuízo concreto para outros candidatos. (TRF –1ª Região - Classe: AMS – Apelação em Mandado de Segurança – 01000817891; Processo: 199901000817891; UF: DF; Órgão Julgador: Primeira Turma; Data da decisão: 02/06/2000; Documento: TRF100095196; DJ data: 26/06/2000; página: 18 – Relator Juiz Plauto Ribeiro).

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - PORTADOR DE DEFICIÊNCIA - VISÃO MONOCULAR - LIMITAÇÃO - EXIGÊNCIA DE ESFORÇOS ADICIONAIS. ORDEM CONCEDIDA. "Estando caracterizado que a deficiência ocular do impetrante enseja esforço adicional para o desempenho de seu labor físico e mental, deve o mesmo ser reconhecido como portador de deficiência para fins de admissão no serviço **público vez que aprovado em concurso público nas vagas destinadas em situações que tais**". (MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.00.298317-9/000(1) – TJMG, 4º GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS. Relator: Des. ALVIM SOARES, Data da publicação: 09/04/2003)

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES - CONCURSO PÚBLICO - EDITAL REGIDO PELA LEI N. 11.867/1995 - VAGAS PARA DEFICIENTES FÍSICOS - EDIÇÃO DE RESOLUÇÃO POSTERIOR À HOMOLOGAÇÃO DO CERTAME - CANDIDATO APROVADO E NOMEADO - EFEITOS RETROATIVOS PREJUDICIAIS - INADMISSIBILIDADE - CEGUEIRA TOTAL DO OLHO DIREITO E PARCIAL DO ESQUERDO - DEFICIÊNCIA VISUAL CARACTERIZADA PARA FINS DE SUPRIMENTO DA RESERVA LEGAL. **O candidato que sofre de cegueira total do olho direito e parcial do esquerdo atende aos requisitos estabelecidos pela Lei n. 11.867/1995**, que rege o edital - lei do concurso -, não se lhe podendo impor efeitos prejudiciais retroativos, oriundos de resolução editada posteriormente à sua nomeação. Ademais, quando se diz "melhor olho", supõe-se a existência de visão binocular e, no caso, o embargado não tem "melhor olho", mas apenas um só – visão monocular - e mesmo assim, deficiente. (EMBARGOS INFRINGENTES (C. CÍVEIS) Nº 1.0000.00.349482-0/001 – TJMG, QUINTA CÂMARA CÍVEL Relator: Des. NEPOMUCENO SILVA, Data da publicação: 04/06/2004)

A Jurisprudência pátria é pacífica em admitir a inscrição de candidatos portadores de visão monocular na reserva de vagas destinadas aos portadores de deficiência, conforme decisão do ilustre Antonio Cezar Peluso, Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), no exercício de função no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), *in verbis*²¹:

21. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso em Mandado de Segurança, Processo nº. 453 UF: PB, Ministro Antonio Cezar Peluso Data do julgamento: 20/06/2006. Publicação: DJ - Diário de justiça, Data 01/08/2006, Página 177.

SERVIDOR PÚBLICO. CARGO DE PROVIMENTO EFETIVO EM TRE. **CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO COM DEFICIÊNCIA FÍSICA. PORTADOR DE VISÃO MONOCULAR. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO PARA ESSE FIM. REPUTA-SE DEFICIENTE FÍSICO, PARA EFEITO DE CONCURSO PÚBLICO, QUEM SEJA PORTADOR DE VISÃO MONOCULAR POR AUSÊNCIA DE GLOBO OCULAR.**

(...)

A Procuradoria-Geral Eleitoral opinou pelo provimento do recurso ordinário (fl.152).

O recorrente demonstrou o direito líquido e certo que invoca. Adoto o parecer da PGE como razão de decidir e dele transcrevo:

(...)

12. Deficiente físico é aquele indivíduo que apresenta, em caráter permanente, perdas ou anormalidades de sua estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que geram incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.

13. O art. 4º, III, do Decreto 3.298, que regulamenta a Lei n.º 7.853/89, assim dispõe:

Art. 4º. É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I - omissis

II - omissis

III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menos que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º, ou ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; (Redação dada pelo Decreto 5.296).

14. Da interpretação literal deste artigo concluo que os critérios dirigem-se aos deficientes que possuem visão em ambos os olhos, pois desnecessária seria a afirmação “melhor olho”.

15. No caso dos autos, o recorrente não possui um “melhor olho”, uma vez que é cego do olho direito.

16. O objetivo do benefício da reserva de vaga é compensar as barreiras que tem o deficiente para disputar as oportunidades no mercado de trabalho. **Não há dúvida que uma pessoa que só enxergue de um olho tenha barreiras psicológicas e restrições para o desempenho das atividades laborais. Portanto, deve ser enquadrado como candidato a concurso público na classe de deficiente físico.**

17. Dessa forma entendo que o recorrente é deficiente físico, pois é portador de visão monocular, ou seja, ausência do globo ocular direito, o que é uma deficiência física incurável, fugindo assim do padrão normal do ser humano.

[...] (153-155).

3. Assim, com base no parecer que invoquei e autorizado do art. 36, § 7º, do RITSE, **dou provimento ao recurso ordinário, para, concedendo a ordem, determinar ao TRE que, observada a ordem de classificação do ora recorrente, proceda à sua nomeação.** (grifou-se)

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se uma pequena evolução no cenário brasileiro, onde a aceitação da pessoa com deficiência começa a ser uma preocupação não só de um pequeno grupo, mas do Estado como um todo.²² Temos algumas decisões dos tribunais brasileiros que corroboram esse entendimento, garantindo, por exemplo, transporte gratuito para a pessoa com deficiência e também para o seu acompanhante²³.

Essa mudança de cenário é algo muito positivo, mas ainda é pouco, pois vinte anos após a promulgação da Constituição, presenciavam-se, diariamente, situações em que a dignidade da pessoa humana é malferida, não apenas pela violência direta em que há o repúdio da sociedade, mas, principalmente, pelas formas veladas como o preconceito, o racismo e, acima de tudo, pela falta de oportunidade para sociabilidade.

Denota-se, com solar clareza, a importância e a imponência do princípio constitucional da proteção da dignidade humana, bem como sua força soberana, quando confrontado com outros postulados de magnitude, sendo imensamente gratificante perceber que, paulatinamente, o nobre Poder Judiciário brasileiro não vem medindo esforços para fomentar sua inexorável defesa. A existência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia estão na prática dos atos administrativos do Estado voltados para o homem.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competências na Constituição de 1988*. 2º ed. São Paulo: Atlas, 2000.

22. Nesse sentido, por exemplo: AGRAVO Nº 1.0245.07.103496-2/001.

23. Nesse sentido, por exemplo: Apelação Cível 692 100 5/8 - Presidente Prudente - Voto 545 (TJSP).

- ALTAFIN, Juarez. *O Cristianismo e a Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- ANSELMO, José Roberto. *O papel do Supremo Tribunal Federal na concretização do federalismo brasileiro*. Tese de doutorado defendida na PUC-SP, ano de 2006, para obtenção do título de doutor em direito, sob orientação do Livre docente Luiz Alberto David Araújo.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. Saraiva: São Paulo, 2007.
- _____. A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos. In: Daniel Sarmiento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.
- ATIQUE, Andraci Lucas Veltroni. *Federação e competência para legislar: estudo de um caso*. Bauru, SP: Edite, 2006.
- BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. 1 vol.
- BAUMAN, Zygmunt. *COMUNIDADE: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.
- BERLIN, Isaiah. Meu Caminho Intelectual. In: Henry Hardy (org.). *A força das idéias*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 5ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- _____. *Teoria do Estado*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. *A Dignidade Humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

- DIMOULIS, Dimitri (coord.). *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *I Diritti Presi Sul Serio*. Bologna: Mulino, 1982.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: a responsabilidade do administrador e do Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. *Direitos Fundamentais Sociais: releitura de uma constituição dirigente*. Curitiba: Juruá, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Abril, 2002.
- _____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, s.d.
- KRELL, Andréas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da Pessoa Humana*. Curitiba: Juruá, 2003.
- NUNES, Avelãs José António. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Editora Caminho Nosso Mundo: Lisboa, 2003.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Direito à Vida Digna*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.
- _____. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Martin Claret, 2000.
- SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Jurídica, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ªed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

- _____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira; GOTTEMS, Claudinei J. *Direitos fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição brasileira*. Birigui: Boreal, 2008.
- _____; PICCIRILO, Miguel Belinati. *Inclusão social e direitos fundamentais*. Birigui: Boreal, 2009.
- _____; ROSTELATO, Telma Aparecida. Inclusão social, processo coletivo e minorias no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista IMES Direito*, v. 9, p. 221-237, São Caetano do Sul – SP: 2009.
- TORRECILLAS RAMOS, Dircêo. *O federalismo assimétrico*. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito na Sociedade Moderna: contribuição à crítica da teoria social*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.
- WERNECK, Claudia. Aqui está o melhor da raça humana! Artigo publicado no *Jornal do Brasil* em setembro de 2000. Disponível em: <http://www.escoladegente.org.br/mypublish3/VisualizarPublicacao.asp?CodigoDaPublicacao=111&visualizar=1&CodigoDoTemplate=1>. Acesso em 18 de Agosto de 2008.
- ZOLLINGER, Márcia. *Proteção Processual aos Direitos Fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2006.

VI

OS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA (LEI Nº 12.153, DE 22.12.2009)

Humberto Theodoro Júnior

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador Aposentado do TJMG. Membro da Academia de Direito de Minas Gerais, do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e da International Association of Procedural Law. Advogado.

RESUMO: O estudo faz uma análise geral da recente figura do Juizado Especial da Fazenda Pública, regulado pela Lei n.º 12.153, de 22.12.2009, e de sua integração no sistema geral de Juizados Especiais no âmbito da Justiça dos Estados, Territórios e Distrito Federal. Procura identificar os traços comuns e os diferenciadores no cotejo do novo Juizado com os que o antecederam, ou seja, o Juizado Especial Cível e o Juizado Especial Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Juizado Especial – Fazenda Pública – Regulamentação.

ABSTRACT: This paper reviews the role of the Special Tax Court, as regulated by Act 12.153 of December 12, 2009 and how it integrates with the General System of Special Courts on the level of the states, the territories and the Federal district. It seeks to identify both common and distinguishing features between the new Special Court and those preceding it, namely, the Special Civil Court and the Special Federal Court.

KEYWORDS: Small Claims Court – Public Treasury – Regulation.

Sumário • 1. Introdução –2. A instituição dos Juizados Especiais da Fazenda Pública –3. Disciplina legal –4. Competência absoluta –5. Composição do órgão julgante –6. Competência do órgão julgante –7. Legitimação –8. Ministério Público –9. Representação das partes –10. A presença do advogado nos Juizados Especiais da Fazenda Pública –11. Atos de comunicação processual e prazos –12. Petição inicial, citação e resposta –13. Audiência de conciliação –14. Instrução probatória –15. Sentença e reexame necessário –16. Tutela de urgência (medidas cautelares e antecipatórias) –17. Recursos nos Juizados Especiais da Fazenda Pública –18. Uniformização de jurisprudência nos Juizados Especiais da Fazenda Pública –19. Causas repetitivas –20. Medidas de urgência –21. Cumprimento da sentença –22. Obrigações de fazer, não fazer ou de entrega de coisa –23. Obrigações de quantia certa –24. Direito intertemporal.

1. INTRODUÇÃO

Ao traçar as regras de organização do Poder Judiciário, a Constituição de 1988 determinou que a União e os Estados deveriam criar Juizados Especiais

providos de juízes togados e leigos, com competência para “a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade” (art. 98, I). No próprio dispositivo constitucional, ficou determinado que o procedimento a observar nesses Juizados Especiais teria de ser *oral, sumaríssimo e desvinculado da hierarquia recursal dos tribunais comuns de segundo grau*, cabendo à lei disciplinar as hipóteses de transação e recursos cujo julgamento se daria por turmas de juízes de primeiro grau.

A instituição dos Juizados Especiais, portanto, haveria de se efetivar por meio da legislação infra constitucional de organização judiciária, de iniciativa da União, no caso da Justiça Federal e Territórios, e de lei estadual, no caso da Justiça dos Estados. Quanto ao processo, porém, somente a lei federal poderia discipliná-lo, em virtude da reserva de competência legislativa prevista no art. 22, nº I, da Constituição.

A implantação desses novos órgãos judiciais tem sido feita paulatinamente, a partir da Lei nº 9.099, de 26.09.1995, a que se seguiram as Leis nºs 10.259, de 12.07.2001, e 12.153, de 22.12.2009, tendo todas elas cumprido a missão de regular o processo de prestação jurisdicional dos Juizados Especiais, seja no âmbito das Justiças Estaduais, seja da Justiça Federal. Esta última lei federal completou o ciclo normativo necessário à instalação de mecanismos judiciários idealizados constitucionalmente para facilitar e simplificar o tratamento, na Justiça, das causas menos complexas e de menor valor.

A justificativa para o estabelecimento de uma justiça especial para as causas de pequeno valor e de menor complexidade foi a de que os custos e as dificuldades técnicas do processamento perante a justiça comum provocavam o afastamento de numerosos litígios do acesso à tutela jurisdicional, gerando uma *litigiosidade contida* não compatível com a garantia de tutela ampla e irrestrita assegurada pela Constituição (art. 5º, nº XXXV). Daí a necessidade de criar órgãos e procedimentos desburocratizados e orientados por princípios de singeleza e economia, para que nenhum titular de direitos e interesses legítimos continuasse à margem da garantia fundamental de acesso à justiça.

A primeira lei processual a disciplinar a atuação dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/1995), guardando fidelidade ao norteamento constitucional, cumpriu a tarefa de proclamar os *princípios informativos* do processo específico sob cuja regência operariam os novos órgãos jurisdicionais. De acordo com seu art. 2º, o processo em questão “orientar-se-á pelos critérios da (i) *oralidade*, (ii) *simplicidade*, (iii) *informalidade*, (iv) *economia processual* e (v) *celeridade*, buscando, sempre que possível, (vi) a *conciliação ou a transação*”.

O ideal, nos Juizados Especiais, é que a palavra falada seja mais usada que a escrita; que a controvérsia seja, sempre que possível, solucionada numa única audiência; que o formalismo seja completamente abandonado, sem prejuízo, é claro, do direito ao contraditório e defesa; que o sistema seja sempre operado de forma a produzir “o máximo de vantagem com o mínimo de dispêndio e energias”; que o processo demore “o mínimo possível”, sem prejuízo do equilíbrio entre “os valores da justiça e da celeridade”; que haja uma constante busca da “auto-composição”, realizando, sempre que possível, a “*justiça coexistencial*” tão valorizada por CAPPELLETTI, a qual, na ótica de ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, “é essencial para que se obtenha, através da jurisdição, a pacificação social, escopo magno do Estado Democrático”¹.

2. A INSTITUIÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA

Com base no art. 98, I, da Constituição, a Lei nº 12.153, de 22.12.2009, determinou a criação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, como órgãos da Justiça Comum e integrantes do sistema já existente dos Juizados Especiais (art. 1º, *caput*). Com isso, o sistema dos Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal passou a ser formado por (a) Juizados Especiais Cíveis; (b) Juizados Especiais Criminais e (c) Juizados Especiais da Fazenda Pública (art. 1º, parágrafo único).

Antes da Lei nº 12.153 já existia, no âmbito da União, o Juizado Especial Federal, instituído e regulado pela Lei nº 10.259, de 12.07.2001, como órgão da Justiça Federal, com competência para processar, conciliar e julgar causas atribuídas àquela Justiça de valor até sessenta salários mínimos (art. 3º, *caput*).

A Fazenda Pública estadual e municipal, que estava fora do sistema de Juizados Especiais, passou a nele figurar a partir da Lei nº 12.153, de 22.12.2009 (DOU de 23.12.2009), com vigência programada para seis meses após sua publicação.

Diversamente do que ocorre com os Juizados Especiais Federais, onde não se cogita da atuação dos juízes leigos, os Juizados Especiais da Fazenda Pública instituídos pela Lei nº 12.153/2009 funcionam com o concurso de juízes togados, juízes leigos e conciliadores, tal como os demais órgãos judicantes que integram o sistema local de Juizados Especiais no âmbito da Justiça dos Estados (art. 15)².

1. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 10-25.
2. Embora a Lei nº 10.259/2001 não faça qualquer menção à figura do juiz leigo na composição do Juizado Especial Federal, JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR é de opinião que não há óbice legal à sua adoção, bastando, para tanto, recorrer à aplicação subsidiária da Lei nº 9.099/1995 (*Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*. São Paulo: RT, 2006, p. 106-107). Deve-se lembrar, ainda, que a presença de

3. DISCIPLINA LEGAL

Regem-se os Juizados Especiais da Fazenda Pública especificamente pela Lei nº 12.153, de 22.12.2009. Subsidiariamente, aplicam-se também as disposições do Código de Processo Civil, da Lei nº 9.099, de 26.09.1995 (Lei dos Juizados Especiais e Criminais) e da Lei nº 10.259, de 12.07.2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais), naquilo que, naturalmente, não conflitar com a disciplina traçada pela lei específica.

Pela comunhão de princípios informativos, pela adoção de procedimento sumaríssimo basicamente igual, e pela própria remissão legal feita entre os três diplomas normativos, deve-se reconhecer que todos eles formam uma unidade institucional, isto é, um só estatuto, qual seja, o estatuto legal dos Juizados Especiais brasileiros. Não havendo, portanto, conflito entre regras explícitas, os dispositivos de quaisquer das três leis podem ser aplicadas nos procedimentos de qualquer um dos diferentes Juizados.

Além disso, prevê a Lei nº 12.153, que os Tribunais de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, no âmbito de suas competências, expedirão normas regulamentando os procedimentos a serem adotados para o processamento e o julgamento do pedido de uniformização de jurisprudência e do recurso extraordinário, em relação aos casos julgados pelos Juizados Especiais da Fazenda Pública (art. 20).

4. COMPETÊNCIA ABSOLUTA

Não vigora para os Juizados da Fazenda Pública a liberdade de opção das partes entre eles e a justiça ordinária. “No foro onde estiver instalado o Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é *absoluta*” (Lei nº 12.153, art. 2º, § 4º)³, diversamente do regime de livre escolha adotado pela Lei n.º 9.099,

juízes leigos nos Juizados Especiais, qualquer que seja a justiça que venham a integrar, corresponde a um designio de origem constitucional (CF, art. 98, I), que não convém ao legislador ordinário desprezar ou ignorar. A verdade, porém, é que nos quase dez anos de operação dos Juizados Especiais Federais não se tem notícia de movimento algum no sentido de dotá-los de juízes leigos.

3. “A competência se diz *absoluta* quando não pode ser modificada pela vontade das partes, ao contrário da relativa que admite essa modificação” (ALVIM, J. E. Carreira. *Juizados Especiais Federais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 22). Assim, “nos termos do § 3º do art. 3º da Lei nº 10.259/01, no foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é *absoluta*, o que significa que não tem o autor, como nos juizados especiais estaduais, o direito de optar pela vara federal comum” (idem, p. 21). O mesmo ocorre em relação aos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito da Justiça Estadual, visto que a lei nº 12.153/2009, em seu art. 2º, § 4º, adota o mesmo critério de competência *absoluta* preconizado pela Lei 10.259/2001 para a Justiça Federal.

art. 3º, §3º, para ingresso da parte na justiça comum ou nos juizados especiais cíveis dos Estados.

A competência absoluta *in casu* vigora, no entanto, apenas para as causas ajuizadas depois da instalação do juizado especial, de modo que são vedadas as transferências de demandas aforadas anteriormente perante as varas da justiça ordinária (art. 24). Não se aplica, portanto, a regra geral do art. 87 do CPC, que, nos casos de competência em razão da matéria, manda prevalecer sobre os processos em curso a inovação legal superveniente.

A Lei nº 12.153, por outro lado, permite aos Tribunais de Justiça a implantação dos Juizados Especiais com competência temporariamente menor do que a prevista em seu art. 2º. Essa limitação, porém, só deverá prevalecer até cinco anos a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.153. A justificativa para a medida será a “necessidade da organização dos serviços judiciários e administrativos” (art. 23). Os Juizados Especiais da Fazenda Pública, porém, deverão ser instalados pelos Tribunais de Justiça no prazo de dois anos a contar da vigência da Lei nº 12.153 (art. 22).

5. COMPOSIÇÃO DO ÓRGÃO JUDICANTE

O Juizado Especial da Fazenda Pública será presidido por um juiz togado, auxiliado por conciliadores e juízes leigos. As respectivas atribuições são as previstas nos arts. 22, 37 e 40 da Lei nº 9.099/1995. A presença de conciliadores e juízes leigos não é uma criação do legislador infraconstitucional, decorre de uma programação constitucional (CF, art. 98, I) traçada com o nítido propósito de realizar, por meio dos Juizados Especiais, uma justiça *coexistencial*, onde a tônica se dê sobre a conciliação, a economia processual e a informalidade. A presença de juízes leigos tende a dinamizar o procedimento, visto que, por obra de gestão da Justiça, a figura clássica e solitária do juiz togado pode desdobrar-se em numerosos juízes não togados dentro do mesmo juízo, cuja quantidade poderá variar sempre em função do volume de causas existentes. Além disso, a presença e a circulação de juízes oriundos do povo permite a internalização no sistema dos Juizados Especiais, de critérios menos frios do que os rigidamente seguidos na Justiça ordinária, facilitando a aproximação dos litigantes para as soluções consensuais e permitindo que as sentenças, quando não obtido o acordo, sejam mais próximas da experiência da vida e dos sentimentos gerais da comunidade⁴.

4. Para o Deputado Gilberto Nascimento Flávio Dino, “tais atores [conciliadores e juízes leigos] simbolizam a participação popular na administração da justiça, uma das singularidades do Estado Democrático de Direito. A eficiência de sua atuação já restou comprovada pela experiência dos Juizados Especiais Cíveis”

Pena é que, nesses anos iniciais de implantação dos Juizados Especiais, pouca ênfase tem sido dada à integração dos juízes leigos em seus quadros funcionais.

A designação dos conciliadores e juízes leigos far-se-á na forma da legislação dos Estados e do Distrito Federal (Lei nº 12.153, art. 15), observado o seguinte regime:

- a) Os conciliadores e juízes leigos são qualificados legalmente como “auxiliares da justiça” (art. 15, § 1º);
- b) Os conciliadores não precisam ser, necessariamente advogados, mas deverão, de preferência, ser recrutados entre bacharéis em direito (§ 1º);
- c) Os juízes leigos deverão ser advogados com mais de dois anos de experiência (§ 1º, *in fine*);
- d) Os juízes leigos ficarão impedidos de exercer a advocacia, não em sua plenitude, mas apenas perante os Juizados Especiais da Fazenda Pública, em todo o território nacional, enquanto no desempenho de suas funções (§ 2º);
- e) A condução da audiência de conciliação é feita pelo conciliador, sob supervisão do juiz (art. 16), que tanto poderá ser um juiz togado como leigo (Lei nº 9.099/1995, arts. 21 e 22);
- f) A função do juiz leigo é a prevista na Lei nº 9.099/1995⁵.

6. COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO JUDICANTE

Cabe aos Juizados Especiais da Fazenda Pública, respeitadas as regras gerais definidoras da competência de foro, “processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos” (Lei nº 12.153, art. 2º, *caput*), inclusive aquelas pertinentes às respectivas autarquias, fundações e empresas públicas (*idem*, art. 5º, II).

(Câmara aprova criação de juizados especiais da Fazenda Pública. Disponível em: <http://www.direito2.com.br/acam/2009/mai/14/camara-aprova-criacao-de-juizados-especiais>; acesso em 11.1.2010).

5. O juiz leigo pode presidir a audiência, tanto de conciliação como de instrução e julgamento (Lei nº 9.099, arts. 21 e 22). Tendo dirigido a instrução, caberá ao juiz leigo proferir a sentença, a qual será imediatamente submetida ao juiz togado, “que poderá homologá-la, proferir outra em substituição ou, antes de se manifestar, determinar a realização de atos probatórios indispensáveis” (Lei nº 9.099, art. 40). O ato decisório do juiz leigo, portanto, é apenas um esboço de sentença, já que sua eficácia dependerá de homologação do juiz togado.

Excluem-se, porém, dessa competência, as seguintes causas, nos termos do § 1º citado artigo, 2º, todas havidas como de maior complexidade e, portanto, não compatíveis com o procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais:

- I – as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais e as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos⁶;
- II – as causas sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas;
- III – as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares.

Se a pretensão versar sobre obrigações vincendas, “para fins de competência do Juizado Especial, a soma de 12 (doze) parcelas vincendas e de eventuais parcelas vencidas não poderá exceder o valor referido no *caput* deste artigo”, ou seja, 60 (sessenta) salários mínimos (art. 2º, § 2º).

A proposta legislativa do Deputado Antônio Carlos Valadares destacou que, além dos conflitos entre a Administração e seus servidores, o Juizado Especial da Fazenda Pública será de grande serventia nos pequenos conflitos gerados por impugnações de lançamentos fiscais, como os de IPTU (antes, naturalmente, do ajuizamento da execução fiscal), de cassação ou anulação de multas de trânsito e atos de postura municipal, entre outras demandas, que dificilmente se compatibilizariam com o ônus e custos da justiça ordinária. Aliás, é bom lembrar que a Lei nº 10.259, no campo dos Juizados Especiais Federais, já ressalvava a competência daqueles entes judiciais para conhecer das ações de cancelamento ou anulação dos atos administrativos relacionados com os lançamentos fiscais (arts. 3º, § 1º, nº III)⁷

6. O fato de o inciso II se referir apenas às demandas sobre direitos “coletivos ou difusos” como excluídas da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública não importa inclusão das ações coletivas sobre direitos individuais homogêneos na esfera de competência daqueles juizados. Em primeiro lugar porque a ação exercitável perante o Juizado Especial em questão somente pode ter como autor *pessoa física, micro-empresa ou empresa de pequeno porte* (Lei nº 12.153, art. 5º, I), entidades que não se legitimam a propor ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos (CDC, art. 82). Segundo, porque as ações coletivas, quaisquer que sejam elas, revestem-se de complexidade não compatível com o procedimento simples e célere dos Juizados Especiais, razão pela qual não se pode reconhecer como cabíveis naqueles juizados senão as ações singulares.
7. Segundo a Lei nº 12.153, nos Juizados Especiais da Fazenda Pública “será possível ajuizar demandas contra Estados e Municípios e discutir cobranças de ICMS, IPTU e IPVA, além de multas de trânsito ou ambiental. O valor da causa, no entanto, não pode ultrapassar 60 salários mínimos – em torno de R\$30 mil” (ADRIANA AGUIAR. Juizados receberão processos tributários. Disponível em <http://www.incorporativa.com.br/mostranews.php?id=3144>. Acesso em 12.1.2010).

O Projeto aprovado no Congresso previa que ocorrendo litisconsórcio ativo para o limite de sessenta salários, determinado pelo *caput* e pelo § 2º do art. 2º, seria considerado individualmente por autor (§ 3º). O dispositivo, entretanto, foi objeto de veto presidencial. Considerou-se que grandes litisconsórcios, envolvendo problemas de grupo numeroso de litigantes gerariam complexidade procedimental incompatível com a singeleza e celeridade própria dos Juizados Especiais⁸. Assim, os pedidos formulados pelos diversos autores consorciados deverão de ser somados e somente prevalecerá a competência do Juizado Especial se o total não ultrapassar sessenta salários mínimos.

Na verdade, embora o art. 2º cuide basicamente do pequeno valor da causa como o critério geral a observar na definição da competência do Juizado Especial da Fazenda Pública, a exclusão, *ratione materiae*, feita em seu § 1º, demonstra que se trata não só de um juízo de pequenas causas, mas também de causas de menor complexidade, devendo as duas condicionantes serem observadas cumulativamente.

7. LEGITIMAÇÃO

Conforme dispõe o art. 5º da Lei nº 12.153, que não discrimina entre pessoas físicas e pessoas jurídicas, podem ser partes no Juizado Especial da Fazenda Pública:

- I – como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006⁹;
- II – como réus, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas.

Sobre a intervenção de terceiros, observar-se-á o art. 10 da Lei nº 9.099/1995, ou seja, apenas o litisconsórcio se apresenta possível no Juizado Especial da Fazenda Pública¹⁰. Quaisquer outras figuras interventivas são excluídas por

8. As razões do veto ao §3º do art. 2º foram as seguintes: “ao estabelecer que o valor da causa será considerado individualmente, por autor, o dispositivo insere nas competências dos Juizados Especiais ações de maior complexidade e, conseqüentemente, incompatíveis com os princípios da oralidade e da simplicidade, entre outros previstos na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995” (DOU 23.12.2009).

9. A Lei nº 12.153 não exige que o autor pessoa física seja maior e capaz. O incapaz, portanto, pode pleitear no Juizado Especial da Fazenda Pública, desde que adequadamente representado.

10. “Todas as espécies de litisconsórcio podem se manifestar nos processos que tramitam nos Juizados Especiais Cíveis. O art. 10, *in fine*, da Lei nº 9.099/95 afirma expressamente ser admissível nesse microsistema processual o litisconsórcio, sem distinção quanto à espécie. Pode, assim, haver litisconsórcio ativo (entre

representarem aumento de complexidade procedimental incompatível com a singeleza que deve prevalecer nos Juizados Especiais.

Quanto ao litisconsórcio, pode ocorrer tanto no polo ativo como no passivo, “tendo em vista que, em princípio, a multiplicidade de sujeitos no polo ativo ou passivo da demanda não reflete na simplicidade, informalidade e celeridade dos Juizados Especiais Cíveis”, inclusive quando se trata dos Juizados Especiais Federais¹¹ e dos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Estabelecido eventual litisconsórcio passivo entre entidades previstas na Lei nº 12.153 e outras previstas na Lei nº 10.259, a competência será do Juizado Especial Federal e não do Juizado Especial Estadual, dada a exclusividade absoluta da competência da Justiça Federal para julgar todas as causas em que sejam partes a União, entidade autárquica ou empresa pública federal (CF, art. 109, I).

8. MINISTÉRIO PÚBLICO

Não há previsão de intervenção do Ministério Público no procedimento dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Apenas no incidente de Uniformização de Jurisprudência, o relator, se necessário, ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias (art. 19, § 3º).

9. REPRESENTAÇÃO DAS PARTES

Sobre a representação das partes no Juizado Especial da Fazenda Pública prevalecem, em princípio, as regras traçadas pelo art. 9º da Lei nº 9.099/1995, e pelo art. 10 da Lei nº 10.259/2001, quanto aos sujeitos ativos.

Quanto às pessoas jurídicas demandadas, deverão atuar por meio de seus representantes judiciais (CPC, art. 12), aos quais se reconhece o poder de conciliar, transigir ou desistir, nos processos dos Juizados Especiais, nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação (Lei nº 12.153, art. 8).

Permite o sistema do Juizado Especial, tanto na Justiça Estadual (Lei nº 9.099/1995, art. 9º. § 4º) como na Justiça Federal (Lei nº 10.259/2001, art. 10) a

peças naturais capazes, microempresas ou empresas de pequeno porte, apenas), passivo ou misto. O litisconsórcio pode ser necessário ou facultativo, unitário ou simples, originário ou ulterior” (CÂMARA, Alexandre Freitas, *op. cit.*, p. 71).

11. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*. São Paulo: RT, 2006, p. 135.

representação da parte, mediante designação por escrito, por meio de advogado ou não. A regra, porém, não se refere ao exercício do *jus postulandi*, já que esse é privativo, por lei, do advogado regularmente inscrito na OAB. A representação por leigo é aquela do preposto, cuja atuação se circunscreve à audiência de conciliação, de modo que os poderes conferidos não vão além dos atos negociais de transação, se o representante não for advogado.

Essa preposição processual depende de outorga de poderes específicos para transigir e pode ser conferida a qualquer pessoa de confiança da parte, independentemente de manter, ou não, vínculo empregatício com o outorgante¹².

10. A PRESENÇA DO ADVOGADO NOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA

A primeira legislação sobre a matéria, a que instituiu os Juizados Especiais Cíveis na Justiça Estadual (Lei nº 9.099/1995), previa que o autor estaria autorizado a postular sem a assistência de advogado em causas de valor até 20 salários mínimos, não naquelas que superassem tal limite (art. 9º). Já a Lei nº 10.259/2001, que criou os Juizados Especiais Federais, dispensou a presença do advogado, qualquer que fosse o valor da pretensão do autor, desde que compatível com a competência especial do Juizado (art. 10).

A Lei nº 12.153/2009 não tem dispositivo referente à matéria, mas manda aplicar subsidiariamente tanto a lei nº 9.099 como a Lei nº 10.259. Uma vez que a Lei dos Juizados Especiais Federais é mais recente que a dos Juizados Cíveis Estaduais, a participação de advogado nos processos dos novos Juizados Especiais da Fazenda Pública deve-se reger pela Lei nº 10.259 e não pela Lei nº 9.099. Não é só pelo critério cronológico, por si suficiente para dirimir o problema, mas sobretudo pelo critério da similitude (analogia) que se deve dar prevalência à regra traçada para o Juizado Especial Federal. O objeto da Lei nº 12.153 está muito mais próximo do da Lei nº 10.259 do que do da Lei nº 9.099.

Logo, é facultativa a assistência do autor por advogado nos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito da Justiça Estadual¹³.

12. Lei nº 9.099/1995, art. 9º, §4º, com a redação da Lei nº 12.137/2009.

13. FERREIRA, Júlio César Cerdeira. Juizados Especiais da Fazenda Pública. Rápidas considerações. In: *Jus Navigandi*. Teresina, ano 14, nº 2373, 30 dez. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14107> (acesso em 12.01.2010).

11. ATOS DE COMUNICAÇÃO PROCESSUAL E PRAZOS

As citações e intimações, nos procedimentos dos Juizados Especiais da Fazenda Pública realizar-se-ão segundo as regras do Código de Processo Civil (Lei nº 12.153, art. 6º). Quer isto dizer que, quanto às intimações dos atos processuais, prevalecerá a regra do que, havendo órgão oficial encarregado da divulgação de tais atos, o procurador da Fazenda estadual ou municipal não será intimado pessoalmente, mas mediante publicação na imprensa (CPC, art. 236). A citação, porém, deverá ser feita com a antecedência mínima de trinta dias da audiência de conciliação (art. 7º).

Os prazos da Fazenda Pública são os mesmos da contraparte. Não prevalecem no Juizado Especial os prazos diferenciados previstos no Código de Processo Civil para as pessoas jurídicas de direito público (art. 7º).

O emprego de meios eletrônicos para as intimações é autorizado pelo art. 8º, § 2º, da Lei nº 10.259, cuja disciplina se aplica também aos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

12. PETIÇÃO INICIAL, CITAÇÃO E RESPOSTA

A petição inicial pode ser formulada oralmente ou por escrito, observadas as regras do art. 14 da Lei nº 9.099/1995.

O demandado é citado para comparecer a uma audiência de conciliação, onde deverá, se for o caso, oferecer sua contestação. Em regra, o autor deve ser cientificado da data da audiência no próprio ato do ajuizamento da causa. Se isto não ocorrer, terá de ser intimado consoante as regras comuns do CPC.

A resposta do demandado pode ser, tal como a inicial, formulada por escrito ou por via oral. Nela são admissíveis pedidos contrapostos, independentemente de reconvenção (Lei nº 9.099, art. 17, parágrafo único).

As exceções de suspeição e impedimento seguem as regras comuns do Código de Processo Civil.

13. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO

Ao receber a inicial, o Juizado, por seu órgão competente, designará audiência de conciliação, determinando a citação da pessoa jurídica de direito público, em seu representante judicial, de modo que entre o ato citatório e a audiência permeie um prazo de no mínimo trinta dias (Lei nº 12.153, art. 7º).

Quanto ao poder de transigir do representante da Fazenda Pública demandada será aquele conferido pela legislação a que se acha vinculado¹⁴.

Não ocorrendo acordo, o demandado produzirá sua resposta na própria audiência de conciliação, ocasião em que se designará outra audiência para instrução e julgamento, se necessária. É de se julgar imediatamente a causa, ou dentro do menor prazo possível, se não houver provas a produzir que justifiquem a audiência de instrução e julgamento.

14. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA

É dever da entidade ré “fornecer ao Juizado a documentação de que disponha para o esclarecimento da causa, apresentando-a até a instalação da audiência de conciliação” (Lei nº 12.153, art. 9º). Se não o fizer espontaneamente, poderá ser compelida por ordem judicial, deliberada de ofício ou a requerimento do autor.

A prova documental do autor deverá ser produzida com a inicial (CPC, arts. 283 e 396) ou até a audiência de conciliação (Lei nº 9.099, art. 33).

Quanto à prova testemunhal, a Lei nº 12.153 prevê que sua coleta caberá ao juiz que preside a audiência de instrução e julgamento (art. 16, § 2º). Na audiência de conciliação, a lei permite que também o conciliador ouça as partes e testemunhas (art. 16, § 1º). Se esses depoimentos forem julgados suficientes, o juiz dispensará novos testemunhos, desde que não haja impugnação das partes (art. 16, § 2º, *in fine*).

Dispõe, ainda, o art. 10 da Lei nº 12.153, a propósito da *perícia*, que o juiz, reconhecendo sua necessidade para a conciliação ou para o julgamento da causa, nomeará pessoa habilitada, encarregando-a de apresentar o laudo até cinco dias antes da audiência. Como se vê, a lei autoriza o juiz a ordenar a perícia até mesmo antes da audiência de conciliação, embora o normal seja fazê-lo dentro daquela audiência e depois de frustrada a tentativa de solução conciliatória. De qualquer maneira, o laudo sempre deverá ser apresentado antes da audiência, seja ela de conciliação ou de instrução e julgamento.

A Lei nº 12.153 evita falar em prova pericial, referindo-se apenas a exame técnico por pessoa habilitada, e não faz menção alguma à possibilidade de as partes formularem quesitos e indicar assistentes técnicos. Certamente o fez para

14. Lei nº 12.153/2009: “Os representantes judiciais dos réus presentes à audiência poderão conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência dos Juizados Especiais, nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação” (art. 8º).

evitar que o procedimento do CPC fosse transplantado para o Juizado Especial da Fazenda Pública, de forma rotineira, o que contrariaria sua índole sumaríssima e informal. Não se pode, entretanto, em nome do contraditório e ampla defesa, recusar às partes o direito de quesitos esclarecedores e a apresentação de parecer técnico obtido extrajudicialmente, quando o esclarecimento da verdade o exigir, a exemplo do que a Lei nº 10.259, art. 12, § 2º, permite, em determinadas hipóteses, nos Juizados Especiais Federais.

15. SENTENÇA E REEXAME NECESSÁRIO

O aperfeiçoamento da decisão da causa depende, no Juizado Especial, de pronunciamento do juiz togado. Mesmo quando a Lei nº 9.099/1995, confere poderes ao juiz leigo para redigir a sentença no processo em que a instrução for por ele presidida, esse ato decisório não produz, por si só, o efeito imediato de uma verdadeira sentença. Terá, para tanto, que ser homologado pelo juiz togado, o qual poderá recusar a homologação e proferir outra sentença, em lugar daquela preparada pelo juiz leigo (Lei nº 9.099, art. 40).

Em outros termos, ou a sentença é originariamente prolatada pelo juiz togado ou, sendo preparada pelo juiz leigo, haverá de aperfeiçoar-se pela homologação do juiz togado. A sentença do juiz leigo, portanto, “é sempre *ad referendum* do juiz togado”¹⁵, a quem a lei reserva a última palavra no julgamento da causa.

Nas causas decididas nos procedimentos do Juizado Especial da Fazenda Pública, mesmo sendo sucumbente o ente público, não há reexame necessário (Lei nº 12.153, art. 11).

16. TUTELA DE URGÊNCIA (MEDIDAS CAUTELARES E ANTECIPATÓRIAS)

Ao juiz presidente do Juizado Especial da Fazenda Pública é conferido o poder de deferir, de ofício ou a requerimento das partes, medidas cautelares e antecipatórias no curso do processo, para evitar dano de difícil ou incerta reparação (art. 3º da Lei nº 12.153). Observar-se-á, na espécie, a disciplina geral do Código de Processo Civil (art. 273) e a especial que dispõe sobre medidas cautelares e tutela antecipada contra a Fazenda Pública (Leis nºs. 8.437/1992 e 9.494/1997).

15. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, op. cit., p. 251.

17. RECURSOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA

Salvo no caso de medidas cautelares e antecipatórias, não cabe recurso contra decisões interlocutórias, no sistema processual da Lei nº 12.153 (art. 4º). Quando recorrível, a decisão interlocutória desafiará agravo de instrumento¹⁶, observado o procedimento previsto no Código de Processo Civil para essa modalidade recursal.

As sentenças nos Juizados Especiais da Fazenda Pública são recorríveis (Lei nº 10.259/2001, art. 4º), mas não ensejam apelação para o Tribunal de Justiça. Tampouco se há de cogitar de recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, quando a causa for submetida ao segundo grau interno dos Juizados¹⁷. Pode caber, no entanto, recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal do que restar decidido, não pelo juiz singular, mas pelas turmas recursais internas do juizado (art. 21).

São irrecorríveis as sentenças do Juizado Especial que homologarem a conciliação ou o laudo arbitral (Lei nº 9.099, art. 41)¹⁸.

O recurso no caso em que seja manejável contra a sentença é endereçado à *Turma Recursal* integrante do Sistema dos Juizados Especiais, a qual se compõe de juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, na forma prevista na legislação local, com mandato de dois anos. O recrutamento, de preferência, será feito entre os juízes integrados ao sistema dos Juizados Especiais¹⁹. O prazo de interposição do recurso é de dez dias (Lei nº 9.099, art. 42).

Há permissão expressa, também, para o cabimento dos embargos de declaração, tanto em face das sentenças dos juízes de primeiro grau, como dos acórdãos das Turmas Recursais (Lei nº 9.099, art. 48).

16. ALVIM, J. E. Carreira, *op. cit.*, p. 96. “O art. 4º da Lei 12.153/2009 consagra a irrecorribilidade das interlocutórias como regra. Prevê que apenas serão recorríveis: a sentença; interlocutórias que (i) antecipem os efeitos da tutela; (ii) defiram providências cautelares” (AMILCAR, Advogado. Curitiba. Juizados Especiais da Fazenda Pública, Processo Civil. Disponível em: <http://www.direitointegral.com/2010/01/lei-12153-juizados-especiais-fazenda.html>. Acesso em 12.1.2010).

17. “Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais” (STJ, Súmula 203).

18. Não sendo admissível recurso nem ação rescisória, os atos homologados que estiverem contaminados por motivo de nulidade ou anulabilidade terão de desafiar a invalidação pelas vias ordinárias da *querela nullitatis*, para não se consagrar “o absurdo de se admitir decisões viciadas e absolutamente inimpugnáveis” (CÂMARA, Alexandre Feitas, *op. cit.*, p. 143-144).

19. Lei 12.153/2009, art. 17: “§ 1º A designação dos juízes das Turmas Recursais obedecerá aos critérios de antiguidade e merecimento. § 2º Não será permitida a recondução, salvo quando não houver outro juiz na sede da Turma Recursal”.

É do acórdão da Turma Recursal, e não diretamente da sentença, que se poderá cogitar do recurso extraordinário para o STF, em caso de ofensa à Constituição, desde que configurada a “repercussão geral” (CF, art. 102, inc. III e § 3º).

Em qualquer caso, não se permite recorrer, nos Juizados Especiais, sem a representação por advogado, ainda que o processo tenha se desenvolvido até a sentença sem o patrocínio técnico (Lei nº 9.099, art. 41, § 2º)²⁰.

O recurso, nos Juizados Especiais, se a parte não estiver amparada pela assistência judiciária gratuita, estará sujeito a preparo. Este, entretanto, não é prévio como no CPC, podendo ser feito nas 48 horas seguintes à interposição, independentemente de intimação e sob pena de deserção (Lei nº 9.099, art. 42, § 1º).

18. UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA NOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA

Prevê a Lei nº 12.153/2009 o incidente de *uniformização de jurisprudência*, que poderá ser provocado por pedido da parte interessada, quando ocorrer “divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais sobre *questões de direito material*” (arts. 18, *caput*)²¹. Divergências no campo do procedimento não justificam o incidente, muito embora se deva reconhecer que os abusos autoritários sejam tão graves no plano processual como no plano material.

O julgamento do incidente será feito em reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência de um desembargador indicado pelo Tribunal de Justiça da unidade federativa a que pertençam ambas as Turmas (art. 18, § 1º). Se os juízes tiverem sede em cidades diversas, a reunião das Turmas poderá ser feita por meio eletrônico (art. 18, § 2º).

Quando as Turmas divergentes pertencerem a Estados diversos, ou quando a divergência envolver decisão em contrariedade com súmula do Superior Tribunal de Justiça, o pedido de uniformização será por este julgado (art. 18, § 3º).

O Superior Tribunal de Justiça será também convocado a manifestar-se, a pedido da parte, quando a solução adotada pelas Turmas locais de Uniformização contrariar súmula daquela Corte Superior (art. 19, *caput*). A interferência do STJ,

20. Não se estende ao grau de recurso “a capacidade postulatória atribuída às partes nos processos cujo valor não ultrapasse vinte salários mínimos” (CÂMARA, Alexandre Freitas, *op. cit.*, p. 144).

21. O prazo e as formalidades do incidente serão tratados na legislação local de que cogita o art. 1º da Lei 12.153 e na regulamentação prevista no art. 20, da mesma lei. Subsidiariamente, observar-se-á a Lei nº 10.259/2001, que já contém disciplina de sistema similar de uniformização para o âmbito da Justiça Federal.

dessa maneira, não se baseia em divergência com sua jurisprudência dominante, mas tão somente se dará quando a contrariedade atingir entendimento já sumulado.

Em suma: o STJ é o competente para conhecer diretamente do pedido de uniformização em duas situações: (i) quando o dissídio se verificar entre Turmas Recursais de Estados diferentes; e (ii) quando uma Turma Recursal proferir decisão contrária a Súmula do STJ. Fora daí, as próprias Turmas conflitantes deverão de resolver a divergência, nos moldes do § 1º do art. 18 da Lei nº 12.153 (isto é, em reunião conjunta, presidida por desembargador designado pelo Tribunal de Justiça a que ambas se vinculam).

Muito embora, a Lei nº 12.153 somente preveja a uniformização direta pelo STJ nos casos de acórdão local contrário a entendimento sumulado, aquela Corte baixou a Resolução nº 12, de 14.12.2009, apoiada em decisão de Supremo Tribunal, para permitir que divergências com jurisprudência não sumulada possam ser apreciadas pelo Superior Tribunal de Justiça por meio de *reclamação*. Assim, o que não se consegue pela via do pedido de uniformização se torna alcançável por intermédio do remédio constitucional da reclamação, o que, como é óbvio, somente se tornou possível por meio de uma interpretação ampliativa do referido instituto²².

19. CAUSAS REPETITIVAS

Configurada a situação de múltiplas causas em torno de questões idênticas àquelas já submetidas à uniformização do STJ, os pedidos subsequentes ficarão retidos nos autos, aguardando o pronunciamento do STJ (art. 19, § 1º).

No STJ observar-se-ão as seguintes medidas:

- a) “Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Presidente da Turma de Uniformização e, nos casos previstos em lei, ouvirá o Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias” (art. 19, §3º);b) “Decorridos os prazos referidos nos §§ 3º e 4º, o relator incluirá o pedido em pauta na sessão, com preferência sobre todos os demais feitos, ressalvados os processos com réus presos, os *habeas corpus* e os mandados de segurança” (art. 19, §5º);c) “Publicado o acórdão respectivo, os pedidos retidos referidos no §1º serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou os declararão prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça” (art. 19, §6º).

22. STF, Pleno, ED. no RE 571.572/BA, ac. 26.08.2009, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 27.11.2009.

O Projeto aprovado no Congresso permitia a intervenção de *amicus curiae* no incidente de uniformização (§4º do art. 19), mas o dispositivo foi vetado pelo Presidente da República²³.

20. MEDIDAS DE URGÊNCIA

O relator, nos casos de uniformização presididos pelo Tribunal de Justiça ou pelo Superior Tribunal de Justiça, poderá conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar de suspensão dos processos, dentro dos quais se estabeleceu a controvérsia. Os fundamentos da medida de urgência serão (i) a plausibilidade do direito invocado e (ii) o fundado receio de dano de difícil reparação (art. 19, § 2º).

21. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA

Há regras especiais na Lei nº 12.153, que disciplinam o cumprimento da sentença ou do acordo, nos processos dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, fazendo a necessária diferenciação entre a efetivação das obrigações de fazer, não fazer, entregar coisa certa e de prestar quantia certa (arts. 12 e 13).

22. OBRIGAÇÕES DE FAZER, NÃO FAZER OU DE ENTREGA DE COISA

O cumprimento do acordo ou da sentença, com trânsito em julgado, que imponham obrigação de fazer, não-fazer ou entrega de coisa certa, será efetuado mediante ofício do juiz à autoridade citada para a causa, com cópia da sentença ou do acordo (art. 12 da Lei nº 12.153)

23. OBRIGAÇÕES DE QUANTIA CERTA

O cumprimento de sentença relativo a obrigação de pagar quantia certa, dar-se-á após o respectivo trânsito em julgado, observados os procedimentos traçados pelo art. 13 da Lei nº 12.153:

- a) Se a obrigação for de pequeno valor (CF, art. 100, § 3º), a execução dar-se-á mediante *requisição judicial*, feita em ofício à autoridade que foi inicialmente citada para a causa, *independentemente* de precatório. O

23. *Razões do veto*: “Ao permitir a intervenção de qualquer pessoa, ainda que não seja parte do processo, o dispositivo cria espécie *sui generis* de intervenção de terceiros, incompatível com os princípios essenciais aos Juizados Especiais, como a celeridade e a simplicidade” (DOU 23.12.2009).

pagamento deverá ser realizado no prazo máximo de sessenta dias (art. 13, I).

Se a requisição judicial for desatendida, o juiz imediatamente “determinará o sequestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão” (art. 13, § 1º, da Lei nº 12.153). Não há nem mesmo necessidade de prévia audiência da Fazenda Pública devedora, como deixa claro o referido dispositivo legal.

- b) Sendo o montante superior àquele definido como de pequeno valor, o cumprimento da sentença dar-se-á por meio de *precatório* (art. 13, II).

São estatuídas, ainda, pela Lei 12.153, as seguintes regras a serem observadas na execução das sentenças relativas a obrigações de quantia certa:

- a) “As obrigações definidas como de pequeno valor a serem pagas independentemente de precatório terão como limite o que for estabelecido na lei do respectivo ente da Federação” (art. 13, §2º);
- b) “Até que se dê a publicação das leis de que trata o § 2º, os valores serão:
- I – 40 (quarenta) salários mínimos, quanto aos Estados e ao Distrito Federal;
 - II – 30 (trinta) salários mínimos, quanto aos Municípios” (art. 13, §3º);
- c) “São vedados o fracionamento, a repartição ou a quebra do valor da execução, de modo que o pagamento se faça, em parte, na forma estabelecida no inciso I do *caput* e, em parte, mediante expedição de precatório, bem como a expedição de precatório complementar ou suplementar do valor pago” (art. 13, §4º);
- d) “Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido para pagamento independentemente do precatório, o pagamento far-se-á, sempre, por meio do precatório, sendo facultada à parte exequente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório” (art. 13, § 5º);
- e) “O saque do valor depositado poderá ser feito pela parte autora, pessoalmente, em qualquer agência do banco depositário, independentemente de alvará” (art. 13, §6º);
- f) “O saque por meio de procurador somente poderá ser feito na agência destinatária do depósito, mediante procuração específica, com firma reconhecida, da qual constem o valor originalmente depositado e sua procedência” (art. 13, §7º).

24. DIREITO INTERTEMPORAL

A Lei n.º 12.153/2009 não criou os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito da Justiça Estadual. Estatuíu as regras para o respectivo funcionamento, quando tais juizados vierem a ser criados pela União e pelos Estados, através de suas leis de organização judiciária²⁴.

Fixou-se, além disso, um prazo de *vacatio legis* de seis meses para que as disposições da Lei n.º 12.153 entrassem em vigor (art. 28), dentro do qual é de se esperar que a criação dos Juizados Especiais venha realmente a ocorrer por ato de quem tem competência para tanto; ou pelo menos que o processo de criação seja iniciado, já que o art. 22 da Lei n.º 12.153 assinada um prazo geral de até dois anos de sua vigência para que a referida instalação esteja concluída.

Mesmo depois de concretamente instalados os referidos juizados, sua competência será imediata apenas para os processos ajuizados durante seu efetivo funcionamento. Embora se atribua caráter absoluto à competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, o art. 24 da Lei n.º 12.153/2009 veda o deslocamento das demandas aforadas perante o juízo comum da Fazenda Pública, antes da instalação do novo Juizado.

24. “Os Juizados Especiais da Fazenda Pública, órgãos da justiça comum e integrantes do Sistema dos Juizados Especiais, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência” (Lei 12.153/2009, art. 1º).



VII

“SUPREMOCRACIA” E ESTADO DE EXCEÇÃO: PARADOXOS DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Micheli Mayumi Iwasaki

Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Área de Concentração Direito das Relações Sociais, Linha de Pesquisa Novos Paradigmas do Direito.

RESUMO: A judicialização da vida pública e das relações sociais e o ativismo judicial na contemporaneidade abrem novas perspectivas de uma arena política de disputa dos mais diversos atores da sociedade civil. Nesse cenário, o Supremo Tribunal Federal, o “guardião da Constituição”, se coloca como protagonista quanto às repercussões de sua decisão. A sua ampla competência e a quantidade de processos que lhe são submetidos possibilitam uma intensa intervenção na sociedade como um todo. As recentes inovações do sistema processual revelam ainda a tendência de uniformizar a jurisprudência nacional, com a verticalização da instituição do Supremo. Porém, ao mesmo tempo, há o paradoxal precedente de que determinados casos concretos podem configurar o “estado de exceção” agambeniano, daí a necessidade de se julgar sob condição especial: seja *contra legem* ou diferentemente dos precedentes.

PALAVRAS-CHAVE: judicialização – ativismo judicial – estado de exceção – justiça constitucional.

ABSTRACT: The judicialization of public life and social relations and judicial activism in contemporary open new prospects for a political arena of dispute of the most diverse actors of civil society. In this scenario, the Supreme Court, the “Guardian of the Constitution”, becomes the protagonist about the impact of its decision. His broad expertise and the number of cases brought before it enables intensive intervention in society as a whole. Recent innovations procedural system also shows a tendency to standardize the national court, with the vertical integration of the institution of the Supreme. But at the same time, there is the paradoxical precedent that individual cases can configure Agamben’s “state of exception”, hence the need to judge under special conditions: be contrary to law or unlike the foregoing.

KEYWORDS: judicialization – judicial activism – state of exception – constitutional justice.

SUMÁRIO: Introdução – 1. O fenômeno da judicialização e o ativismo judicial: 1.1. Os procedimentalistas; 1.2. Os substancialistas; 1.3. Uma breve análise marxista – 2. A competência do Supremo Tribunal Federal – 3. Inovações no sistema processual brasileiro quanto aos poderes do Supremo Tribunal Federal – 4. O poder-dever de julgar nas escolas hermenêuticas – 5. “Supremocracia” e estado de exceção – Conclusão – Referências.

INTRODUÇÃO

A crise e ineficiência do Poder Legislativo levaram o Poder Judiciário, e, em especial o Supremo Tribunal Federal, a revelar uma nova postura frente às demandas que lhe são propostas. Por vezes nos deparamos com a judicialização da política e dos direitos sociais, outras, de ativismo judicial, que fazem a decisão do magistrado valer tal qual uma norma posta, capaz de regular casos similares e gerar obrigações.

Dessa forma, no primeiro capítulo do presente trabalho vamos analisar os fenômenos da judicialização e o ativismo judicial, o que inclui a análise teórica sobre os procedimentalistas, os substancialistas e uma breve incursão a partir do pensamento marxista, em especial, de Poulantzas.

A seguir, apresentamos um sucinto ponto sobre a competência do Supremo Tribunal Federal, e, a seguir, sobre as inovações do sistema processual brasileiro quanto aos poderes conferidos àquele. No quarto capítulo discorreremos superficialmente sobre a crise do positivismo jurídico e a postura do magistrado frente o seu poder-dever de julgar, principalmente na escola hermenêutica Realista Americana.

Por fim, tratamos do conceito de “supremocracia” e sobre a jurisprudência da Suprema Corte a respeito do estado de exceção, o que inclui os seus paradoxos sistêmicos.

1. O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL

As democracias ocidentais contemporâneas tomaram como princípio basilar do Estado o paradigma atribuído a Montesquieu conhecido como a “separação dos três poderes”, quais sejam, Executivo, Legislativo e Judiciário.

A denominação da teoria é controversa no meio acadêmico, há quem prefira a terminologia função, atribuição etc. De qualquer modo, tal sistema acabou por se tornar um pilar central das sociedades que se auto-intitulam democráticas, cujas críticas não são capazes de apresentar uma nova proposta. Popularmente se diz que W. Churchill teria declarado que este modelo é o pior, mas depois de todos os outros já existentes, ou, em outras palavras, de que na ausência de melhor teoria que se adotasse a da separação das três funções.

À teoria clássica foi agregado o sistema de freios de contrapesos (*checks and balances*) onde cada um dos poderes tem direito-dever de limitar, fiscalizar ou apreciar determinados atos com o fim de impedir abusos e, em tese, garantir o bem comum para que não haja lesão ao patrimônio público e aos direitos e garantias fundamentais, sejam estas individuais ou coletivas.

Há também quem sustente a existência de um “quarto poder” por vezes atribuído a imprensa, outras ao Ministério Público, Tribunal de Contas, e assim por diante. No entanto, trata-se de aspecto irrelevante para o tema a ser abordado no presente trabalho.

Um fenômeno relativamente recente tem se tornado tema de inúmeros debates entre magistrados, desembargadores e ministros dos tribunais superiores, qual seja, da participação ativa do Judiciário para tomada de decisões políticas, promoção de políticas públicas e, não raro, a normatização de questões ainda omitidas ou indefinidas pelo Poder Legislativo, seja por meio dos precedentes jurisprudenciais, súmulas vinculantes ou de tantos outros institutos que permitiram esse novo tipo de atuação.

A Constituição Federal da República de 1988, tipicamente classificada como social-democrata, contemplou um Judiciário com jurisdição una e capaz de intervir sempre que provocado ante a lesão ou a simples ameaça de direito – princípio da indeclinabilidade, previsto no artigo 5º, inciso XXXV.

Nesse contexto é que se abrem as portas do Judiciário. Antes de qualquer coisa, é preciso distinguir a postura de judicialização da vida do ativismo judicial. Segundo Luís Roberto Barroso, no primeiro caso o Judiciário decide ao manifestar-se nos limites do direito positivo e da pretensão a ele apresentada, com efeitos somente para as partes; enquanto na segunda há certa pró-atividade por parte do magistrado ante a omissão do Legislativo. Vejamos:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.¹

Prossegue ainda Barroso, para especificar o conteúdo do conceito de ativismo judicial:

1. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 14.09.2009.

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.²

Em contraposição a possibilidade da judicialização das relações sociais e políticas ou do ativismo judicial encontra-se a opção pela “auto-contenção judicial”, onde o juiz simplesmente deixa de julgar o caso concreto que lhe é apresentado sob o fundamento de que cabe aos Poderes Executivo e/ou Legislativo definirem tal matéria, ou o faz de forma a interferir o mínimo possível no âmbito destes da seguinte forma:

Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.³

Quando se trata meramente da judicialização da política, pela utilização dos mais diversos instrumentos jurídicos tais como as ações ordinárias ou constitucionais (declaratórias de inconstitucionalidade, descumprimento de preceito legal, dentre outras), na prática evidenciam-se uma maior tranquilidade dos magistrados em relação às conseqüências e aos custos que diretamente incidirá a demanda.

Já quando se trata da possibilidade avocar para si a atribuição da concretização de políticas públicas eventualmente e por vezes não realizadas pelo Executivo, em regra responsável por tal atribuição ainda que limitado pelo orçamento definido pelo Legislativo, há um grande entrave que se fundamenta na existência de orçamento público e recursos escassos.

As críticas no que tange à judicialização dos direitos sociais podem ser de todo gênero, principiológicas e institucionais. Dentre as primeiras estão àquelas de matriz liberal e democrática que não vêem no Judiciário a instância legítima para

2. *Ibidem.*

3. *Ibidem.*

tanto. Já as institucionais se dividem em vários campos: financeiro, administrativo, técnico, econômico e na desigualdade quanto ao acesso à justiça.⁴

Dessa colisão de direitos fundamentais, tal qual leciona Luís Roberto Barroso⁵, resultam duas possibilidades: o não atendimento do cidadão que busca determinado direito social essencial à sua vida ou um grande déficit nas contas do Estado, bastante evidenciado na questão dos medicamentos e saúde pública.

A Constituição Federal da República de 1988, ao eleger um modelo analítico com extenso rol de princípios, direitos e garantias fundamentais do Estado, aumentou a demanda pelo acesso à Justiça e abrigou um novo campo de controvérsias que passa a ser definido, em regra, pelo Poder Judiciário e a partir do caso concreto. A colisão de normas constitucionais pode ser de três espécies: entre princípios, entre direitos fundamentais, e entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais.⁶

Tradicionalmente no Direito a racionalidade de sua aplicação se resumia a mera subsunção do fato à norma, desenvolvida por via de um raciocínio silogístico, onde a premissa maior é a norma e a premissa menor são os fatos, que permite chegar a uma conclusão. Dada a quantidade de normas que podem regular um mesmo caso concreto, inclusive constitucionais, se verificou que a um único fato poderiam existir várias normas de mesma hierarquia.

Assim se desenvolveu a técnica de ponderação, definida por Barroso nos seguintes termos:

Em suma, consiste ela [a ponderação] em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas.⁷

Assim, essa técnica seria dividida em três etapas: 1) identificar as normas que sugerem determinada solução para o caso e agrupá-las de acordo com a resposta que é dada; 2) examinar os fatos, as circunstâncias concretas e a interação com os elementos normativos; 3) decisão sopesando os diferentes grupos de normas

4. SOUZANETO, Cláudio Pereira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros*. In: SOUZANETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. (coord) *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p. 519-534.

5. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 328-332.

6. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 329.

7. *Ibid.* p. 334.

e a repercussão dos fatos do caso concreto, examinados de forma conjunta, de modo a verificar qual prepondera; e, ato contínuo, decidir a intensidade do grupo de normas deve prevalecer sobre as demais. O fio condutor de todo esse processo intelectual encontra-se no princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.⁸

Por se tratar de uma técnica para dar respostas pelo Poder Judiciário, desenvolvida através da práxis, há ainda certas contingências na fragilidade da interpretação pela inexistência de referências materiais e axiológicas capazes de definir um mínimo ético na valoração a ser feita. A doutrina tem se esforçado para estabelecer critérios que apontem no caminho da razoabilidade e da proporcionalidade, que, no caso concreto, visa à manutenção de ambos os direitos. Assim, é possível que a solução englobe concessões recíprocas e, em último caso, a escolha do valor que deverá predominar.⁹

Nessas circunstâncias em que a postura do juiz se torna a última expectativa de realização de um direito ou declaração de determinada ilegalidade há muitas controvérsias teóricas sobre o que se pode esperar no contexto de uma sociedade democrática. Em qualquer uma, a medida a ser tomada é de difícil escolha e, conforme veremos, passível de críticas por uma ou outra matriz teórica.

Para análise de tal fenômeno, onde o magistrado tem o condão de definir as mais diversas matérias, em especial no campo da política, é possível identificar duas vertentes teóricas: as procedimentalistas e as substancialistas.¹⁰ Em comum, ambas entendem que o Poder Judiciário é um mecanismo central nas democracias modernas, uma vez que necessário para dar cabo ao sistema de freios e contrapesos bem como garantir a autonomia individual e cidadã.¹¹

1.1. Os procedimentalistas

De acordo com Luiz Werneck Vianna há um eixo teórico analítico definido como procedimentalistas, cujos maiores pensadores são Jürgen Habermas e Antoine Garapon. Em suma, ambos defendem que o sujeito-cidadão passaria a uma condição de cliente do Estado, com a conseqüente perda de sua liberdade ante a sua completa dependência.

8. *Ibid.* p. 334-335.

9. *Ibid.* p. 334-338.

10. VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro : Revan, 1999. p. 23-24.

11. *Ibid.* p. 24.

Para Garapon o fortalecimento do Poder Judiciário representa a falência do debate político e da democracia, uma vez que as possibilidades de efetivação da igualdade estariam limitadas a uma instância substitutiva da função do próprio Estado. Identificar a vida democrática nesse “Outro” alimenta questões existenciais e faz do cidadão um mero cliente portador de direitos.

Nesse sentido o magistrado francês sustenta que “o sucesso da Justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, em razão do desinteresse existente sobre elas e a perda do espírito público”.¹² Daí a percepção de que a judicialização da vida social age no sentido de desinstitucionalizar a democracia e marginalizar as instituições de mediação da sociedade civil.

O Judiciário, portanto, estaria se apropriando do campo da política e feito prosperar “o individualismo absoluto, a dessacralização da natureza simbólica das leis e da idéia de justiça, a deslegitimação da comunidade política como palco da vontade geral, a depreciação da autonomia cidadã e sua substituição pela emergência do cidadão-cliente como cidadão-vítima”.¹³

Habermas, por sua vez, compreende que o Judiciário é um local desprovido de legitimidade democrática e daí a impossibilidade da atuação ilimitada na política, pois não obedece à racionalidade da competência legislativa e divisão de poderes no Estado. Assim, a comunidade de intérpretes da Constituição seria composta pela opinião e vontade da sociedade civil na esfera pública, sendo desnecessária a mediação pelos tribunais.¹⁴

Em suma, são três as críticas do modelo de Justiça constitucional, especialmente à adotada nos Estados Unidos: 1) inobservância da clássica separação de poderes com a expansão das funções judiciais; 2) o debate sobre a indeterminação da lei e o valor da jurisprudência da Corte Constitucional, uma vez que esta entende que a orientação por princípios é equivalente a sopesar metas, valores e o bem comum; 3) a função da Corte é de proteger o procedimento legislativo de forma democrática, ou seja, o processo político como um todo.¹⁵

Embora faça tais ressalvas ao sistema de judicialização da política, Habermas entende que numa democracia a Corte Constitucional, assim como o Poder Legislativo, deve seguir um procedimento democrático para que forme uma opinião

12. *Ibid.* p. 25. *Apud.* GARAPON, Antoine. *Le Gardien de Promesses*. Paris. Ed. Odile Jacob, 1996. p. 36.

13. *Ibid.* p. 26.

14. HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms : contributions to a discourse theory of law and democracy*. Tradução: William Rehg. Cambridge - Massachusetts, MIT Press: 1998. p. 238-261.

15. *Ibidem*.

política a partir da cidadania e compreenda a vontade geral, ou no mínimo da maioria, sem que tome a posição de legislador. Mas reconhece que empiricamente há uma condição prévia que requer da sociedade uma cultura política da liberdade, sem a qual é impossível formar uma vontade política coletiva racional.

Para os procedimentalistas, portanto, os problemas do cotidiano da sociedade deveriam ser solucionados por políticas públicas voltadas para tal fim, sem que fosse necessária a instituição do Poder Judiciário como mecanismo de coerção.

1.2. Os substancialistas

Essa corrente teórica tem como representantes mais significativos Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin. Em comum, ambos os juristas entendem que tal fenômeno não seria estranho à democracia, mas sim, uma forma de inclusão dos setores menos integrados e de dar voz às minorias que não fazem parte do processo de formação da vontade do soberano.

Ao partir da realidade concreta essa linha de pensamento vê a democracia representativa com certa desconfiança, seja implícita ou expressamente. Com um viés pragmático e em antítese à teoria clássica da soberania popular, encontra no Judiciário um ator externo capaz de prover determinados direitos que não forem observados pelo Legislativo e Executivo.

Cappelletti advoga no sentido de que “a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, [...] num sistema democrático de ‘*checks and balances*’, à paralela expansão dos ‘ramos políticos’ do estado moderno”.¹⁶ Prossegue ainda com a tese de que *welfare state* promoveu uma série de direitos sociais, e, portanto, direitos subjetivos dos cidadãos, cuja realização dá um novo papel ao magistrado, uma vez que a interpretação das normas lhe pertence.¹⁷

Dada a abstração das normas positivadas e os sujeitos empíricos, na suas complexidades, há um campo de atuação do juiz no sentido de fazer valer o que não foi observado pelas demais autoridades. Como bem salienta Cappelletti, não podemos nos iludir, afinal, aquele tende a ser um “tradicionalista” e “conservador”, muito aquém de um servidor público revolucionário.¹⁸

16. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p.19.

17. *Ibid.* p. 34-40.

18. *Ibidem.*

No mesmo sentido, Dworkin entende que não se pode absolutizar a democracia representativa, sendo a criação jurisprudencial um direito em contínua progressão que busca a realização da liberdade e igualdade materiais. A interpretação do juiz deve, portanto, ter como fundamento o princípio da coerência normativa quanto a história do direito e a cultura política. Assim, não são os valores pessoais que devem ser considerados no momento da decisão, mas sim, os princípios que justificam o sistema jurídico e as doutrinas.¹⁹

1.3. Uma breve análise marxista

No pensamento marxista, o Estado é uma representação da superestrutura na metáfora do edifício social, e, portanto, um correspondente da estrutura e dos valores da classe dominante, não haveria espaço para o proletariado libertar-se de sua alienação na medida em que se torna um cliente mais dependente das políticas assistencialistas que aquele pode oferecer para manutenção da reprodução das condições de produção.

Dessarte, o Judiciário coloca-se como um aparelho repressivo do Estado, que constitui um todo organizado cuja centralidade tem uma unidade de direção hierarquizada, capaz de assegurar a dominação sobre a classe operária utilizando-se, predominantemente, da violência (física ou não), ao contrário dos aparelhos ideológicos do Estado.²⁰

Entretanto, é preciso compreender a esfera judicial como um segundo momento, talvez o último e definitivo, de disputa da arena política do Estado, tal qual pensado por Nicos Poulantzas. No sistema capitalista contemporâneo, não há mais lugar para análises puramente economicistas ante a complexidade das relações sociais e das diferentes facetas que se verificam nas contradições internas e da própria luta de classes. Ao analisar o Estado e as lutas populares, conclui Poulantzas:

Em resumo, as lutas populares estão inscritas na materialidade institucional do Estado, ainda que não se esgotem nela; materialidade que traz a marca dessas lutas surdas e multiformes. As lutas políticas que visam ao Estado não estão – como, em termos mais gerais, não está qualquer luta face aos aparelhos de poder – em posição de exterioridade ao Estado, mas derivam da sua configu-

19. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 513 p.

20. ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado*. Tradução: Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. 10 ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007. p.62-72.

ração estratégica: o Estado, como ocorre com qualquer dispositivo de poder, é a condensação material de uma *relação*.²¹

Essa perspectiva relacional de Estado encontra-se conceituado por Poulantzas na sua obra “O Estado, o poder, o socialismo”, onde se caracteriza por uma relação de forças ou, mais precisamente, a condensação material de tal relacionamento entre as classes e as frações de classe. Em outras palavras, o Estado é o espaço de luta de e entre classes e grupos sociais, não sendo homogêneo nem impermeável às contradições, mas imbuído de fissuras e permeado pelas contradições e lutas sociais.²²

Tal conceito possibilita ter na judicialização da política e dos direitos sociais, ou mesmo no ativismo judicial, uma opção de atuação na arena política pelos mais diversos atores sociais.²³ É o que de fato se verifica na prática do Supremo quando da realização de audiências públicas com a sociedade civil, no sentido de legitimar a sua decisão, o que aconteceu com os debates sobre a possibilidade de interrupção de gravidez pela formação anencefálica do feto. Essas são as marcas de novos tempos no Poder Judiciário.

2. A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Suprema Corte brasileira tem, sem sombra de dúvidas, uma das mais vastas competências: além de guardião da Constituição Federal da República, é foro judicial especializado (competências difusas) e tribunal de recursos de última instância. Segundo Oscar Vilhena Vieira, tais funções poderiam ser atribuídas a três instituições distintas como ocorre na maioria das democracias contemporâneas.²⁴

A competência para controle de constitucionalidade é cumulativo, inclui um difuso (cabível a todos os juizes, independentemente do grau de jurisdição) e outro concentrado, cujo titular é o Supremo Tribunal Federal, duas formas complementares e em certa medida independentes.

A condição de foro especializado compreende todas as ações que são de sua competência originária: foro privilegiado em decorrência de prerrogativa de função

21. POULANTZAS, Nicos. *O Estado e as lutas populares*. In: *Poulantzas: sociologia*. Coletânea Grandes Cientistas Sociais, nº 47. Org. Paulo Silveira, coord. Florestan Fernandes. Tradução: Heloísa Rodrigues Fernandes. São Paulo: Ática, 1984. p. 150.

22. POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. Tradução: Rita Lima. 4 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 148.

23. MOTTA, Luis Eduardo. *Judicialização da política: uma ameaça a soberania popular?* Disponível em: <http://starline.dnsalias.com:8080/sbs/arquivos/30_6_2009_12_54_29.pdf> Acesso em 24.09.2009.

24. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: SARMENTO, Daniel (coord). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 490.

de autoridades públicas no âmbito da União, atos secundários do parlamento ou executivo, impugnação de atos administrativos da Presidência da República, processos de extradição e homologação de sentenças estrangeiras.

Se tudo isso já fosse pouco, cabe ainda ao Supremo julgar todos os recursos cíveis e criminais, em última instância, cujo montante, todos os anos, só faz aumentar.

Não restam dúvidas que a instância judicial máxima do país canalizou sob sua competência uma enorme quantidade processos. Dentre eles, boa parte influi diretamente no cotidiano da sociedade brasileira, seja em matérias tributárias, ações coletivas, entre outras, sem que o cidadão trabalhador na maioria das vezes sequer tome ciência de como aquelas onze pessoas com vocabulário rebuscado podem afetar a sua vida.

3. INOVAÇÕES NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO QUANTO AOS PODERES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Não é objetivo do presente trabalho traçar uma análise do sistema processual brasileiro após a Reforma do Poder Judiciário trazido pela emenda constitucional nº 45, de 2004, seja pela incapacidade de fazê-lo ou pela pouca relevância em relação ao tema central que se propõe.

Em todo caso, cumpre fazer algumas breves ponderações no que se refere a ampliação ou verticalização da competência do Supremo Tribunal Federal, uma vez que esse ponto em especial tem conseqüências importantes para análise dos paradoxos da justiça constitucional brasileira.

Dentre as ferramentas adotadas pela reforma, três merecem destaque: a súmula vinculante, súmula impeditiva de recursos e a repercussão geral. Segundo o discurso oficial, em tese, todos eles têm o condão de diminuir a quantidade de recursos a serem apreciados pela Corte Constitucional, e, conseqüentemente, imprimir maior celeridade aos julgamentos.

Além disso, a uniformização da jurisprudência, verticalizada, tenderia a dar maior segurança jurídica. Resta saber se a qualidade da prestação jurisdicional, ao igualar o que pode ser desigual, diminuir ainda mais a complexidade e a variedade das relações sociais a fórmulas estanques e simplificadas,²⁵ será adequada e, mais do que isso, justa.

25. Assim como fez, ou faz, o positivismo jurídico ainda que em crise conforme se verá adiante de forma bastante sucinta.

Em resumo, a súmula vinculante (art. 103-A, da Constituição da República) tem o condão de se fazer cumprir em toda a esfera administrativa e judicial, cabendo ao STF emitir determinado enunciado. A inobservância de tal mandamento gera o direito de reclamação, perante a própria Suprema Corte.

A repercussão geral (art. 102, § 3º, da Constituição da República) faz com que a admissibilidade de recurso extraordinário fique condicionada a demonstração de que a matéria tem relevância de ordem social, política ou econômica que tenha efeitos para além das partes.

Já a súmula impeditiva de recurso (art. 518, §1º, do Código de Processo Civil) permite que o juiz de primeiro grau, ao receber recurso de apelação da sentença que proferiu, negue a sua admissão quando esta estiver em conformidade com súmula editada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça.

Os três mecanismos utilizados pela reforma do Poder Judiciário têm o nítido objetivo de hierarquizar e verticalizar cada vez mais as decisões, e, assim, manter um único padrão para casos concretos similares para garantir a celeridade processual e a observância, em todas as instâncias, da jurisprudência da Suprema Corte.

4. O PODER-DEVER DE JULGAR NAS ESCOLAS HERMENÊUTICAS

Orlando Gomes,²⁶ há quase três décadas, já ponderava a necessidade de adequar a aplicação das normas à realidade material. Os valores consagrados pelo liberalismo, principalmente a igualdade formal e o individualismo, levaram a um anacronismo que começou a demonstrar a sua crise quando os casos eram submetidos à apreciação do Direito, um sistema que, por sua vez, tinha no positivismo jurídico-científico uma pretensa neutralidade capaz de resolver todos os conflitos pela mera aplicação mecânica dos dispositivos legais.

O caráter da cientificidade do período cultua uma idéia, pregada principalmente pelos pandectistas, de que o ordenamento jurídico é um sistema organizado, dotado de completude e sem lacunas, onde a norma abstrata é capaz de se adequar a todas as situações e, portanto, por simples exercício de lógica por meio da subsunção, o juiz a aplicaria mecanicamente de forma a resolver todo e qualquer conflito que lhe fosse apresentado.

As desigualdades presentes na realidade da vida concreta, econômicas e sociais, assim como a diversidade dos sujeitos e das relações jurídicas, foram

26. GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2 ed. aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

reduzidas a dogmas, fórmulas e conceitos tão rígidos que se tornaram incapazes de perceber a multiplicidade de situações que estavam colocadas diante de si.

A crise do positivismo que se arrasta até o nosso presente, embora já evidenciado por Orlando Gomes no passado recente, requer, portanto, a substituição dos fundamentos filosóficos e dogmáticos que tratam das finalidades do Direito. As diversas mudanças ocorridas na base da sua estrutura, que se refletiu na legislação e na doutrina, alteram o significado do sistema como um todo.

Essa revisão dos valores que permeavam o século XIX, que influenciaram fortemente as codificações, por vezes se contrapõe a nova ordem econômica e política que se apresentou no século XX. Um novo paradigma foi construído de forma a limitar a autonomia privada, e, conseqüentemente, dar uma postura mais intervencionista do Estado, pela consecução de fins sociais que antes sequer eram cogitados pela legislação mais liberal.

Assim nos deparamos com essa crise do positivismo jurídico e a latente possibilidade da intervenção judicial em inúmeras relações sociais e políticas. Nesse período há a ascensão de várias escolas hermenêuticas críticas, ou como denomina Herkenhoff, “de reação ao estrito legalismo ou dogmatismo” e outras “que se abrem a uma interpretação mais livre”: Escolas Históricas do Direito (histórico-dogmática e histórico-evolutiva) e Teleológica, no primeiro caso; e Escolas da Livre Pesquisa Científica, Direito Livre, Sociológica Americana, da Jurisprudência de Interesses, Realista Americana, Ecológica e Vitalista do Direito, no segundo.²⁷

Dentre as escolas mencionadas, merece um pouco de atenção a Realista Americana. Segundo ela, o magistrado, sendo um ser humano como todos os outros, concebe sua decisão a partir de seus critérios pessoais, irracionais, afetivos, bem como a partir da realidade fática, os quais formam a sua convicção.

Assim, os fundamentos puramente impessoais e silogísticos não teriam mais lugar: “Na verdade, a sentença judicial não seguiria o processo lógico (das premissas à conclusão), mas o processo psicológico (da conclusão à procura das premissas convenientes).²⁸ Nesse contexto as normas jurídicas não têm o destaque dado pelo positivismo científico, muito pelo contrário, teriam maior relevância no momento da decisão do juiz toda a sua humanidade e suas visões do mundo.

27. HERKENHOFF, João Batista. *Como aplicar o direito: (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política)*. 11 ed. rev., ampl e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 40-47.

28. *Ibid.* p. 65.

5. “SUPREMOCRACIA” E ESTADO DE EXCEÇÃO

“Supremocracia” é um conceito trazido por Oscar Vilhena Vieira que compreende dois sentidos:

[...] *Supremocracia* tem aqui um duplo sentido. O primeiro deles refere-se ao poder do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário. Criado há mais de um século (1891) o Supremo Tribunal Federal sempre teve enorme dificuldade em impor as suas decisões, tomadas no controle difuso de constitucionalidade, sobre as instâncias inferiores. A falta de uma doutrina como *stare decisis* do common law, gerou uma fragilidade histórica do Supremo. Apenas em 2005, com a adoção de da (sic) súmula vinculante completou-se um ciclo de concentração de poderes nas mãos do Supremo, voltado a sanar sua incapacidade de enquadrar juízes e tribunais resistentes às decisões do Tribunal. Num segundo sentido, o termo *supremocracia* refere-se à relação do Tribunal em os demais poderes. [...] Com a Constituição de 1988 este papel moderador concentra-se na esfera do Supremo. Mais do que isto, dada a ambição constitucional e a esfera de atribuições do Tribunal, o Supremo passa a ser responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos outras vezes substituindo escolhas majoritárias.²⁹

Dada a vasta competência da nossa Corte Constitucional, conforme tratado anteriormente, há um diferencial em relação aos outros países que garante a condição *supremocrática* inexistente em outros sistemas.³⁰

O que mais impressiona nesse contexto são os números. De acordo com Oscar Vilhena Vieira, em 1990 o STF recebeu 18.564 processos; em 2002, o recorde histórico, foram 160.453. Em 2007 esse número alcançou 119.324. Dessa enorme quantidade de processos, conforme pesquisa realizada por Marcos Paulo Veríssimo e publicada em 2008, somente cerca de 10% são julgados pelas turmas ou pelo plenário, este segundo responde por somente aproximadamente 0,5% (total de 565 casos em 2006). Todo o restante, por volta de 90% dos processos, é julgado de forma monocrática.³¹

Esse panorama mostra com bastante clareza não só a irracionalidade do sistema como também o grau de poder que se concentra nas mãos de cada ministro do Supremo. Em que pese o sabido trabalho de equipe nos gabinetes, com assessores e estagiários que possibilitam a redação de números astronômicos de julgamentos, a decisão sempre cabe e é atribuída ao ministro.

29. *Op. cit* VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia...* p. 487-488.

30. *Ibidem*.

31. *Ibid.* p. 489, 492.

Dentre aqueles que compõem o atual plenário, um merece especial atenção neste trabalho, qual seja, o Ministro Eros Grau. Em várias ocasiões ele se apropria do conceito de “estado de exceção” de Giorgio Agamben para decidir de modo diverso do que prevê a lei ou a sua própria opinião manifestada de forma reiterada em outros julgados.

E as matérias ou casos em que o conceito é utilizado são as mais distintas, tendo como alguns exemplos: criminal (habeas corpus), ações declaratórias de inconstitucionalidade quanto a cisão de municípios, usucapião (recurso extraordinário) e benefício de ordem de precatório (agravo regimental na reclamação).³² Como o texto é bastante similar na maioria deles, vejamos o voto vista proferido neste último caso como paradigma:

[...] 5. Daí porque, até para ser coerente com o que tenho reiteradamente afirmado neste plenário, eu haveria de votar no sentido de dar provimento ao agravo. Ocorre, no entanto, que **a situação de fato de que nestes autos se cuida consubstancia uma exceção**. Com efeito, estamos diante de uma situação singular, exceção, e, como observa CARL SCHMITT³³, as normas só valem para situações normais. A normalidade da situação que pressupõe é um elemento básico do seu “valer”. A propósito, MAURICE HAURIOU³⁴ menciona “... cette idée très juste que lês lois NE sont faites que pour un certain état normal de la société, et que, si cet état normal est modifié, Il est naturel que lês lois et leurs garanties soient suspendus”. E prossegue: “C’est très joli, lês lois; mais Il faut avoir le temps de lês faire, et il s’agit de NE pás être mort avant qu’elles NE soient faites”.

6. O estado de exceção é uma cona de indiferença entre os caos e o estado de normalidade, uma zona de indiferença capturada pela norma. De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção³⁵. A esta Corte, sempre que necessário, incumbe

32. Ver: ADI 2.240-7/BA, criação do município de Luís Eduardo Magalhães na Bahia, julgada em 09.05.2007; ADI 3.316-6/MT, criação do município de Santo Antônio do Leste em Mato Grosso, julgada em 09.05.2007; ADI 3.489-8/SC, anexação o distrito de Vila Arlete, desmembrada do município de Campos Novos, ao município de Monte Carlo; ADI 3.689-1/PA, alteração de divisas de uma faixa de terras que pertencia ao município de Água Azul do Norte e a integrou a Ourilândia do Norte; HC 94.916-9/RS, pedido de liberdade provisória em flagrante por tráfico de entorpecentes; HC 95.790-1/MS, pedido de liberdade provisória em flagrante por tráfico de entorpecentes; RE 433.512-3/SP, recurso extraordinário em ação de usucapião que teve início em 1965 e direito a prestação jurisdicional célere; Rcl-AgR 3.034-2/PB, benefício de ordem e seqüestro de precatório.

33. Vide CARL SCHMITT, “Los três legisladores extraordinários de La Constitución de Weimar”, in *Carl Schmitt, teólogo de la política*, cit, pág. 313.

34. *Notes d’arrêts sur décision Du Conseil d’État et Du Tribunal des Conflits*, tome troisième, Sirey, Paris, 1.929, pág. 173.

35. Veja-se GIORGIO AGAMBEN, *Homo Sacer – O poder soberano e a vida nua*, tradução: Henrique Burgo, Editora UFMG, Belo Horizonte, 2004, p. 27 e 26.

decidir regulando também essas situações de exceção. Ao fazê-lo, não se afasta do ordenamento, eis que aplica a norma à exceção desapplicando-a, isto é, retirando-a da exceção.³⁶

7. Permito-me, ademais, insistir em que ao interpretarmos/aplicarmos o direito --- porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação --- ao praticarmos essa única operação, isto é, ao interpretarmos/aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. **Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso o tomamos na sua totalidade.** Não somos meros leitores de seus textos --- para o que nos bastaria a alfabetização --- **mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento. (grifo nosso)**

(Supremo Tribunal Federal, Voto Vista do Ministro Eros Grau no Agravo Regimental na Reclamação 3.034-2, Paraíba, Relator: Ministro Sepúlveda Perence, Tribunal Pleno, 21.09.2006)

Trata-se de um dentre os casos anteriormente mencionados em que o estado de exceção foi adotado enquanto argumento para decidir de forma diversa à lei ou ao próprio entendimento do ministro, como apresentado nesta citação em especial.

Segundo Agamben, o estado de exceção é o paradigma de governo que tende a ser dominante na política na política contemporânea, sendo um “patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo”.³⁷ Em seguida, o autor afirma que inexistente um conceito técnico e preciso:

À incerteza do conceito corresponde exatamente a incerteza terminológica. O presente estudo se servirá do sintagma “estado de exceção” como termo técnico para o conjunto coerente dos fenômenos jurídicos que se propõe a definir. Esse termo, comum na doutrina alemã (*Ausnahmezustand*, mas também *Notstand*, estado de necessidade), é estranho às doutrinas italiana e francesa, que preferem falar de decretos de urgência e de estado de sítio (político ou fictício, *état de siège fictif*). Na doutrina anglo-saxônica, prevalecem, porém, os termos *martial law* e *emergency powers*.³⁸

Daí a escolha pelo termo “estado de exceção” não ser neutra, afinal, quer exprimir um fenômeno relacionado com o estado de guerra, também mais adequada à compreensão lógica; o que não acontece com os demais termos. Em suma, “o estado de exceção não é um direito especial (como o direito de guerra),

36. A expressão é de GIORGIO AGAMBEN, ob. cit., pág. 25.

37. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção: Homo Sacer, II, 1*. Tradução: Iraci D. Poleti. Coleção Estado de Sítio. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 13.

38. *Ibid.* p. 15.

mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica, define seu patamar ou seu conceito-limite.”³⁹

O direito de resistência tem natureza bastante simétrica ao estado de exceção: muito se discutiu sobre a possibilidade ou necessidade de sua positivação, sendo possível entender que há uma esfera de ação extrajurídica na realidade e que não pode ser delimitada pela ordem normativa.⁴⁰

Assim, o que caracteriza o estado de exceção é uma prática duradoura de governo em que há indistinção entre os poderes executivo, legislativo e judiciário.⁴¹ Representa uma situação de fato, o momento de suspensão parcial ou total do ordenamento jurídico, estranha ou contrária à lei. Por isso, “o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam”.⁴²

É possível ainda identificar alguma proximidade do estado de exceção em relação ao estado de necessidade na medida em que este permite ao juiz elaborar um direito positivo de crise e em tempos normais preencher as lacunas do direito. Desse modo, diante da existência de um caso concreto em que o direito positivo é incapaz de dar uma resposta, o magistrado será obrigado a resolvê-lo, o que acontece na maioria dos sistemas jurídicos modernos, conforme já prescrevia o próprio Código de Napoleão. Assim, a aproximação entre os fenômenos se daria a partir da lacuna que pede sua remediação: no estado de necessidade preenchida pelo Judiciário, e, no estado de exceção, pelo Executivo.⁴³

Então como poderia o estado de exceção ser adotado pelo Judiciário, leia-se Supremo Tribunal Federal? A primeira impressão que se faz da leitura de Agamben é, portanto, de que essa zona anômica pode somente ser preenchida pelo soberano, materializado pelo chefe do Poder Executivo: em nosso caso personalizado na figura do Presidente da República. Nesse caso, poderia uma decisão judicial, em instância máxima, ter “força de lei”?

Segundo a teoria schmittiana a ditadura comissária difere da ditadura soberana na medida em que a primeira tem como objetivo restaurar ou defender a constituição vigente, enquanto a segunda busca um contexto sócio-político que permita

39. *Ibidem*.

40. *Ibid.* p. 24.

41. *Ibid.* p. 25.

42. *Ibid.* p. 39.

43. *Ibid.* p. 48.

a imposição de uma nova constituição.⁴⁴ Se cabe a nossa Suprema Corte dar a última palavra sobre tantas matérias, visto que sua competência pode abranger praticamente todo o ordenamento jurídico ante o seu modelo analítico, há lugar para a ditadura comissária.

Aliás, parece ser este o entendimento do Supremo Tribunal Federal conforme manifestado por alguns ministros reiteradas vezes. Veja-se, por exemplo, a manifestação do Ministro Celso de Mello ao afirmar que “o monopólio da última palavra em temas de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental”. Adiante, no mesmo julgamento o ministro cita Francisco Campos: “A Constituição está em elaboração permanente nos tribunais incumbidos de aplicá-la [...]. Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição funciona, igualmente, o poder constituinte”.⁴⁵

A autonomia entre norma e decisão é compreendida pela teoria de Carl Schmitt conforme explica Agamben:

[...] a teoria do estado de exceção pode ser apresentada como doutrina da soberania. O soberano, que pode decidir sobre o estado de exceção, garante sua ancoragem na ordem jurídica. Mas, enquanto a decisão diz respeito aqui à própria anulação da norma, enquanto, pois, o estado de exceção representa a inclusão e a captura de um espaço que não está fora nem dentro (o que corresponde à norma anulada e suspensa), “o soberano está fora [*steht ausserhalb*] da ordem jurídica normalmente válida e, entretanto, pertence [*gehört*] a ela, porque é responsável pela decisão quanto à possibilidade da suspensão *in toto* da constituição”.⁴⁶

Assim, parece preciso o conceito de estado de exceção utilizado pelo Ministro Eros Grau no voto anteriormente citado. Porém, o questionamento antes realizado sobre a natureza da decisão da Suprema Corte teria “força de lei” permanece em aberto.

Agamben diz expressamente que o sintagma “força de lei” na doutrina moderna tem a natureza técnica dos decretos, medidas e disposições emitidos pelo Poder Executivo, promulgados especialmente durante o estado de exceção, ou seja, instrumentos que não têm legalidade estrita.⁴⁷ Adiante explica:

Porém, do ponto de vista técnico, o aporte específico do estado de exceção não é tanto a confusão entre os poderes, sobre a qual já se insistiu bastante, quanto

44. *Ibid.* p.53-55.

45. MS 26.603/DF, voto do Ministro Celso de Mello, p. 50. *Op. cit.* VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia...* p. 498.

46. *Op. cit.* AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção...* p. 56-57.

47. *Ibid.* p. 60.

o isolamento da “força de lei” em relação à lei. Ele define um “estado da lei” em que, de um lado, a norma está em vigor, mas não se aplica (não tem “força”) e em que, de outro lado, atos que não têm valor de lei adquirem sua “força”. No caso extremo, pois, a “força-de-lei” flutua como um elemento indeterminado, que pode ser reivindicado tanto pela autoridade estatal (agindo como ditadura comissária) quanto por uma organização revolucionária (agindo como ditadura soberana). O estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força-de-lei sem lei (que deveria, portanto, ser escrita: força de lei).⁴⁸

Aí está um questionamento deveras complexo. Qual seria a natureza das decisões da Suprema Corte brasileira? Em princípio, o sistema da *civil law* ou romano-germânico, adotado, não confere a mesma importância aos precedentes jurisprudenciais como se dá no sistema anglo-saxão, leia-se, *commom law*. No entanto, as recentes alterações do sistema processual, anteriormente mencionadas, revelam quase uma espécie de poder legiferante à Corte ao permitir a edição de súmulas vinculantes e impeditivas de recursos.

Nesse sentido, em uma análise bastante superficial dada a dificuldade do questionamento, parece que as decisões, colegiadas ou monocráticas, em alguma medida têm a “força de lei” agambeniana. Há que se reconhecer que essa questão, por si só, merece uma reflexão bem mais aprofundada e que, no momento, não se tem a capacidade, ou mesmo a pretensão, de responder.⁴⁹

O que parece evidente, entretanto, é a fragilidade e os paradoxos do sistema que dá a cada um dos ministros o poder de ser soberano e decidir milhares de causas postas à sua apreciação, na grande maioria delas sob manifestação monocrática, e que nos fazem pensar a qualidade da prestação jurisdicional oferecida ao cidadão.

CONCLUSÃO

A oxigenação na composição do Supremo Tribunal Federal pós-ditadura militar parece ter dado uma nova postura política aos julgamentos submetidos ao seu crivo. A ampla competência atribuída pela Constituição Federal da República de 1988 tornou a justiça constitucional demasiado extensa quanto ao rol de direitos e garantias que deve proteger.

A permanente crise do Poder Legislativo traz ainda uma nova tarefa ao Poder Judiciário: definir questões de ordem política e a efetivação de direitos

48. *Ibid.* p. 61.

49. Alguns casos como o de fidelidade partidária, por exemplo, gerou uma avalanche de novas ações na justiça eleitoral, e, portanto, diante da ausência de norma legal parece o precedente judicial indiretamente concedeu um novo direito ou obrigação aos partidos políticos e candidatos eleitos.

sociais, seja pela judicialização da vida e das relações sócias, seja por via do ativismo judicial.

Recentes decisões do Supremo foram amplamente noticiadas pelos meios de comunicação por ter se tornado a *ultima ratio* de questões aparentemente polêmicas, pelo menos diante das entidades da sociedade civil organizada, que revelaram uma postura bastante ativista. Assim, há no contexto jurídico-político contemporâneo, um novo espaço em que a arena política foi estendida e que a disputa das forças pode caracterizar o aspecto relacional do Estado teorizado por Poulantzas.

Nesse contexto em que o Judiciário assume a tarefa de concretizar políticas públicas não realizadas pelos demais poderes, há uma racionalização do sistema recursal que verticaliza a orientação jurisprudencial e às demais instâncias cumprem observar. Em tese, tais medidas têm como intuito a uniformização dos julgados e a conseqüente segurança jurídica.

Paradoxalmente, o Supremo Tribunal Federal, especificamente o Ministro Eros Grau, reconheceu situações de diversas matérias, em que estava configurado o estado de exceção, e, portanto, decidir *contra legem* ou contrariamente ao que havia decidido em casos análogos ante a condição anômica ou de indistinção dos casos que iria julgar.

A figura do soberano admite um novo perfil, qual seja, do magistrado na Suprema Corte brasileira. A partir da escola Realista Americana da hermenêutica cada um dos ministros pode ter a mesma condição política que o chefe do Executivo em fazer valer a sua vontade particular em detrimento do sistema jurídico positivo.

Assim, resta saber se as questões que configuram a exceção, essa zona que não está nem dentro nem fora do ordenamento jurídico, serão capazes de driblar esses institutos de uniformização, enunciados abstratos, e serem julgados de acordo com a sua natureza excepcional, ainda que não seja possível fazer um juízo de valor sobre os seus benefícios ou malefícios para a democracia contemporânea. Afinal, na racionalidade ocidental o princípio da legalidade ainda é a garantia de liberdade e que confere alguma estabilidade nas relações sociais e do próprio Estado.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção: Homo Sacer, II, 1*. Tradução Iraci D. Poleti. Coleção Estado de Sítio. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado*. Tradução: Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. 10 ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. 451 p.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 14.09.2009.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2 ed. aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Tradução de William Rehg. Cambridge - Massachusetts, MIT Press: 1998.

HERKENHOFF, João Batista. *Como aplicar o direito: (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política)*. 11 ed. rev., ampl e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOTTA, Luis Eduardo. *Judicialização da política: uma ameaça a soberania popular?* Disponível em: <http://starline.dnsalias.com:8080/sbs/arquivos/30_6_2009_12_54_29.pdf>. Acesso em: 24.09.2009.

POULANTZAS, Nicos. *Poulantzas: sociologia*. Coletânea Grandes Cientistas Sociais, nº 47. Org. Paulo Silveira, coord. Florestan Fernandes. Tradução Heloísa Rodrigues Fernandes. São Paulo: Ática, 1984.

_____. *O Estado, o poder, o socialismo*. Tradução: Rita Lima. 4 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000

SARMENTO, Daniel (coord). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. (coord) *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro : Revan, 1999.

VIII

FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO

Tiago Severini

Professor do Curso de Especialização em Direito Tributário do IBET-RJ. Mestrando em Direito pela UGF. Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Curso de Planejamento Tributário e Tributação Internacional pela ABDF. Advogado no Rio de Janeiro. E-mail: tseverini@vrbg.com.br.

RESUMO: Partindo de uma breve análise histórica e das características essenciais do federalismo, o presente trabalho compara os modelos teóricos de federalismo fiscal com as características do federalismo fiscal brasileiro, a fim de identificar os problemas existentes e sugerir diretrizes para a implementação de uma reforma tributária.

PALAVRAS-CHAVE: Federalismo. Federalismo Fiscal. Direito Financeiro. Equilíbrio Orçamentário.

ABSTRACT: From a brief analysis of federalism history and its essential characteristics, the present work compares the theoretical models of fiscal federalism to Brazilian fiscal federalism, in order to identify problems and suggest guidelines for a tax reform.

KEYWORDS: Federalism. Fiscal Federalism. Financial Law. Budget Balance.

SUMÁRIO: 1. Federalismo: histórico e características – 2. Modelos de Federalismo Fiscal – 3. O Federalismo Fiscal Brasileiro – 4. Considerações Finais – 5. Referências bibliográficas.

1. FEDERALISMO: HISTÓRICO E CARACTERÍSTICAS

Embora controversa a origem do federalismo, resta inegável que a sua primeira modelagem prática, enquanto modelo racional de organização do poder, foi experimentada pelos norte-americanos, segundo as diretrizes de Hamilton, Madison e Jay¹.

Os referidos autores buscaram amparo nas idéias de Montesquieu² sobre o conflito entre uma administração centralizada em um Estado com grande extensão

1. HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. O Federalista. São Paulo: Russell, 2005.
2. MONTESQUIEU. O Espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

territorial – que pende entre a esterilidade e o despotismo tirânico, conforme a experiência histórica absolutista – e a dispersão do poder entre várias unidades territoriais reduzidas – cuja fragilidade bélica poderia implicar suscetibilidade aos Estados estrangeiros – para propor um modelo passível de ser implementado nos Estados Unidos, em substituição ao modelo confederado instituído a partir da independência em 1776.

Nesse sentido, adotaram a premissa de que, enquanto a dispersão do poder administrativo em unidades menores possibilitaria um controle mais efetivo da atuação governamental – contexto em que se resgata a teoria da separação dos poderes³ – a união entre esses Estados de menor porte possibilitaria um fortalecimento da unicidade, protegendo cada um dos integrantes contra ameaças externas (noção de confederação).

No entanto, apesar de alicerçados nesse arcabouço racional, analisaram a experiência da confederação norte-americana, em que as colônias formavam treze Estados independentes, para apontar uma série de problemas enfrentados pela estrutura confederada⁴, com destaque para a inoperância do governo central face às divergências de interesses entre os Estados e entre as classes integrantes de cada Estado e às idéias de liberdade, independência e soberania ainda bastante arraigadas, evidenciando uma tendência separatista⁵:

“Concede-se que falta energia ao governo dos Estados Unidos, e apesar disto não se lhe querem conferir os poderes necessários para dar-lhe esta energia que lhe falta! Pretendem-se coisas contraditórias e inconciliáveis: quer-se aumentar a autoridade federal, e não se quer diminuir a autoridade dos Estados! Quer-se a soberania da União e uma independência absoluta nos membros! Enfim, por uma afeição cega para um governo monstruoso, quer-se elevar um império no império.”⁶

Como conseqüência, propuseram um modelo embasado na concomitância de um governo central com governos estaduais, com divisão de poderes e atuação

3. Em uma unidade territorial mais reduzida, o controle do poder Executivo pelo Legislativo e pelo Judiciário revela-se significativamente mais efetiva.
4. “Depois que a experiência vos mostrou, pela maneira menos equívoca, a insuficiência do governo federativo, que atualmente existe, eis-vos chamados a deliberar sobre uma nova Constituição para os Estados Unidos da América. (...) Entre os formidáveis obstáculos que a nova Constituição tem de vencer acha-se em primeira linha o interesse que certa classe de indivíduos de cada província tem de embaraçar qualquer mudança possa produzir diminuição no poder, consideração e vantagens que a atual administração dos Estados lhe procurou (...)” (HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. Op. Cit. p. 93)
5. “Para quem vê um pouco longe, nada há mais evidente do que a alternativa em que nos achamos, ou de adotar a nova Constituição, ou de que a União se desmembre. Não é, portanto, inútil examinar as vantagens da União, assim como os perigos a que a dissolução nos exporia.” (Ibid. p. 95)
6. Ibid. p. 115.

restrita dos governos estaduais aos seus respectivos territórios, na supremacia do poder nacional em detrimento dos poderes locais, e no reconhecimento de mecanismos de execução das leis. Criaram, assim, o modelo básico do federalismo, como é hoje concebido, embora, obviamente, sujeito a variações em algumas de suas características.

Segundo os referidos autores, a força conjunta dos treze Estados, sob um governo nacional único poderia proporcionar uma maior segurança face aos Estados estrangeiros, seja para a negociação ou para a guerra, além de facilitar a regulação das importações e exportações, incrementando o comércio e, conseqüentemente, a indústria e o desenvolvimento.

Há que se ressaltar, ademais, que, no modelo norte-americano, os Estados são regidos pelas leis e constituições que adotarem, no âmbito de suas competências próprias, cedendo espaço em sua liberdade para o governo federal apenas nos limites estritamente necessários à manutenção da unicidade, proteção externa e garantia da liberdade e dos direitos fundamentais⁷.

A experiência norte-americana – de formação de um Estado federativo a partir de uma confederação de Estados – foi a que mais se reproduziu ao redor do mundo e ao longo da história, mas não foi a única, visto que, em alguns casos, como no brasileiro, o federalismo sucedeu um Estado unitarista, tendo sido implementado com vistas à viabilização da administração de vasto território.

Por outro lado, cumpre esclarecer que as modificações sofridas pelo modelo norte-americano de federalismo ao redor do mundo não decorreram exclusivamente de diferenças entre os cenários históricos e/ou políticos, mas também por motivações racionais, a partir das críticas opostas por teóricos à formatação norte-americana do sistema federativo.

Veja-se, nesse sentido, que a implementação de um modelo de federalismo com plena liberdade interna e enfoque integrativo apenas no que se refere à face externa do Estado foi bastante criticada por Constant⁸:

“Chama-se de federalismo a uma associação de governos que conservavam sua interdependência e somente se unem por laços políticos exteriores. Esse

7. Sobre o excepcionalismo norte-americano e o federalismo dual, ver TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. São Paulo: Martins Fontes, 1998 e LIPSET, Seymour Martin. *A sociedade americana: uma análise histórica e comparada*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1966.

8. CONSTANT, Benjamin. *Princípios políticos constitucionais: princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França (1814)*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989. p. 177.

modelo de instituição é singularmente vicioso. (...) A organização interior de um Estado e suas relações exteriores estão intimamente ligadas. É absurdo querer separá-las e submeter as segundas à supremacia do vínculo federal, deixando à primeira uma independência total.”

Outro problema identificado pelo referido autor foi a incapacidade de um modelo federativo integrado por Estados em acelerada expansão atender às peculiaridades locais. Nesse contexto, ele propõe a criação de Municípios, que serviriam como instâncias administrativas atuantes na defesa de interesses locais:

“Nas nações em que se destrói a vida local forma-se um pequeno Estado à parte; aglomeram-se todos os interesses na capital; marcam encontro nela todas as ambições. O resto do país se imobiliza. (...) Imaginemos uma nação de um milhão de indivíduos distribuídos em determinado número de municípios. Em cada município cada indivíduo teria interesses próprios que não devem estar submetidos à jurisdição do município. Mas haverá interesses que são dos demais habitantes do município e deverão ficar sujeitos à competência municipal. Os municípios, por sua vez, têm interesses que somente os afetam e outros que poderão ser comuns a um distrito. Os primeiros serão de competência puramente municipal; os segundos, da competência distrital e assim sucessivamente, até chegar aos interesses gerais, comuns a cada um dos indivíduos que forma o milhão de pessoas que integram a população.”⁹

Note-se, portanto, face ao exposto, que o modelo básico de federalismo estruturado no cenário norte-americano sofreu inúmeras alterações, de acordo com o contexto para que foi transportado ou com as críticas que alguns de seus aspectos receberam de diferente teóricos.

Tais distinções, contudo, não maculam a sua essência, tendo as características básicas sido preservadas: descentralização política, com autonomia dos entes federados assegurada constitucionalmente; estabilidade institucional garantindo as competências dos entes autônomos; vedação ao direito de secessão (direito de retirada); soberania exercida pelo ente federal (união); auto-organização dos Estados-membros através de Constituições Estaduais; presença de órgão legislativo representativo dos Estados-membros; e existência de um tribunal constitucional, que atue de modo independente, com a função precípua de zelar pela preservação da ordem jurídica do Estado (guardião da Constituição)¹⁰.

9. CONSTANT, Benjamin. Op. Cit. p. 173-178.

10. BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Brasileiro: o problema da federação*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

Ponto-chave da referida matriz federalista é a autonomia dos Estados-membros, que Baracho¹¹ desmembra nas seguintes características: auto-organização, autogoverno, auto-administração e auto-suficiência¹².

A auto-organização há de ser compreendida como o poder de cada Estado-membro de elaborar sua própria Constituição (poder constituinte decorrente), a qual se encontra, no entanto, subordinada aos limites estabelecidos pela Constituição Federal.

O autogoverno consiste na necessidade de que se assegure aos cidadãos residentes em determinado território o poder de escolher os seus dirigentes, que editarão leis no âmbito de sua competência específica, e engloba ainda a auto-administração, que implica a necessidade de que o ente federado possa executar as leis vigentes, a partir do seu aparato administrativo.

E, por fim, a auto-suficiência consiste na necessidade de que cada ente possua condições econômico-financeiras de viabilizar a sua autonomia. Em outras palavras, cada ente deve possuir uma fonte de recursos própria, que lhe permita exercer os demais desmembramentos de sua autonomia. Em geral, tal fonte de recursos decorre do poder de tributar outorgado constitucionalmente, sobre o qual disporemos com maior profundidade adiante.

Note-se que tais desmembramentos da noção de autonomia consistem em repercussões imprescindíveis à garantia da liberdade de cada Estado-membro, que se restringe tão-somente nos estritos limites das competências outorgadas à união, como pressupostos para uma eficiente integração sob a ótica interna e uma fortalecida representatividade face aos Estados estrangeiros.

Observe-se, ainda nesse sentido, que a necessidade de órgão legislativo representativo dos Estados-membros e de um tribunal constitucional que atue como guardião do pacto federativo – apontados por Barroso como pressupostos inafastáveis de um modelo federativo moderno – correspondem exatamente e respectivamente à relevância de que o poder exercido pela união se atenha à observância da consolidação e harmonização dos interesses dos Estados-membros e de que o plano de repartição das competências normativas, administrativas e arrecadatórias seja constantemente vigiado por um tribunal independente e imparcial.

11. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

12. FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Sistema tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Finanças, 1965.

Sobre a relevância da atuação do judiciário no âmbito federativo, dispõe Schmitt, para quem as federações são uma organização política estabilizadora de divergências regionais¹³:

“Em uma organização política desse tipo [federação] instaura-se, frequentemente, uma instância para decidir divergências aptas a colocar em risco a paz e a segurança ou a homogeneidade dentro da federação. Nesse aspecto, está pressuposto que na base da Constituição federal encontra-se um contrato, sobre cuja interpretação e aplicação podem surgir, entre as partes contratuais, divergências que devem ser apaziguadas. (...)”

Divergências entre o Reich [leia-se, união] e Estados ou entre Estados são, em uma organização federal, divergências a partir da situação do contrato federal ou, pelo menos, a partir de uma coordenação de formações estatais conservadas pela Constituição. (...)”

A federação como tal tem um interesse nas divergências constitucionais porque está interessada na conciliação e resolução pacíficas, correspondendo à “satisfação” geral pertinente à essência de toda federação.”

Perceba-se, pois, que, para o referido autor, o tribunal federal atua na estabilização dos conflitos entre Estados e entre esses e a União, através da remissão ao pacto entre os entes consubstanciado na Constituição Federal.

Ainda nessa linha, esclarece Schmitt que o tribunal federal é responsável pela garantia da homogeneidade entre as Constituições Estaduais e a Constituição Federal¹⁴:

“Um tribunal federal que decide divergências constitucionais dentro de um estado-membro é, concomitantemente, guardião tanto da Constituição federal quanto da estadual. Em especial, é guardião da homogeneidade constitucional essencial a toda federação. Em nenhuma federação ou complexo federal, a Constituição de um estado-membro pode ser considerada independente da Constituição do Estado como um todo.”

Vale destacar, aliás, que a crítica de Schmitt – em seu famoso embate com Kelsen¹⁵ – à entrega do papel de guardião da Constituição nas mãos do tribunal, em vez de se lhe atribuir o exercício ao presidente do Reich, não pode ser confundida com uma divergência quanto à importância desse papel ou mesmo quanto à efetividade da atuação do tribunal nessa seara.

Diferentemente, aponta Schmitt que, embora o modelo desenvolvido por Kelsen funcione bem em tempos de equilíbrio e paz, ele pode ser facilmente

13. SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 80-81.

14. *Ibid.*, p. 82-83.

15. *KELSEN*, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

moldado aos interesses do parlamento em tempos de conflito interno ou externo, na medida em que, por ter a competência de indicar os membros do tribunal, pode criar obstáculos para o necessário exercício mais enérgico e célere do poder por parte do presidente do Reich.

Portanto, nem mesmo Schmitt, que fundamentou a inconveniência do exercício do papel de guardião da Constituição pelo tribunal, discordava da sua enorme relevância para a estabilização do sistema federativo.

Resta inegável, enfim, que os conflitos típicos do federalismo decorrem do fato de que a organização federativa opera por meio de múltiplos centros administrativos, combinando instrumentos operados pelo governo central e outros pelos governos subnacionais.

Uma vez tecidas tais considerações preliminares, passaremos à análise dos modelos de federalismo fiscal, desenvolvidos como forma de compatibilizar a estrutura federada com a preservação da autonomia financeira (auto-suficiência) dos entes.

2. MODELOS DE FEDERALISMO FISCAL

Preocupados com a conformação teórica de um modelo de atuação fiscal do Estado, no âmbito federativo, Oates¹⁶, Musgrave e Musgrave¹⁷ esclarecem que o exercício das funções fiscais pode ser realizado pelo governo a partir de três modelos básicos de organização: a plena centralização, a absoluta descentralização ou a forma federativa, em que as responsabilidades fiscais encontram-se compartilhadas entre os diferentes níveis.

Nesse contexto, a plena centralização seria caracterizada pela concentração das funções fiscais pelo governo central, enquanto a absoluta descentralização consistiria em um modelo onde os governos locais desempenhariam a integralidade das competências fiscais.

Já a adoção da forma federativa implica distribuição de competências fiscais entre os diferentes níveis de governo, para que cada um, de modo autônomo, e na medida de suas competências e capacidade de financiamento, possa construir desenhos institucionais capazes de disciplinar os procedimentos de contribuição e gestão tributária, transferências fiscais, composição e dimensão das despesas.

16. OATES, W. E. *Federalismo Fiscal*. Madri: Instituto de Estudios de Administración Local, 1977.

17. MUSGRAVE, Richard A. e MUSGRAVE, Peggy B. *Finanças Públicas: teoria e prática*. São Paulo: Campus USP, 1980.

Nesse contexto, cumpre notar que o federalismo fiscal deve ser compreendido como um desmembramento necessário da própria autonomia dos entes federativos, já que não parece possível afirmar a autonomia de certo ente caso este dependa, para a implementação das medidas decididas no âmbito de sua liberdade administrativa, da transferência de recursos do ente arrecadador.

Assim, tanto no modelo da plena centralização quanto no da absoluta desconcentração, revela-se uma ingerência ao menos potencial do ente arrecadador sobre os demais. Mesmo que não a exerça, a mera possibilidade de fazê-lo já coloca o ente arrecadador em um patamar hierárquico superior ao dos demais entes, contaminando, assim, o equilíbrio federativo.

Inevitável, portanto, é a necessidade de compartilhamento das responsabilidades fiscais entre os entes, para que se torne efetiva a convivência de autonomias vigente no âmbito político.

Além disso, a repartição das responsabilidades fiscais deve guardar proporcionalidade com as atribuições administrativas de cada ente, sob pena de se tornar um fator de desajuste do equilíbrio federativo, com favorecimento de certo ente em detrimento dos demais. Exceção para essa lógica se aplica apenas na hipótese de políticas nacionais – ou seja, do Estado como um todo, e não adstritas ao governo central – como, por exemplo, as de combate às desigualdades regionais, visto que, nesse caso, todos os entes terão compactuado, sob certas balizas definidas entre elas, para o alcance do objetivo comum.

Dessa maneira, cada ente federativo deve ter uma base tributária proporcional ao seu feixe de responsabilidades, tanto sob a ótica nacional quanto de sua jurisdição interna, delimitado pela Constituição Federal.

Ressalvados os eventuais critérios definidos em âmbito nacional e anuídos pelos entes federativos, cada ente deve ter responsabilidade para gerir suas despesas de acordo com a base tributária de que dispuser de acordo com o texto constitucional e a sua capacidade arrecadatória.

Portanto, uma política orçamentária equilibrada, a ser adotada por cada ente federativo, deve ter como premissa a identificação de um montante de despesas compatível com o de suas receitas, além da adequada priorização das despesas relacionadas ao cumprimento das suas competências constitucionais.

Pensando na lógica da estrutura federativa, a partir da teia traçada até aqui, pode-se afirmar que o ente recebe o direito a exercer o papel arrecadatário sobre certa base tributária exatamente para que possa arcar com as atribuições que lhe foram imputadas.

Apenas no que as receitas excederem as despesas exigidas para o cumprimento das suas competências, poderá o ente federativo atuar no âmbito de sua liberdade jurisdicional, decidindo aplicar tal excedente conforme a conveniência dos interesses da sua comunidade.

Corroborando tais premissas, afirma Bird¹⁸ a fundamentalidade do equilíbrio orçamentário e do vínculo entre competência tributária e competência no dispêndio, de modo a induzir nos governos responsabilidade fiscal e minimização das distorções na alocação de recursos causadas pelo sistema tributário subnacional.

Segundo o referido autor, tais premissas propiciariam a predominância de receitas próprias sobre os mecanismos de transferências intergovernamentais, cujas repercussões negativas – com destaque para a irresponsabilidade dos governos subnacionais – consistem, para ele, em um dos principais problemas enfrentados modelos federativos.

Compartilhando dessa linha de entendimento, Ter-Minassian¹⁹ aponta critérios para que um modelo equilibrado de distribuição de competências entre os diferentes níveis de governo: (i) submissão à competência federal dos tributos que apresentem alta mobilidade da base de arrecadação, forte sensibilidade a mudanças no nível de crescimento da economia, bases de arrecadação relevantes e distribuídas irregularmente entre as diversas regiões e unidades federadas ou que incidam sobre o comércio exterior; e (ii) submissão à competência das esferas subnacionais, dos tributos que apresentem baixa mobilidade da base de incidência ou tributos do tipo taxas por serviços públicos prestados à comunidade.

Face à lógica comum aos modelos teóricos de distribuição de competências, percebe-se que as transferências intergovernamentais somente têm lugar, enquanto estruturas intrínsecas à lógica de repartição de receitas, em federações com forte assimetria, onde exercem papel essencial para o alcance da eficiência tributária e para a complementação das disponibilidades financeiras necessárias aos governos subnacionais, a fim de que façam frente às suas competências provisionais.

Em um modelo simétrico e equilibrado, por sua vez, a realização das transferências deve ser extraordinária, pautando-se apenas, como leciona Oates²⁰, no

18. BIRD, Richard. *Rethinking sub national taxes: a new look at tax assignments*. Toronto: International Monetary Fund, 1999.

19. TER-MINASSIAN, T. Intergovernmental fiscal relations in a macroeconomic perspective: an overview. In: TER-MINASSIAN, T. *Fiscal Federalism in Theory and Practice*. Washington: International Monetary Fund, 1997.

20. OATES, W. E. *Federalismo Fiscal*. Madri: Instituto de Estudios de Administración Local, 1977. p. 101.

estímulo ou desestímulo a posturas economicamente danosas a outras jurisdições, através da obrigação de pagar ou receber valores como decorrência dos efeitos externos que o sistema econômico de uma jurisdição exerce sobre a outra; na compensação, em caso de questões relativas à eficiência determinarem a necessidade de arrecadação por outra jurisdição ou pelo governo central; ou na redistribuição destinada ao combate das desigualdades regionais.

Diante do exposto, percebe-se que um federalismo fiscal equilibrado depende da adequada correspondência entre as atribuições e fontes de custeio distribuídas a cada ente federativo, de maneira que se evite, por um lado, qualquer ingerência por um ente sobre outro, e por outro, que a própria lógica do sistema ou a atuação irresponsável de certo ente acarretem um desequilíbrio orçamentário cujas consequências negativas inevitavelmente repercutam sobre todo o Estado.

3. O FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO

O desenho do federalismo brasileiro foi desenvolvido a partir de constantes barganhas políticas e territoriais ao longo de sua história, com repercussão sobre os textos constitucionais de 1824 a 1988.

O modelo federativo atualmente vigente é um sistema de três níveis, composto pela união, pelos Estados e pelo Município, que reflete a influência histórica tanto dos federalistas norte-americanos Hamilton, Madison e Jay, quanto do francês Constant, que se preocupou com a criação de Municípios como instância administrativa local.

De acordo com o escopo constitucional brasileiro, os três níveis de governo têm seus poderes legislativos próprios, enquanto a União e os Estados possuem Poder Judiciário.

Além disso, os Estados são representados no Congresso Nacional – órgão legislativo tanto da união quanto do Estado brasileiro – através do Senado Federal, embora não possuam representação no poder executivo nacional.

Vale destacar, aliás, que apesar de os Estados e Municípios possuírem significativa autonomia administrativa, limitam-se pela predominância das políticas em nível federal, na medida em que as principais competências foram definidas pela Constituição como de atribuição federal, seja de forma exclusiva ou compartilhada, sendo, em geral, pouco relevantes as competências exclusivas atribuídas aos Estados e aos Municípios²¹.

21. VIANNA, Werneck. (Org.) *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Nesse sentido, o próprio escopo constitucional já revela certa assimetria, interpretada por Souza²² como uma sinalização dos constituintes para um federalismo predominantemente cooperativo.

A opção por um feixe considerável de competências concorrentes, em detrimento de mais relevantes competências exclusivas dos Estados e Municípios revelaria uma intenção integrativa e colaborativa entre os níveis de governo.

Ressalva, contudo, a autora, as dificuldades práticas de que a intenção dos constituintes se torne efetiva:

“O objetivo do federalismo cooperativo está longe de ser alcançado por duas razões principais. A primeira está nas diferentes capacidades dos governos subnacionais de implementarem políticas públicas, dadas as enormes desigualdades financeiras, técnicas e de gestão existentes. A segunda está na ausência de mecanismos constitucionais ou institucionais que estimulem a cooperação, tornando o sistema altamente competitivo²³.”

Aliás, mais preocupante que a não conformidade do federalismo competitivo constatado na prática com o suposto federalismo cooperativo almejado pelos constituintes são os inegáveis efeitos danosos do federalismo competitivo, que possui manifestações extremamente relevantes no âmbito do direito tributário.

De acordo com a matriz federalista fiscal da Constituição de 1988, foi assegurada capacidade arrecadatória aos três níveis de governo, sendo a união destinatária majoritária dos recursos, o que decorre logicamente do seu feixe de competências bastante amplo.

Contudo, a previsão de materialidades especificamente destinadas à atividade arrecadatória a ser exercida pelos Estados e Municípios, além da previsão de transferências de recursos entre os entes²⁴, proporcionava, ao menos de acordo com a redação original, razoável correspondência entre atribuições geradoras de despesas e fontes de receita dos entes.

Entretanto, a partir de reformas constitucionais iniciadas logo após a promulgação, e decorrentes, predominantemente, dos problemas econômicos enfrentados, com destaque para a vilã inflação, passou-se a seguir posturas concomitantes e contraditórias quanto ao equilíbrio entre as fontes de receitas e as responsabilidades geradoras de despesas de Estados e Municípios:

22. SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. In: *Revista de Sociologia e Política*, n. 24. Curitiba, 2005. p. 112.

23. *Ibid.*

24. Art. 153, §5º e arts 157 a 159, da Constituição Federal.

“O saldo que o nosso constitucionalismo de 1988 apresenta é o da frustração do processo descentralizador com a desfiguração do modelo originário através de várias emendas (mais de cinquenta), complementadas por inúmeras providências circunstanciais baixadas autoritariamente, por medidas provisórias, que impediram a sintonia do sistema brasileiro com o internacional.²⁵”

Por um lado, manifestou-se uma tendência para a centralização financeira, ao majorar as contribuições sociais com destinação federal, e por outro, ampliaram-se as competências estaduais e municipais, em especial nos âmbitos da saúde e da educação.

Dessa maneira, a União acabou por enfrentar tanto a demanda dos Estados mais desenvolvidos por uma maior autonomia tributária quanto a pressão dos Estados com menor grau de desenvolvimento por um aumento das transferências em favor deles.

Tais barganhas decorreram, pois, do desequilíbrio financeiro acarretado aos Estados e Municípios em virtude das desalinhadas reformas constitucionais, que descompassaram as receitas desses entes e as suas atribuições constitucionais:

“Equilíbrio orçamentário é a equalização de receitas e de gastos, harmonia entre capacidade contributiva e legalidade e entre redistribuição de rendas e desenvolvimento econômico. O desequilíbrio orçamentário é sempre o resultado de contradição entre princípios constitucionais do Estado de Direito. O orçamento não se desequilibra pela falta de dinheiro, mas pelo desencontro entre valores e princípios.²⁶”

Contudo, há que se ter em mente que os problemas concernentes ao desequilíbrio financeiro não decorrem somente da equivocada recentralização promovida a partir das reformas à matriz constitucional, mas também, e em boa parte, da irresponsabilidade dos governos subnacionais:

“É claro que as agruras financeiras dos Estados e Municípios não decorrem apenas do processo centralizador observado nos últimos anos. Aos entes menores devem ser debitados os problemas financeiros surgidos com os gastos desnecessários, a morosidade na política de privatização, os abusos cometidos no financiamento das despesas pelos bancos estaduais, a assunção descontrolada de dívida inflacionária que os levava a adiar pagamento de salários e fornecimentos não foi superada no regime de estabilização alcançado durante o plano real.”

Como a ignorar a prioridade orçamentária imposta pelas suas competências constitucionais e, sobretudo, o novo cenário gerado pelas reformas constitucionais,

25. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, vol. V: o orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 228.

26. *Ibid.* p. 173-174.

os Estados e Municípios atuam com substancial leviandade na definição de parâmetros para os gastos públicos, o que implica um desregramento considerável nas despesas.

No caso brasileiro, contudo, os mecanismos de transferência extraordinária têm sido utilizados, cada vez mais, de forma distorcida, a partir de barganhas políticas casuísticas entre os entes federativos, desregulando a sistemática de repartição de receitas, também sob a ótica vertical (entre união, estados e municípios), mas sobretudo quanto ao aspecto horizontal (entre estados e entre municípios):

“O desenho do federalismo brasileiro não incorporou, desde a sua origem, a busca por uma maior equalização fiscal entre as unidades federativas, razão pela qual existem incentivos para os congressistas montarem estratégias capazes de aumentar a cota de recursos nacionais para seus estados. Isso porque na distribuição da receita nacional convivem regras distributivas formais (constitucionais) e informais (negociadas caso a caso) como uma das formas de a Federação brasileira manter a unidade de seus entes constitutivos. As regras formais e as informais, estas últimas podendo ser encontradas em várias decisões legislativas e governamentais, inclusive nas emendas ao orçamento, incentivam os parlamentares, até mesmo de estados mais bem posicionados economicamente, a proporem tais emendas, não apenas para se reelegerem ou se elegerem para os Executivos subnacionais, mas também para conseguirem mais recursos federais diante da pouca eficácia das regras formais de equalização fiscal.²⁷”

Desse modo, o modelo tem demonstrado não ser capaz de proporcionar um equilíbrio financeiro adequado entre os entes federados, seja pelo caráter pernicioso do sistema de transferências como compensação da assimetria federativa, seja pela ausência ou ineficácia de mecanismos de controle do equilíbrio orçamentário.

Por conseguinte, há geração de déficits fiscais e a sua transferência para a esfera federal, que tende a garantir a solvência dos créditos, ou o apelo a bancos públicos, vinculados aos governos subnacionais, que são obrigados a praticar empréstimos muitas vezes sem sustentabilidade financeira e a recorrer às reservas bancárias ou outros mecanismos de liquidez da autoridade monetária, a fim de cumprir suas obrigações.

No primeiro caso, há conseqüências negativas sobre as finanças do Estado como um todo, e no segundo, implicações sobre a política monetária do país. Difícil decidir qual o pior cenário.

27. SOUZA, Celina. Federalismo e conflitos distributivos: disputa entre estados por recursos orçamentários. In: *Revista de Ciências Sociais*, v. 46. Rio de Janeiro, 2003. p. 349.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidencia-se, pois, um quadro de amplas distorções no federalismo fiscal brasileiro, tanto no que tange à sua estruturação sistemática quanto sob o aspecto pragmático, de modo que a fragmentação das competências fiscais, a desproporção entre elas e a repartição constitucional de competências, e o amplo desequilíbrio orçamentário demandam iminentes esforços orientados à melhoria do grau de harmonização fiscal.

Ocorre que, em virtude da herança histórica, a superação dos mencionados problemas não se revela acessível pela simples montagem de uma matriz constitucional teórica equalizada sob a ótica fiscal. O desafio vai além e reside na necessidade de reformulação do próprio desenho federativo, de modo a relacionar adequadamente as competências e a capacidade arrecadatória das esferas de governo, e criar mecanismos eficazes de controle da responsabilidade orçamentária e de atuação cooperativa dos entes.²⁸

Nesse contexto, TORRES indica parâmetros para o alcance do equilíbrio orçamentário, esclarecendo que “a gestão orçamentária deve se fazer de acordo com os princípios da descentralização, da eficiência e da responsabilidade (accountability) e dos seus subprincípios da prudência e da transparência”.²⁹

Para Ter-Minassian³⁰ e Shah³¹, por sua vez, a coordenação e harmonização de um modelo federalista fiscal depende de clareza na definição da destinação das receitas e nos mecanismos de transferência intergovernamental, de responsabilidade nos gastos governamentais, e da fixação de regras limitadoras do endividamento dos governos central e subnacionais. Compartilham dessa linha de entendimento Serra e Afonso³²:

“De um lado, estados e municípios constituíram-se e, ainda, constituem-se em um poderoso fator potencial de descontrole do déficit público devido ao seu grande peso dentro do setor público, à assimetria na distribuição de direitos e deveres entre as três esferas de governo, à existência de bancos estaduais que financiavam os seus déficits e à possibilidade de emissão de papéis de dívida mobiliária, com o mesmo propósito. Isso, naturalmente, em função também da influência política direta de governadores e prefeitos sobre o Congresso Nacional,

28. PRUD’HOMME, H. The dangers of decentralization. Washington: The World Bank, 1985. p. 201-220.

29. TORRES, Ricardo Lobo. Op.Cit. p. 445-446.

30. TER-MINASSIAN, T. Op. Cit.

31. SHAH, Anwar. Federalismo fiscal y gobernabilidad macroeconômica: en lo próspero y en lo adverso? Guadalajara: INDETEC, 2000.

32. SERRA, José e AFONSO, José Roberto Rodrigues. Federalismo fiscal à brasileira: algumas reflexões. In: *Revista do BNDES*, v. 6, n. 12. Rio de Janeiro: 1999. p. 17.

num sistema eleitoral e partidário como o brasileiro. Por outro lado, o Senado que, por atribuição constitucional, deveria controlar e limitar o endividamento de estados e municípios, na prática raramente adotou um comportamento restritivo.”

Ainda nessa linha, e face à constatação de cenários semelhantes ao redor do mundo, os referidos autores propõem a coexistência de mecanismos de controle de uma gestão fiscal equilibrada, que seriam: (i) a submissão dos governos regionais e locais ao mercado de crédito privado e as suas regras de concessão de recursos e avaliação de riscos, (ii) o controle direto do governo central sobre as esferas de governo subnacionais, mediante autorização para a realização de empréstimos e o monitoramento dos recursos obtidos, e (iii) a existência de regras institucionais formais disciplinadoras dos limites e das condições de acesso do setor público às linhas de crédito.

Nesse sentido, inevitável constatar a imprescindibilidade de uma reforma urgente do federalismo fiscal brasileiro – acompanhada dos necessários impactos sobre aspectos não fiscais³³, com destaque para os financeiros – já que a atual estrutura não parece mais apta a reajustar a complexa trama de problemas acarretados pela assimetria e pela irresponsabilidade na gestão orçamentária dos entes, sendo crescentes os danos econômicos e sociais daí decorrentes³⁴. Há diretrizes e modelos viáveis; resta congregiar empenho político para implementação.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Brasileiro: o problema da federação*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BIRD, Richard. *Rethinking subnational taxes: a new look at tax assignments*. Toronto: International Monetary Fund, 1999.

33. “Vê-se, portanto, que se frustraram as esperanças de descentralização fiscal nestes anos de vigência da Constituição de 1988, que poderia fazer com que o respeito aos direitos fundamentais e a afirmação da justiça local consonassem com a emergência da cidadania mundial e o respeito aos direitos humanos no plano que transcende as contingências da soberania nacional. Já não bastará uma simples reforma tributária e financeira, mas a própria repactuação do federalismo brasileiro, em busca de um equilíbrio que possa ajustar nosso tridimensionalismo federativo à realidade da reconstrução dos direitos.” (TORRES, Ricardo Lobo. Op.Cit. p. 231.)

34. “De fato, o aperfeiçoamento do federalismo fiscal no Brasil é crucial, tanto para a estabilidade econômica, para efeito de controle do déficit e da dívida pública global, como para a retomada do desenvolvimento sustentado, já que a formulação e a implementação de políticas econômicas mais apropriadas dependem, por exemplo, da estrutura e da harmonização tributária, interna e externa” (SERRA, José e AFONSO, José Roberto Rodrigues. Op. Cit. p. 4.)

- CONSTANT, Benjamin. *Princípios políticos constitucionais: princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França (1814)*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989.
- FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Sistema tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Finanças, 1965.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. *O Federalista*. São Paulo: Russell, 2005.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LIPSET, Seymour Martin. *A sociedade americana: uma análise histórica e comparada*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1966.
- MONTESQUIEU. *O Espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MUSGRAVE, Richard A. e MUSGRADE, Peggy B. *Finanças Públicas: teoria e prática*. São Paulo: Campus USP, 1980.
- OATES, W. E. *Federalismo Fiscal*. Madri: Instituto de Estudios de Adinistración Local, 1977.
- PRUD'HOMME, H. *The dangers of decentralization*. Washington: The World Bank, 1985.
- SCHMITT, Carl. *O Guardiã da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SERRA, José e AFONSO, José Roberto Rodrigues. *Federalismo fiscal à brasileira: algumas reflexões*. In: *Revista do BNDES*, v. 6, n. 12. Rio de Janeiro: 1999.
- SHAH, Anwar. *Federalismo fiscal y gobernabilidad macroeconômica: en lo próspero y en lo adverso?* Guadalajara: INDETEC, 2000.
- SOUZA, Celina. *Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988*. In: *Revista de Sociologia e Política*, n. 24. Curitiba, 2005.
- TER-MINASSIAN, T. *Intergovernmental fiscal relations in a macroeconomic perspective: an overview*. In: TER-MINASSIAN, T. *Fiscal Federalism in Theory and Practice*. Washington: International Monetary Fund, 1997.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, vol. V: o orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- VIANNA, Werneck. (Org.) *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

IX

LA EXCEPCIÓN DE TRANSACCIÓN Y OTRAS CUESTIONES PROCESALES

(Apuntes sobre la sentencia expedida en virtud
del Primer Pleno Casatorio en materia civil)

Juan Monroy Palacios

Miembro de la Asociación Peruana, del Instituto Iberoamericano y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal.

SUMARIO: 1. Imposibilidad de resolver la cuestión casatoria a partir del art. 453. – 2. La presunta inconstitucionalidad del art. 400 CPC. – 3. Aspectos críticos de la decisión suprema: 3.1. Una contradicción insuperable; 3.2. ¿Quién es titular de la indemnización por daño ambiental?; 3.3. Una interpretación innecesariamente forzada; 3.4. ¿Qué remedios existen contra una transacción?

Atendiendo a la gentil invitación a participar en esta importante iniciativa científica, quisiera compartir algunas reflexiones con relación a la sentencia expedida por la Corte Suprema del Perú con ocasión del Primer Pleno casatorio en materia civil¹; sentencia que ha dado lugar a la discusión de cuestiones procesales de carácter general y, por tanto, de singular relieve.

Este pequeño trabajo se divide en tres secciones. La primera es la única que ya ha sido expuesta en otra parte y reproduce, con modificaciones mínimas, una nota dada a conocer el 31 de enero de 2008², fecha anterior a la publicación de la sentencia en comentario. En ella intento demostrar, a diferencia de lo que algunos piensan, por qué el art. 453 CPC³, debido a su carácter específico, no sirve, al menos por sí sólo, para resolver uno de los problemas planteados en sede casatoria,

1. Es oportuno señalar que además de este trabajo he escrito uno complementario titulado *Sobre el ámbito de actuación de la Corte Suprema en materia casatoria y la excepción en el ordenamiento procesal peruano (Apuntes a propósito de dos reacciones con relación al primer Pleno Casatorio Civil)*, en *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*, 1, 2008, pp. 97-101.
2. Que apareciera bajo el título *Transacción extrajudicial y excepción procesal*, colgada en derechoyproceso.blogspot.com
3. En adelante, los artículos que no vayan acompañados de las iniciales “CPC” se entenderán, igualmente, como parte de dicho ordenamiento.

es decir, *si la transacción extrajudicial puede oponerse vía excepción*. En la segunda parte expreso mi opinión acerca de la presunta inconstitucionalidad del art. 400, norma que prevé, precisamente, la celebración de los Plenos Casatorios en nuestro país. Finalmente en la tercera formulo algunas críticas puntuales a la sentencia casatoria.

1. IMPOSIBILIDAD DE RESOLVER LA CUESTIÓN CASATORIA A PARTIR DEL ART. 453

En el marco del proceso judicial que ha dado lugar al Primer Pleno Casatorio Civil de nuestra Corte Suprema, destaca como uno de los temas que será objeto de pronunciamiento el referido a la posibilidad de oponer exitosamente como excepción una transacción extrajudicial. Hasta donde se tiene entendido, existen dos pareceres opuestos en los jueces supremos; unos consideran que esta opción es válida y otros, por el contrario, entienden que ello sólo es posible para el caso de las transacciones judiciales. Veamos las implicancias de este problema interpretativo.

El fundamento de quienes niegan la posibilidad de oponer una excepción de transacción extrajudicial tendría su base normativa en el art. 453 del Código Procesal Civil, el cual señala lo siguiente: “Son fundadas las excepciones de litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión o conclusión del proceso por conciliación o transacción, respectivamente, cuando se inicia un proceso idéntico a otro: 1. Que se encuentra en curso; 2. Que ya fue resuelto y cuenta con sentencia o laudo firme; 3. En que el demandante se desistió de la pretensión; ó 4. En que las partes conciliaron o transigieron”.

Sin embargo, si ello fuera así, podemos advertir que tal postura adolece de un problema interpretativo severo. Una cosa es que el art. 453 establezca determinados supuestos donde las excepciones mencionadas deben declararse fundadas sin más (referidos todos a casos de “identidad de procesos”); y otra, muy distinta, es considerar que dicho dispositivo legal establece una *exclusividad*, según la cual, dichos supuestos son los *únicos* que permiten fundar las excepciones. ¿En qué parte de la norma en cuestión se plantea esa pretendida exclusividad? La casuística procesal es lo suficientemente rica y compleja para prevenirnos de ensayar semejantes generalizaciones o, más aún, para disuadirnos de crear principios procesales sobre la base de interpretaciones normativas tan sesgadas.

Para demostrar la limitación de tal lectura, miremos más allá de la norma a través de tres ejemplos:

- 1) El socio A demanda a la empresa B la impugnación de un acuerdo general de accionistas y, transcurridos unos días, se desiste de la pretensión.

Concluido este proceso, ¿es posible que, semanas después, demande por lo mismo a la empresa C, que absorbió a B? Sin duda que no. La eventual excepción de desistimiento de la pretensión que oponga C deberá declararse FUNDADA. Sin embargo, a efectos de lo que venimos exponiendo, notemos que este supuesto no se encuentra previsto en el art. 453. ¿Por qué? Porque no estamos ante *casos formalmente idénticos*. En el primer proceso, la relación fue entre A y B y en el segundo entre A y C, un sujeto de derecho distinto, sin la menor duda, a B.

- 2) Si A demanda a B el pago de arrendamientos utilizando como título un contrato celebrado entre ambas partes en 1995 y, a la finalización del proceso, obtiene una sentencia que declara infundada la demanda por falsedad de aquél, ¿es posible que, sin temor a que le sea opuesta una excepción de cosa juzgada, demande nuevamente al mismo B el pago sólo de una parte de las rentas mensuales demandadas en el proceso anterior, valiéndose para ello nuevamente del contrato cuya falsedad ya ha sido judicialmente declarada? A pesar que no estamos ante *procesos idénticos* (en todo caso, el objeto del primero contiene al segundo, es decir, habría *continencia*), la respuesta vuelve a ser la misma: no es posible. La excepción que cosa juzgada que pudiera oponer B en el segundo caso deberá, sin duda, declararse FUNDADA.
- 3) Por último, apreciemos este ejemplo: A, sujeto privado, demanda a B, una Municipalidad, para que se declare judicialmente que su propiedad abarca, además de la extensión reconocida por registros, 150 metros de extensión correspondientes a la ribera del río Rímac, con el cual colinda. Días después y sin perjuicio de las defensas que ha opuesto en el primer proceso, B inicia uno segundo para que se declare, más bien, que la ribera en cuestión le pertenece a ésta y que el terreno de A no colinda con el río, sino termina varios metros antes.

La primera impresión es que se descarta cualquier posibilidad de considerar que hay procesos idénticos: mientras en el primero A es el demandante y B el demandado, en el segundo sucede exactamente lo contrario. Sin duda no hay identidad. Sin embargo, ello no obsta para considerar que, ante la eventualidad de que en el segundo proceso B oponga excepción de litispendencia, ésta deba declararse fundada. De no ser así, se correría el riesgo de que se expidan fallos contradictorios, lo cual es evitado a toda costa por nuestro ordenamiento jurídico.

En función de las tres hipótesis expuestas se puede concluir que el art. 453 no abarca todos los supuestos donde es posible declarar fundadas las excepciones a las

que hace alusión, sólo regula parte de aquellos (cuando hay *procesos idénticos*). Así, volviendo al caso que deberá resolver la Suprema, podemos deducir además que *si el sustento para considerar que sólo es posible oponer exitosamente como excepción una transacción judicial, con exclusión de la extrajudicial, es dicho artículo (el 453), el argumento es errado*. Del enunciado normativo en cuestión se estaría extrayendo, en base a una mala interpretación, una norma inexistente.

Con cargo a seguir desarrollando esta cuestión en otro ámbito, preguntémosnos, analizando brevemente el aspecto central del problema planteado por el Pleno Casatorio, ¿qué diferencia a la transacción extrajudicial de la judicial en cuanto a sus componentes esenciales? Sustancialmente nada⁴. En ambos casos estamos ante un acuerdo con concesiones recíprocas, pese formalmente exista una diferencia: mientras la primera fue originariamente concebida para desplegar sus efectos en el ámbito privado, solucionando un conflicto de intereses ajeno al proceso (porque lo evita); la segunda, la llamada “judicial”, actúa en el contexto de un conflicto de intereses ya llevado al proceso. Se advierte así que el origen y estructura de ambas, sustentado en el ejercicio de la autonomía privada (¡ningún juez tiene poder para obligar a transigir!), es fundamentalmente el mismo.

Por esta razón, en el plano procesal el Juez sólo se limita a homologar la transacción: ni si quiera la promueve y, menos aún, la crea o la perfecciona. Sólo verifica y aprueba su eficacia compositiva a nivel judicial⁵.

En conclusión, consideramos equívoco cualquier intento de diferenciar el tratamiento como excepción que merece la transacción judicial respecto de la extrajudicial utilizando como sustento el art. 453 CPC. Que la Suprema se disponga a darnos luces al respecto importa una situación, sin duda, muy importante para

4. Es curioso advertir cómo en nuestra cultura jurídica los elementos formales suelen imponerse sobre los conceptos. Así sucede con la transacción: no son pocos los que, erradamente, consideran que la judicial y la extrajudicial constituyen dos institutos distintos, cuando en realidad se trata de dos clases correspondientes a una *misma* categoría, razón por la cual se encuentran regidas “por los *mismos* principios y producen los mismos efectos, diferenciándose ambas sólo en cuanto a su forma” (Abraham Luis VARGAS, *Transacción*, en *Estudos de Direito Processual Civil em Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 795).
5. Naturalmente, esta eficacia compositiva no tiene por qué dar lugar, en todo supuesto, a la conclusión del proceso; ésta sólo se producirá cuando el ámbito de las controversias resueltas por la transacción coincida con el objeto del proceso. Nada excluye que una transacción sólo ponga fin a una parte de las controversias judicializadas (art. 337, primer y tercer párrafo CPC). En tal hipótesis, el proceso deberá continuar su desarrollo hasta que se sentencie lo que aún permanezca irresuelto, es decir, con un objeto más reducido. De igual parecer es DINAMARCO, según el cual, “en caso de acuerdo sustancial parcial –que deja residuos en el objeto del proceso, a ser juzgados– o tratándose de aspectos puramente procesales no extintivos, el acto con el que el juez les da vigor es interlocutorio y no terminal del proceso” (*Acordos judiciais e a pericia arbitral no processo civil brasileiro*, en *Fundamentos do processo civil moderno*⁵, II, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 965).

la adecuada interpretación de las normas procesales, pues es necesario erradicar de nuestra práctica judicial posturas de sabor puramente formal. Sin embargo, sin desmerecer el valor del tema que abordado, no perdamos de vista que el verdadero problema que encierra el proceso que la Suprema tiene en sus manos (que atañe sólo indirectamente –como veremos en el § 3– a la tutela de los derechos fundamentales, en particular, de los vinculados con la salud y al medio ambiente) es mucho más profundo, razón por la cual, esperamos que su tratamiento se mantenga ajeno a cualquier consideración formalista como la que ahora hemos criticado.

2. LA PRESUNTA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 400 CPC

Resulta curioso que luego de 15 años de vigencia del CPC e inmediatamente después de la celebración del primer Pleno Casatorio realizado en función de lo prescrito por el art. 400, se escuchen recién algunas voces que sostienen la inconstitucionalidad de este dispositivo y, por tanto, de todo lo que la Suprema haya podido realizar en estricto cumplimiento de aquél.

Más allá de que, como lo señala el art. 100 CPCConst.⁶, el plazo prescriptorio de la demanda de inconstitucionalidad ya ha transcurrido en exceso, es oportuno ensayar algunas reflexiones al respecto (sobre todo por el hecho que tal operación no es ociosa, si tenemos en cuenta la salvedad que prevé el enunciado normativo citado).

El fundamento principal para sostener la inconstitucionalidad aludida, según LEDESMA⁷, está representado por el art. 143 de la Constitución⁸ y por los arts. 22, primer párrafo y 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)⁹. La norma constitucional que, como todo el cuerpo normativo que la contiene, no hace mención

6. Artículo 100.- Plazo prescriptorio.- La demanda de inconstitucionalidad de una norma debe interponerse dentro del plazo de seis años contado a partir de su publicación, salvo el caso de los tratados en que el plazo es de seis meses. Vencido los plazos indicados, prescribe la pretensión, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 51 y por el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución.

7. *Las incongruencias del Primer Pleno Casatorio Civil*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, 116 (2008), p. 73.

8. Artículo 143.- El Poder Judicial está integrado por órganos jurisdiccionales que administran justicia en nombre de la Nación, y por órganos que ejercen su gobierno y administración. Los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica.

9. Artículo 22.- Publicación de Ejecutoria.- Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial “El Peruano” de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. (...).

Artículo 116.- Plenos jurisdiccionales.- Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial.

alguna a los “Plenos Jurisdiccionales”, discrimina los órganos que componen el Poder Judicial en dos partes: los que “administran justicia a nombre de la Nación”, por un lado, y los “que ejercen su gobierno y administración”, por el otro. Por su lado, las normas de la LOPJ señalan expresamente que corresponde a las Salas Especializadas de la Corte Suprema ordenar la publicación “de las ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que” serán de obligatorio cumplimiento y que los plenos jurisprudenciales se reúnen “a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad”. Es decir, en líneas generales, de la lectura de ambos cuerpos normativos no es posible deducir que los plenos jurisdiccionales tienen poder para emitir precedentes, pues su actividad estaría limitada al ámbito administrativo. Esto no tiene cómo ser refutado.

Sin embargo, no es menos cierto que: 1) la Constitución no niega la posibilidad de que un órgano del Poder Judicial realice actividades jurisdiccionales y administrativas, de acuerdo al contexto donde se desempeñe. Por ello, deducir la inconstitucionalidad del art. 400 de la sola lectura de la norma fundamental resulta inexacto; 2) si la correcta interpretación del texto constitucional debiera provenir, como se dice, de las normas citadas de la LOPJ, que sólo atribuyen poder de emitir precedentes a las Salas Especializadas y no al Pleno, entonces el ejercicio estaría incompleto. ¿Por qué? Porque se obvia un dispositivo básico para valorar la autoridad de las *normas procesales específicas*. Me refiero a la Vigésima Tercera de las Disposiciones Finales y Transitorias de la misma, que otorga a aquéllas supremacía sobre las que componen este cuerpo normativo. Consecuentemente, si, como ha quedado evidenciado, el art. 400 se impone respecto de cualquier norma de la LOPJ y si, por el lado constitucional, no existe dispositivo alguno que, por sí sólo, niegue al pleno jurisdiccional poder para expedir precedentes, resulta erróneo tachar de inconstitucional la labor de la Corte Suprema que venimos comentando.

Antes de concluir con este apartado es oportuno aludir a otra imputación de inconstitucionalidad por parte de LEDESMA¹⁰. Para ella, el art. 400 viola también el derecho al juez natural, en la medida que permite que la Sala Plena interfiera una causa, avocándose y expidiendo decisión final, cuando aquello le corresponde no a un órgano de gestión administrativa, sino a una Sala Especializada, es decir, a uno que ejerce función jurisdiccional. El argumento resulta igualmente insostenible si advertimos que el derecho al juez natural se resuelve, básicamente, en la necesidad que exista un juez predeterminado por ley. De este modo, si, como hemos visto, el art. 400 establece por sí mismo esta predeterminación y, a su vez,

10. Op. loc. cit. En realidad no es una nueva imputación, sino un fundamento adicional para tachar de inconstitucional el referido art. 400.

en base a lo argumentado, aquél dispositivo no colisiona contra ninguna norma constitucional, entonces encontramos que ni por uno o por otro camino la labor de la suprema, con relación al Primer Pleno, puede considerarse inconstitucional.

3. ASPECTOS CRÍTICOS DE LA DECISIÓN SUPREMA

Al menos en el precedente referido a la transacción, la Corte Suprema da muestras de haber actuado del modo adecuado. Sin embargo, tanto en esta materia como en la referida al art. 82, los criterios de interpretación aplicados parecen no haber sido los mejores. Veamos algunas cuestiones puntuales de la decisión:

3.1. Una contradicción insuperable

Un conjunto determinado de sujetos demanda una indemnización cuya cuantificación está basada en dos situaciones: daño a la salud y daño ambiental. La defensa opone excepciones de *transacción extrajudicial* (porque ya se habría producido un acuerdo en cuanto a los daños producidos a la salud) y *falta de legitimidad para obrar activa* (habida cuenta que los particulares que fungen como demandantes no forman parte del listado previsto por el art. 82 CPC para la tutela de intereses difusos).

Según la Suprema deben estimarse ambas excepciones. ¿Es lógicamente posible una decisión semejante? Creemos que no. En todo momento la demanda fue tratada como una pretensión única con fundamentación doble (daños a la salud y al ambiente, como ya vimos). Si esto es así, resulta jurídicamente imposible que el derecho reclamado en una pretensión ya haya sido objeto de transacción y, simultáneamente, que los actores carezcan de legitimidad para obrar respecto de aquél por tratarse de un interés difuso (¿?). ¿Acaso estos son transigibles? Sabemos que no. Entonces, ¿cómo un sujeto puede estar incurso en ambas excepciones a la vez? Confesamos no comprenderlo.

Tal vez lo que el Juez Supremo debió hacer es reconocer que, en realidad, cada uno de los sujetos demandantes ostentaba dos pretensiones indemnizatorias, una por daño a la salud y otra por daño ambiental, respectivamente. De esta forma, como resulta evidente, habría desaparecido la contradicción planteada, independientemente de la corrección de las decisiones. Sin embargo, como están las cosas, la decisión resulta equívoca: la excepción, *species* al igual que la demanda del *genus* petición, se individualiza por su petitorio. Consecuentemente, a) sobre éste recae el pronunciamiento judicial, no sobre sus fundamentos¹¹ y b)

11. Cfr. Eduardo GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, I, Milán: Giuffrè, 1967, pp. 34 y ss.

la *congruencia* (p.e. la no contradicción) de una decisión se analiza, igualmente, por la forma cómo se resuelven los petitorios (en el fallo), no por la valoración racional de sus fundamentos (lo cual daría lugar a una problemática distinta: la justicia de la decisión¹²).

3.2. ¿Quién puede ser titular de una demanda indemnizatoria por daño ambiental?

Existe una diferencia sustancial entre considerarse titular de un interés de orden ambiental haciéndose responsable, entre otras cosas, por su tutela, respecto de reconocerse titular de una *indemnización* por daño ambiental. El primer caso da lugar a un proceso para la tutela de intereses difusos, según lo prevé el art. 82; el segundo supuesto, que contiene una obligación de dar de carácter y función estrictamente patrimonial, supone un mero conflicto entre particulares. Esto es ratificado por el contenido mismo de la demanda donde se aprecia, indubitablemente, que cada sujeto pide una indemnización para sí. Es decir, quien interpuso la demanda no fue un grupo indeterminado de sujetos, sino, por el contrario, un conjunto de particulares dentro del cual cada actor invocó una titularidad propia, perfectamente identificable y divisible.

Esto nos lleva a advertir que la excepción debió declararse infundada: nunca hubo en disputa un interés difuso. Sin embargo, conviene aclarar que si bien la indemnización por daño ambiental constituye una pretensión individual, nada obsta –y, seguro, de aquí proviene la confusión– para que, en supuestos extremos y por cuestiones de política del derecho, la enorme cantidad de sujetos afectados en daños ambientales de gran magnitud aconseje elegir un defensor único con cargo a que, firme la sentencia que ampare la demanda, se proceda a la liquidación de ésta y al pago de la indemnización correspondiente a cada uno de los sujetos afectados. Esta modalidad de tutela de un interés homogéneo, que eventualmente da lugar a la formación de los llamados litisconsorcios unitarios¹³, constituye una técnica aplicable a procesos colectivos que nada tienen que ver con los intereses difusos, cuya titularidad la Suprema consideró, mal, que se encontraba en entredicho.

Así y todo, en el supuesto negado que la materia hubiera sido difusa, llama la atención el conservadurismo exhibido por la Suprema. Mientras que la tutela de los derechos e intereses que atañen al medio ambiente tiende a la expansión y a su desformalización en todo el planeta, nuestros jueces del más alto nivel

12. Sobre esta interesante cuestión v. Michele TARUFFO, *Idee per una teoria della decisione giusta*, en *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna: Il Mulino, 2002, pp. 222 y ss.

13. Cfr. José Carlos BARBOSA MOREIRA, *Litisconsórcio Unitário*, Rio de Janeiro: Forense, 1972, pp. 136 y ss.

optaron por inventar una barrera irracional para el acceso de los ciudadanos de a pie a la justicia ambiental: ¿en qué parte del art. 82 CPC se dice que los sujetos expresamente mencionados son los *únicos* legitimados para obrar en este tipo de procesos?

3.3. Una interpretación innecesariamente forzada

A pesar de las advertencias que hacíamos en la primera parte respecto de la inidoneidad del art. 453 para resolver la cuestión referida a la posibilidad de incluir a la transacción extrajudicial en la lista de las excepciones, el primero de los precedentes instituidos señala que esto sí es factible (situación con la cual concordamos), pero como producto de una interpretación sistemática de aquél artículo, junto con el del 446.10 y con las normas que prevé el Código Civil en materia de transacción.

La maniobra interpretativa resulta a todas luces artificial. Es difícil, por ejemplo, identificar cuál es la contribución sistemática del art. 453, que regula únicamente los casos de fundabilidad de *transacción extrajudicial en procesos idénticos* (ver § 1), a la dilucidación del problema. Por nuestra parte, pensamos que la posición adoptada por la Suprema era mucho más simple de ser defendida. Veamos:

- El art. 446.10 regula la excepción de “conclusión del proceso por conciliación o transacción”. Una interpretación literal del enunciado normativo nos arroja dos posibilidades: *a)* que mediante ese inciso se prevea la excepción de *conclusión del proceso por conciliación* y la de *conclusión del proceso por transacción*, o *b)* las excepciones de *conclusión del proceso por conciliación* y de *transacción*. Sobre este elemental pero sólido planteamiento se alternan las vías de solución al problema planteado ante la Suprema.
- El paso siguiente debía resolverse en un doble nivel: *a)* analizar en el plano dogmático, legislativo y jurisprudencial si en el derecho nacional y comparado es posible que las transacciones extrajudiciales, en los casos donde hayan eliminado de manera preventiva las controversias que posteriormente fueron objeto de un proceso, son pasibles de poner fin a éste por medio de la excepción o por cualquier otra vía abreviada que haga prescindir de la necesidad que se expida una sentencia; *b)* investigar si en el plano del derecho material la transacción es un instituto que posee una doble tipología o si, en realidad, transacción judicial y extrajudicial son dos institutos distintos.

- Pues bien, en ambos supuestos la respuesta hubiera sido igual de contundente: a) la transacción extrajudicial sirve precisamente para eliminar una controversia que corre el riesgo de judicializarse, *ergo*, es pasible de extinguir el objeto del proceso, *ergo*, cumple la misma función de la transacción judicial¹⁴; b) sustancialmente, transacción extrajudicial y judicial son parte de un mismo instituto jurídico. Esta diferencia de matiz no varía la estructura y función que el instituto de la transacción, unitariamente entendido, cumple en el ordenamiento¹⁵.
- En consecuencia, la respuesta de la Corte Suprema hubiera sido la misma que la actual, sólo que en lugar de dar tantas vueltas (y gastar tantas páginas) pudo proponer, con sólida investigación, lo que en términos prácticos es lo que aplicarán todos los jueces: el art. 446.10, tal como se encuentra redactado, conteniendo dos excepciones: la de *conclusión del proceso por conciliación* y la de *transacción*, es decir, incluyendo en un mismo nivel, como siempre debió ser, a la extrajudicial y a la judicial¹⁶.

14. “Lo que distingue esencialmente a la transacción de todo otro contrato es la calidad del objeto al cual se dirige en consenso de las partes. En efecto, si es cierto que los contratos representan en sustancia la composición de un contraste entre dos intereses contrapuestos mediante el acuerdo de las partes, el carácter específico de la transacción consiste en lo que ella opera no, como sucede en otros casos, sobre un conflicto de intereses meramente económico, sino sobre una controversia jurídica, es decir, regulada por el derecho, por lo cual, por tanto, cada una de las partes puede también dirigirse al juez para que éste invoque la aplicación autoritativa del derecho.

La transacción, que tiene por tanto un campo de aplicación común también al proceso, si bien produce sus efectos sobre relaciones jurídicas sustanciales corrientes entre las partes, presenta, sin embargo, indirectamente un interferencia con el proceso porque absorbe en sí, como la sentencia, el poder procesal de acción y llega hasta el proceso y lo vacía de contenido si éste había ya surgido. La controversia, por tanto, es eliminada (...).” Enrico Tullio LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, I, 1932, pp. 261 y 261. Sobre el mismo punto, con abundante bibliografía, Giuseppe DE STEFANO, *Contributo alla doctrina del componimento processuale*, Milán: Giuffrè, 1959, pp. 161 y ss. Finalmente, cabe recordar a CARNELUTTI, quien bajo el rótulo “composición de la litis por obra de las partes” agrupaba a la renuncia, al reconocimiento y, por supuesto, a la transacción, sin hacer distingo alguno respecto de su carácter judicial o extrajudicial. Cfr. *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*⁴, Roma: Foro Italiano, 1951, pp. 64 y 65.

15. En realidad, el verdadero problema que ha atormentado a la doctrina consiste en establecer hasta qué punto la transacción posee una eficacia o autoridad equiparable a la sentencia judicial. Así, por ejemplo, según CARRESI, la transacción opera “sobre la situación litigiosa de la misma manera que la sentencia, es decir, dando vida a una situación final que, sustancialmente, es idéntica a la que da vida la sentencia y difiere de ésta solamente en los aspectos que más propiamente se vinculan a la naturaleza procesal del proveimiento” (*La transazione*, Torino: UTET, 1954, p 102). En cuanto a las similitudes y diferencias entre la excepción de cosa juzgada y la de transacción (*exceptio rei per transactionem finitae*, prescindiéndose del todo si ésta es judicial o extrajudicial), véase, del mismo autor, pp. 168 y ss.

16. Por supuesto, nuestra respuesta está lejos de pretender ser general y atemporal (*sub specie aeternitatis*). Responde simplemente a la que consideramos es la realidad de nuestro ordenamiento. En el derecho alemán, por ejemplo, la transacción judicial (*Prozessvergleich*) es sin ambages un contrato procesal (*Prozessvertrag*), proveniente de una solución amigable (*gütliche Beilegung*) que cuenta entre sus elementos constitutivos (*Tatbestandsmerkmale*) su necesaria realización ante la autoridad judicial (*vor einem deutschen Gericht*). Cfr.

3.4. ¿Qué remedios existen contra una transacción?

A raíz de la expedición de la sentencia casatoria bajo comentario, hemos visto que para un sector de la doctrina nacional los remedios contra la transacción varían dependiendo si ésta es extrajudicial o no. De este modo, si lo es, la transacción podrá ser cuestionada en base a las reglas propias del derecho material. Por el contrario, las transacciones judiciales, al quedar homologadas por resolución expedida por el órgano jurisdiccional, sólo podrían serlo en base a la revisión civil por fraude procesal (art. 178). Refuerza esta posición la letra misma del artículo citado, según el cual, es pasible de revisión civil el “acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso”.

No compartimos esta posición. Dado que la transacción constituye un negocio jurídico gobernado por las reglas de derecho material, independientemente de su judicialización, desde nuestro punto de vista aquélla sólo es pasible de cuestionamientos provenientes precisamente del derecho material¹⁷. Esto, naturalmente, no excluye que el auto homologatorio pueda ser impugnado vía revisión, en caso se identifique la comisión de un fraude procesal en su concepción. Esta última solución legislativa no nos es del todo satisfactoria porque termina convirtiendo en acto procesal aquello que no lo es. Sobre este punto en particular consideramos que el legislador yerra al considerar que todo acto generador de efectos procesales es, por ese sólo hecho, procesal. A la luz de la transacción extrajudicial, pero también de otros institutos de derecho material como la renuncia o la conciliación extrajudicial encontramos que una concepción semejante carece de todo sustento.

Finalmente, contra nuestra postura se podría alegar que la homologación, por sí misma, adquiere la autoridad de la cosa juzgada, razón por la cual, no se podría cuestionar la transacción que la motivó sin remover previamente aquélla. Esto no es cierto. Eufemismos de lado, la homologación judicial se expresa a través de un auto donde el juez no realiza pronunciamiento sobre el mérito alguno, sino sólo se limita a verificar que se hayan configurado los elementos constitutivos de la transacción. Aquélla supone, en otras palabras, un control absolutamente

Othmar JAUERNIG (a partir de la obra de Friedrich LENT), *Zivilprozessrecht*²⁸, Munich: C.H. Beck, 2003, pp. 194-199. Del mismo modo, Hans-Joachim MUSIELAK, *Grundkurs ZPO*⁵, Munich: C.H. Beck, 2000, pp. 166 y ss.; Peter ARENS, *Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozeß*, Berlín: Gehlen, 1968, pp. 101 y ss.

17. “Reina con relativa tranquilidad una distinción a este respecto: a) los efectos del negocio homologado se rigen por la disciplina jurídico-sustancial que le compete (derecho privado, por ejemplo), en tanto que b) los de la homologación en sí misma, por la ley procesal. Resultado práctico: a) el cuestionamiento del negocio jurídico-sustancial se sujeta a las reglas del derecho material (vicio del consentimiento, etc.) y se hace mediante las vías ordinarias del proceso; b) eventuales vicios del acto homologatorio pueden conducir a la rescisión de éste, por los motivos que la ley indica y mediante la vía de la acción rescisoria” (Cándido Rangel DINAMARCO, *Acordos judiciais*, cit., pp. 965 y 966). En el mismo sentido, CARRESI, *Ibid.*, pp. 218 y 219.

superficial, en nada equiparable a la actividad cognitiva necesaria para la expedición de una sentencia. Adicionalmente, el auto homologatorio se limita a certificar, por sí mismo no declara, modifica o extingue derecho alguno¹⁸. Por ello mismo, anulada una transacción en un proceso ordinario posterior a la homologación, la consecuencia necesaria será que se retrotraigan los efectos hasta el momento anterior a su celebración, obviamente dejando incólume aquellos derechos transmitidos de buena fe o que, por otros motivos, no sean pasibles de retornar a su estado pretérito, conforme enseña la mejor doctrina¹⁹.

18. “*Homologar* es volver el acto que se examina semejante, adecuado al acto que debería ser. Quien cataloga clasifica; quien homologa identifica. Ser homólogo es tener la misma razón de ser, lo cual es más que ser análogo, y menos que ser lo mismo. La homologación puede ser simple juzgamiento de que están satisfechos los presupuestos de forma, o sobre simple autenticidad (...) La sentencia de homologación es un acto jurídico procesal *transparente*. Si se decreta la nulidad o es anulado el negocio jurídico de transacción, por algunas de las causas que el derecho material prevé, cae la homologación porque la eficacia nulificante, *por dentro* del acto jurídico global (homologación y negocio jurídico homologado) rescinde al acto jurídico envolvente. Tenemos pues nulidad o anulación *interior* y consecuencia rescindente *exterior*. El derecho material dice cuál es la causa de nulidad o de anulación; el derecho procesal alude a aquella porque a éste cabe regir el acto jurídico procesal envolvente” (Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Ação Rescisória*², Campinas: Bookseller, 2003, p. 406 y 407).

19. “Los negocios jurídicos de derecho material, consignados en los autos procesales, son negocios jurídicos sujetos, en cuanto a su eventual extinción, a las reglas de derecho material. Los actos procesales, que envuelven aquellos negocios jurídicos, se rigen por el derecho procesal” (Ibid., p. 410).

X

O FUTURO DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL CIVIL NA EUROPA

Lorenzo M. Bujosa Vadell

Catedrático de Direito Processual Universidad de Salamanca.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O caminho já percorrido: o reconhecimento mútuo das decisões como pedra angular da cooperação judiciária civil entre os Estados-Membros da UE – 3. Uma breve paragem no presente: A cooperação processual civil no Tratado de Lisboa – 4. O caminho ainda a percorrer: previsões de futuro: 4.1. O novos programas sobre a “Justiça civil”; 4.2. Novidades na Rede judiciária europeia; 4.3. A revisão da regulação sobre competência judiciária, reconhecimento e execução de decisões em matéria civil e comercial; 4.4. A execução eficaz: a transparência do património dos devedores; 4.5. A justiça eletrónica; 4.6. A tutela coletiva dos consumidores; 4.7. A mediação em litígios transfronteiriços; 4.8. Outras novidades – 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Ainda mais uma vez tenho o prazer de visitar a Câmara Municipal da cidade de Guarda e de ser hóspede do prestigioso Centro de Estudos Ibéricos, centro de frutíferos encontros e de proveitosas reflexões, que têm sido amostras de aprofundada colaboração entre a Universidade de Coimbra e a Universidade de Salamanca, entre autoridades públicas e privadas portuguesas e espanholas, e decididamente entre os dois Estados ibéricos no marco da imprescindível cooperação entre regiões transfronteiriças. Devo agradecer muito cordialmente as autoridades do Centro de Estudos por ter me convidado a este assinalado evento sobre a cooperação judicial civil¹. Com certeza o meu português será um pouco estranho, e eu peço desculpas por estragar demais esta bela e doce língua, e espero que, apesar disso, seja compreensível a minha palestra.

Num espaço europeu de integração no qual é intenso o intercâmbio transfronteiriço, não só econômico, senão também social e cultural, não pode já

1. A origem deste estudo tem sido a palestra do autor no “Curso de Cooperação Judicial Civil. O direito e a Cooperação Ibérica” na cidade portuguesa de Guarda o 11 de dezembro de 2009.

surpreender nos nossos dias a grande necessidade de fazer mais fácil e flexível a cooperação judiciária entre os Estados membros e de fortalecer a sua efetividade com o alargamento e aprofundamento da aproximação normativa entre algumas partes importantes dos ordenamentos jurídicos europeus. A União Europeia e as suas instituições têm dedicados abundantes esforços normativos na elaboração de programas, planes e projetos normativos dirigidos à facilitação do acesso eletivo à justiça, muitos dos quais têm frutificado em interessantes avanços, dos que alguns deles têm sido objeto de reflexões detidas nas palestras que me têm precedido.

Não é prudente, nem sequer eu acho que seja possível, falar do futuro sem partir do passado, -pelo menos do passado recente-. Por isso deverei recordar primeiramente os propósitos fixados nos textos iniciais da construção do Espaço Judiciário Europeu, as mudanças que no panorama geral da cooperação processual civil têm sido feitas como efeito da entrada em vigor do Tratado de Lisboa e daí nós poderemos traçar os passos que, numa razoável probabilidade, o Direito europeu vai dar nos próximos tempos².

2. O CAMINHO JÁ PERCORRIDO: O RECONHECIMENTO MUTUO DAS DECISÕES COMO PEDRA ANGULAR DA COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA CIVIL ENTRE OS ESTADOS-MEMBROS DA UE

Com muita brevidade eu devo lembrar o caminho já percorrido, e sobre tudo que a finalidade confessada pelo legislador comunitário não tem sido nenhuma unificação jurídica, nem uma aproximação a um modelo rigorosamente europeu. Pelo contrário, o objetivo tem sido importante na prática das múltiplas ligações europeias, mais muito mais simples: a segurança do correto funcionamento do mercado interior. Esta foi a razão fundamental dos avanços na paulatina construção do Espaço europeu de liberdade, segurança e justiça, no que ao âmbito do Direito Processual Civil se refere, e, como vou salientar mais adiante, continua ainda hoje a sê-lo³.

O Tratado de Maastricht situou em 1992 a cooperação civil entre os domínios considerados questões de interesse comum entre os Estados-Membros (art. K.1.6)⁴, e além disso, o Tratado de Amsterdão de 1997 fixou como um dos seus objetivos principais a formação de um autêntico espaço europeu de justiça no qual as pessoas puderam recorrer aos tribunais de qualquer Estado membro pela defesa

2. Vid. PORCHIA, O., *Principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna, 2008.
3. Pode ser interessante a consulta de BORRÁS, A. (Coordinadora), *La cooperación en materia civil en La Unión Europea: Textos y Comentarios*, Cizur Menor, 2009.
4. Jornal Oficial nº C 191 de 29 de julho de 1992.

e efetividade dos seus direitos, isto é, a liberdade de circulação para aceder aos tribunais. A Cimeira extraordinária celebrada na cidade finlandesa de Tampere⁵ desenvolveu largamente essa finalidade procurando um melhor acesso à justiça, declarando o princípio de reconhecimento mútuo das decisões como pedra angular da cooperação judiciária entre os Estados-membros da União Europeia e também a necessidade da aproximação legislativa.

Nas conclusões dessa cimeira falava-se de normas mínimas que asseguraram em toda a União um nível adequado de assistência jurídica nos processos transfronteiriços, de regras processuais comuns específicas para processos transfronteiriços simplificados e acelerados respeitantes a pequenas ações do foro comercial e de consumidores, a ações de pensões de alimentos e a ações não contestadas. E também da criação de procedimentos extrajudiciais alternativos. Previu-se a elaboração de formulários ou documentos multilíngues, que passariam a ser reciprocamente aceites como documentos válidos em todos os processos judiciais na União. Assim mesmo uma maior redução dos trâmites intermediários que ainda eram necessários para o reconhecimento e execução de uma decisão ou sentença no Estado requerido e, *last but not least*, a fixação de normas mínimas sobre aspectos específicos do processo civil.

Pouco tempo depois o Projeto de Programa de medidas destinadas a aplicar o princípio do reconhecimento mútuo das decisões em matéria civil e comercial⁶ concretizou a implementação dessas propostas para alargar o alcance dos instrumentos já em vigor, que excluía numerosos domínios de Direito privado e para ultrapassar a subsistência de certos entraves à livre circulação das decisões judiciais. O objetivo principal era a adoção de medidas susceptíveis de facilitar tanto a atividade dos agentes económicos como a vida quotidiana dos cidadãos.

Em 2005 o chamado “Programa da Haia”⁷, entre as dez prioridades para os seguintes cinco anos para a renovação europeia no domínio da liberdade, da segurança e da justiça, procurava um verdadeiro espaço europeu de justiça. No domínio da justiça civil devemos lembrar a necessária garantia de um acesso

5. Na conclusão 28.^a a Presidência declarou: “Num verdadeiro espaço europeu de justiça, os cidadãos e as empresas não deverão ser impedidos ou desencorajados de exercerem os seus direitos por razões de incompatibilidade ou complexidade dos sistemas jurídicos e administrativos dos Estados-Membros”. Vid. http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm#b
6. Jornal Oficial nº C 12 de 15 de janeiro de 2001.
7. Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, de 10 de Maio de 2005: “Programa da Haia: dez prioridades para os próximos cinco anos. Parceria para a renovação europeia no domínio da liberdade, da segurança e da justiça” [COM (2005) 184 final – Jornal Oficial C 236 de 24 de setembro de 2005].

efectivo à justiça, a instauração da confiança mútua entre os Estados-Membros -criando normas processuais mínimas-, e sobre tudo a conclusão do programa de reconhecimento mútuo em matéria civil e comercial, com nova legislação sobre decisões relativas ao património familiar, às sucessões e aos testamentos⁸.

Têm sido diversos os instrumentos normativos nos quais se têm concretizado as diversas propostas e objetivos fixados pelas autoridades comunitárias. Não é a minha função esta manhã analisar os avanços obtidos, para isso já os meus colegas ontem e hoje mesmo têm exposto as suas reflexões críticas e o largo e aprofundado panorama da atualidade normativa. Eu devo partir, certamente, da regulação em vigor, mas, porém, olhando ao futuro próximo, entanto for possível.

3. UMA BREVE PARAGEM NO PRESENTE: A COOPERAÇÃO PROCESSUAL CIVIL NO TRATADO DE LISBOA

Neste arriscado experimento de prever, ou, talvez, tentar adivinhar, os passos vindouros no domínio do processo civil na construção do Espaço judiciário europeu, não posso esquecer o novo Tratado de Lisboa. Ainda que, naturalmente, não se trata de direito futuro, senão de normas vigentes desde o primeiro dia deste mês de dezembro, é aconselhável uma breve paragem no presente, porque a reforma traça os passos a percorrer no futuro imediato.

Dito de outra maneira, eu devo salientar, desde essa perspectiva, as tarefas que esse Tratado impõe no domínio da cooperação processual civil. Como já sabemos, o Tratado constitutivo da Comunidade Européia⁹ passa a ser chamado “Tratado sobre o Funcionamento da União Européia” e proclama que “A União constitui um espaço de liberdade, segurança e justiça, no respeito dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicas dos Estados-Membros” e que “facilita o acesso à justiça, nomeadamente através do princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais e extrajudiciais em matéria civil” (art. 61 TFUE). O novo artigo 65 TFUE, como o antigo, continua a fazer referência à cooperação judiciária nas matérias civis com incidência transfronteiriça, e a assenta no princípio do reconhecimento mutuo das decisões judiciais -e também das extrajudiciais-, e situa como uma mera possibilidade a adoção de medidas de aproximação legislativa e regulamentar entre os Estados-Membros.

8. *Vid.* o Plano de ação do Conselho e da Comissão de aplicação do Programa da Haia sobre o reforço da liberdade, da segurança e da justiça na União Européia no Jornal Oficial nº C 198 de 18 de agosto de 2005.

9. Versão consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Européia. Jornal Oficial nº C 115 de 9 de maio de 2008, pp. 47—388.

Devemos recordar que a grande novidade do domínio da cooperação judiciária em matéria penal (arts. 69A ao 69E TFUE), onde se passa a aplicar a votação por maioria qualificada do Conselho e para o processo legislativo ordinário da codecisão, não é tal novidade no domínio da justiça civil, onde já era aplicado este procedimento, com exceção do direito da família¹⁰.

No parágrafo segundo do artigo 81 TFUE temos já um programa de atuações mais concreto para os próximos anos, que tem como principal característica a continuidade com respeito aos avanços anteriores. Continua a referência ao bom funcionamento do mercado interno. E as medidas que o Parlamento Europeu e o Conselho podem adotar não são tão novas: reconhecimento mútuo entre os Estados-Membros das decisões judiciais e extrajudiciais e a respectiva execução; a citação e notificação transfronteiriça dos atos judiciais e extrajudiciais; a compatibilidade das normas aplicáveis nos Estados-Membros em matéria de conflitos de leis e de jurisdição; a cooperação em matéria de obtenção de meios de prova; o acesso efetivo à justiça; a eliminação dos obstáculos à boa tramitação das ações cíveis, entre outras. Mas são essas outras as que merecem uma referência especial, senão pela sua novidade, sim por ter sido situadas num texto do máximo nível. Eu estou a pensar na promoção, se necessária, da compatibilidade das normas de processo civil aplicáveis nos Estados-Membros; do desenvolvimento de métodos alternativos de resolução dos litígios; e do apoio à formação dos magistrados e dos funcionários e agentes de justiça. Continuam numa posição especial as medidas relativas ao direito da família que tenham transcendência transfronteiriça.

O futuro da cooperação judiciária civil também não pode esquecer o caráter vinculante da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia, sobre tudo daqueles do Título VI, e principalmente os direitos de ação e a um tribunal imparcial e os direitos de defesa¹¹.

4. O CAMINHO AINDA A PERCORRER: PREVISÕES DE FUTURO

Todas estas considerações sobre o passado e sobre o que já temos em vigor no presente devem servir para terem uma base da qual poder traçar um panorama realista sobre a evolução nos anos próximos. Não quero falar de ciência ficção jurídica, nem de lucubrações sem nenhum fundamento. Talvez pudesse ser interessante imaginar até onde podemos chegar na União Europeia e se estamos

10. Vid. “La famiglia nel contesto dell’azione comunitária”, *Cooperazione giudiziaria civile e penale nel diritto dell’Unione Europea*, Torino, 2008, pp. 185-209.

11. Vid. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., *Cooperación judicial civil en la Unión Europea. El cobro de las deudas*, Madrid, 2007, esp. pp. 57 y ss.

longe ou cerca de um verdadeiro Estado federal. Mas eu acho que o convite não tem sido para falar de política, senão de Direito. Nós, os juristas, devemos ter imaginação, mais trabalhamos com a realidade. E, contudo, as “cozinhas” comunitárias há muito tempo que seguem a trabalhar, com a preparação de programas de atividades, de livros verdes ou brancos ou de iniciativas mais concretas que devem ser brevemente examinadas nesta palestra mais ou menos panorâmica.

4.1. O novos programas sobre a “Justiça civil”

Como já tenho dito, os trabalhos preparatórios da nova legislação na União Europeia começam com frequência no contexto da organização fixada por programas temporais. Já falei do Programa da Haia, que alcança até o ano 2010. Mais agora eu devo mencionar o programa específico para a “Justiça civil”, no âmbito do Programa Geral “Direitos Fundamentais e Justiça, criado, para o período de 2007 a 2013 por uma Decisão do Parlamento e do Conselho de 25 de setembro de 2007¹². A garantia da circulação das pessoas continua a ser o objetivo principal, sempre no enquadramento do bom funcionamento do mercado interior. Os princípios deste programa são bem conhecidos já: o reconhecimento mútuo, a confiança mútua, a promoção da eliminação dos obstáculos à correta tramitação dos processos civis transfronteiriços; a melhora do acesso à justiça em toda a União Europeia e, também, de maneira muito importante, a melhora dos contactos, dos intercâmbios de informações e a criação de ligações para obter uma melhor compreensão mútua entre as autoridades dos diversos Estados e os profissionais do sector.

Com estas finalidades se prevêem diversas ações específicas de apoio, não só financeiro para promover a cooperação judiciária em matéria civil, melhorando o acesso à justiça, fomentando o reconhecimento mútuo das decisões em matéria civil e comercial, eliminando os obstáculos nos processos transfronteiriços por disparidades no direito material, promovendo a necessária compatibilidade entre legislações, evitando conflitos de competência, melhorando conhecimento mútuo dos sistemas jurídicos, reforçando a confiança mútua no referente à independência judiciária, facilitando o funcionamento da Rede Judiciária Europeia em matéria civil e mercantil.

No mês de novembro de 2008 foi aprovada uma Comunicação da Comissão Europeia intitulada “Agir agora para uma Europa melhor” onde se fixou o programa

12. Decisão n.º 1149/2007/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Setembro de 2007, que cria, para o período de 2007 a 2013, o programa específico «Justiça Civil» no âmbito do Programa Geral «Direitos Fundamentais e Justiça». Jornal Oficial n.º L 257, de 3 de outubro de 2007.

legislativo e de trabalho para 2009¹³. Aí se declarou que a Comissão elaboraria propostas com vista ao desenvolvimento da União Europeia enquanto espaço de liberdade, de segurança e de justiça. Estas propostas deviam constituir a base para o debate com os Estados-Membros, com vista à adoção de um seguimento do atual Programa da Haia. Tem sido uma Comunicação do passado mês de junho a que apresentou esta avaliação do Programa e do Plano de ação da Haia¹⁴. Estamos numa nova ocasião na que se devem traçar as prioridades nesta matéria para os próximos anos.

Fala-se já do “Programa de Estocolmo” que deve substituir ao Programa da Haia, que pretende acrescentar a proteção dos direitos fundamentais na União Europeia com a garantia de que as propostas legislativas da Comissão sejam plenamente compatíveis com a Carta dos Direitos Fundamentais. Também assinala como um dos seus objetivos o reforço da justiça e examina os avanços recentes, recordando os trabalhos preparatórios iniciados pela Comissão sobre as possibilidades de melhorar a execução das decisões judiciais na União Europeia e sobre o exame de certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial que foram examinados, com vista a promover meios alternativos de resolução de litígios. São elementos assim mesmo importantes para o futuro imediato a estratégia e plano de ação em matéria de *e-Justice* para que os cidadãos comunitários tenham acesso as informações sobre os serviços no domínio da justiça da UE e seja facilitada a comunicação e a cooperação entre as autoridades judiciais. Também se expõe a criação do Fórum da Justiça, como plataforma destinada a manter um diálogo regular sobre as políticas e a prática, reforçando assim a confiança mútua. E finalmente a Comunicação se refere a formação adequada das pessoas que trabalham no terreno, como prioridade financeira aos programas de estudo, formação e intercâmbio no domínio judicial.

4.2. Novidades na Rede judiciária europeia

Em maio de 2001 foi criada a chamada “Rede judiciária europeia em matéria civil e comercial”¹⁵ com duas funções concretas: facilitar a cooperação entre os Estados-Membros através de um sistema de informação para os membros da Rede: pontos de contacto, autoridades centrais, magistrados de ligação e outras

13. COM(2008) 712 final. Bruxelas, 5 de novembro de 2008.

14. Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comitê Económico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões sobre “Justiça, Liberdade e Segurança na Europa desde 2005: Avaliação do Programa e do Plano de Ação da Haia”. COM(2009) 263 final, Bruxelas, 10 de junho de 2009.

15. Decisão 2001/470/CE do Conselho de 28 de maio de 2001 referente à criação de uma Rede judiciária europeia em matéria civil e comercial. Jornal Oficial nº L 174 de 27 de junho de 2001.

autoridades, mas também um sistema de informação destinado ao público. Ao final de 2002 começou a sua atividade, mas tornou-se necessário alargar e reforçar as tarefas atribuídas a essa rede. Neste ano 2009 se tem aprovado outra decisão do Conselho para realizar esses objetivos¹⁶: assim se tem reforçado o papel dos pontos de contacto para obter informações específicas sobre o conteúdo da lei aplicável quando essa seja a de outro Estado-Membro; aumentar os recursos humanos, financeiros e tecnológicos disponíveis a nível nacional; tornar a rede acessível às profissões jurídicas e melhorar o acesso dos cidadãos à justiça com informações jurídicas regularmente atualizadas a través do sítio de Internet da rede¹⁷.

4.3. A revisão da regulação sobre competência judiciária, reconhecimento e execução de decisões em matéria civil e comercial

O Conselho em 6 de abril de 2009 tem propiciado uma troca de opiniões para uma reflexão coletiva sobre iniciativas no domínio da justiça que poderão ter um impacto positivo na recuperação econômica, através da adaptação dos instrumentos necessários.

E a Comissão tem lançada uma ampla consulta sobre a melhora da regulação relativa à competência judiciária, ao reconhecimento e a execução de decisões em matéria civil e comercial¹⁸. A idéia principal é que num mercado interno sem fronteiras, os cidadãos e as empresas não podem ficar sujeitos a custos e perdas de tempo para fazerem valer os seus direitos no estrangeiro. Embora os pedidos de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras só muito raramente sejam recusados, na prática –segundo a Comissão- o procedimento de *exequatur* deveria aplicar-se principalmente aos créditos contestados, e sempre a supressão do *exequatur* deve, contudo, acompanhar-se das garantias adequadas. E no domínio dos créditos não contestados deve reforçar-se o direito de defesa através de um recurso efetivo *a posteriori* para resolver as situações em que o requerido não foi

16. Decisão 568/2009/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Junho de 2009, que altera a Decisão 2001/470/CE do Conselho que cria uma rede judiciária europeia em matéria civil e comercial. Jornal Oficial nº L 168 de 30 de junho de 2009.

17. <http://www.ejn-crimjust.europa.eu>

18. Livro Verde sobre a revisão do Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial. COM(2009) 175 final. Bruxelas, 21 de abril de 2009. Sobre a história e regulação atual *vid.* BERGLUND, M., *Cross-Border Enforcement of Claims in the EU. History, Present Time, and Future*, Alphen aan den Rijn, 2009. Também ROMANO, G.P., “Riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel Regolamento ‘Bruselles I’”, *Diritto Internazionale Privato e Cooperazione giudiziaria in materia civile*, (a cura di A. BONOMI), Torino, 2009, pp. 149-191.

citado pessoalmente, por forma a permitir-lhe preparar a defesa, ou em que não pôde contestar o crédito por motivo de força maior ou devido a circunstâncias extraordinárias (“reapreciação excepcional”).

No Livro Verde de 4 abril de 2009 também se declara que o funcionamento adequado do mercado interno exige que seja assegurada a igualdade de acesso à justiça com base em regras claras e precisas em matéria de competência internacional não apenas para os requeridos, mas igualmente para os requerentes domiciliados na União. Além disso, deve ser examinado até que ponto é necessário e oportuno definir critérios de competência suplementares para os litígios que envolvam requeridos de países terceiros (“competência subsidiária”).

Outro problema que a Comissão tem suscitada é o da eleição do foro: os acordos das partes em matéria de competência devem produzir os seus efeitos, portanto é necessário examinar em que medida e de que forma esses efeitos podem ser reforçados do abrigo do Regulamento, em especial no caso de ações paralelas. Se trata de determinar os limites das regras de litispendência entre as jurisdições dos Estados-Membros. No que diz respeito ao funcionamento geral da regra de litispendência, importa examinar se os problemas atuais não podiam ser resolvidos mediante um reforço da comunicação e das relações entre os tribunais que intervêm em processos paralelos e/ou de certas exclusões da aplicação desta regra. Há considerações específicas sobre a propriedade industrial, sobre a livre circulação de medidas provisórias e sobre a ampliação dos efeitos das convenções de arbitragem, encorajando o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais, entre outras considerações para a melhoria do Regulamento de 2001.

Em matéria matrimonial a Comissão apresentou em 2006 uma proposta de alteração ao Regulamento Bruxelas II-A, proposta chamada Roma III¹⁹, com o objectivo de criar a possibilidade de os cônjuges escolherem, em caso de ação de divórcio ou de separação judicial de pessoas ou bens, de comum acordo o foro competente e determinar a lei aplicável. Mas o Conselho tem constatada a falta de unanimidade entre os Estados-Membros e a existência de dificuldades para alcançá-la num futuro próximo. A solução pode ser a cooperação reforçada, mas ha também divergências nesta questão.

19. Proposta de Regulamento do Conselho que altera o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 no que diz respeito à competência e introduz regras relativas à lei aplicável em matéria matrimonial. COM(2006) 399 final. Bruxelas, 17 de julho de 2006.

4.4. A execução eficaz: a transparência do patrimônio dos devedores

A Comissão Europeia publicou em 2006 um Livro Verde sobre uma maior eficácia na execução das decisões judiciais na União Europeia, com particular preocupação pela penhora das contas bancárias²⁰, que descreve como o maior obstáculo a diversidade normativa das legislações nacionais e a impossibilidade de obter a penhora das contas com força executiva no âmbito da União Europeia. Seria grande a eficácia prática dessa medida para os interesses dos credores e por isso se tem proposto tal vez a criação de um mandado europeu de penhora de contas bancárias como procedimento autônomo, ou tal vez uma aproximação das legislações dos Estados-Membros.

Mais recentemente, em março de 2008, foi adotado outro Livro Verde que lança uma consulta pública sobre a forma de melhorar a cobrança de dívidas através de eventuais medidas como a criação de registros e as declarações de devedores: é o “Livro Verde sobre a execução eficaz das decisões judiciais na União Europeia: Transparência do patrimônio dos devedores”²¹.

Com atenção precisa aos casos em que não existirem informações disponíveis acerca do patrimônio e do paradeiro do devedor e as conseqüentes dificuldades que essa questão transfronteiriça pode provocar na cobrança das dívidas e, de maneira indireta no funcionamento correto do mercado interno, propõem-se diversas medidas: a elaboração de um manual sobre as normas e práticas nacionais em matéria de execução que poderia incluir todas as fontes de informação sobre o patrimônio das pessoas e outros dados pessoais; também o aumento das informações disponíveis e a melhoria do acesso aos registros públicos, como os registros comerciais e civis, e a melhora do acesso das autoridades de execução aos registros fiscais e da segurança social, sempre respeitando as normas aplicáveis em matéria de proteção de dados e privacidade social e fiscal. É importante também facilitar o intercâmbio direto de informações entre as autoridades de execução nacionais, reforçando assim a cooperação. A Comissão Europeia está a ponderar a hipótese de aprovar uma “declaração patrimonial europeia”, que obrigue os devedores a indicar todo o patrimônio que possuem no espaço judiciário europeu. Com isso, a transparência do patrimônio do devedor ultrapassaria a territorialidade dos processos de execução.

4.5. A justiça eletrônica

A final deste ano 2009 deveria haver-se criado o portal web sobre a Justiça eletrônica europeia (*e-Justice*), mas isso não será já possível. O Conselho tem

20. COM(2006) 618 final, Bruxelas, 24 de outubro de 2006.

21. COM(2008) 128 final. Bruxelas, 6 de março de 2008.

pedido à Comissão a organização deste instrumento na primeira metade do ano 2010. O Plano de ação plurianual 2009-2013 sobre justiça eletrônica europeia foi traçado em março passado²² como resultado dos trabalhos destinados a desenvolver, a nível europeu, o uso das tecnologias da informação e da comunicação (TIC) em matéria de justiça. O objetivo é a racionalização e simplificação dos procedimentos judiciais e reduzir custos operativos.

A sólida experiência de projetos em matéria de infra-estruturas seguras e de autenticação de documentos no âmbito administrativo deve ser mobilizada também no Espaço judiciário europeu. Se procura promover um quadro de interoperabilidade europeu (EIF), com uma atenção especial aos trabalhos sobre assinatura eletrônica e identidade em linha. E tudo isso num programa não só a curto prazo, senão também a médio ou longo prazo.

O Conselho quer um sistema de justiça eletrônica acessível aos cidadãos e aos operadores económicos, aos profissionais da justiça e as autoridades judiciais, que tirem partido das tecnologias modernas existentes. Este sistema deve ter uma dimensão europeia, deve favorecer a aplicação dos instrumentos legislativos já adotados no Espaço judiciário europeu e deve ser feito diretamente em prol dos cidadãos europeus, que deverão beneficiar da sua mais-valia, nomeadamente através do portal.

As funções da justiça eletrônica europeia, segundo o Conselho, deveriam ser as seguintes: O acesso às informações no domínio da justiça, respeito à legislação e à jurisprudência a nível europeu e dos Estados-Membros; a desmaterialização dos procedimentos judiciais e extrajudiciais transfronteiriços, nomeadamente através da comunicação eletrônica entre uma jurisdição e as partes interessadas, e em particular para a aplicação dos instrumentos normativos europeus e, em terceiro lugar, as comunicações entre autoridades judiciais.

Uma consideração especial se tem feito a funcionalidade do sistema de videoconferência em processos transfronteiriços como já dispõe, por exemplo, a regulação das ações transfronteiriças civis e comerciais de pequeno montante. Está a ser preparado um projeto de manual para a sua utilização com as suficientes garantias.

4.6. A tutela coletiva dos consumidores

Na Comunicação da Comissão Europeia intitulada “Agir agora para uma Europa melhor” onde se fixou o programa legislativo e de trabalho para 2009²³ se

22. Jornal Oficial nº C 75 de 31 de março de 2009.

23. COM(2008) 712 final. Bruxelas, 5 de novembro de 2008.

declarou que face às grandes expectativas dos cidadãos da União Europeia, a Comissão avançaria com iniciativas em vários domínios com significado direto para os cidadãos e seriam adotadas medidas concretas para reforçar a aplicação efetiva das regras de proteção dos consumidores em toda a Europa.

Há muito tempo já que as instituições comunitárias têm aprovado e aplicado normas importantes sobre a proteção jurisdicional dos consumidores. Um exemplo importante foi a Diretiva relativa às ações inibitórias²⁴, esquecida pelo legislador espanhol do novo Código de processo civil de 2000, e causa da primeira modificação nesse Código em 2002. Mas a idéia de aperfeiçoar esta complexa rede normativa que já tem a União Europeia para a defesa dos consumidores tem sido o motivo de que a Comissão apresentara um novo Livro Verde sobre a tutela coletiva dos consumidores²⁵.

Nele se apresenta o problema: pela expansão da dimensão dos mercados de consumo de massa, que estão, inclusive, a adquirir características transfronteiriças, um vasto número de consumidores pode ser lesado pela mesma prática ou por uma prática semelhante de um comerciante. Os efeitos de uma prática abusiva podem ser tão generalizados que podem distorcer os mercados. Ainda mais uma vez o *leit motiv* do funcionamento do mercado. E o Livro Verde

debruça-se sobre a resolução dos litígios de massa, tendo por objetivo apresentar meios eficazes de reparação coletiva para os cidadãos da UE. A Comissão constata que treze Estados-Membros dispõem de mecanismos de tutela coletiva, mas estes mecanismos são muito diferentes em função dos países e apresentam resultados diversos. Desde a perspectiva da União não é satisfatório a situação atual por que não permite que um grande número de consumidores afetado por uma única infração possa obter reparação e a correspondente indenização. A Comissão considera as soluções para este problema desde a inatividade até a criação de um mecanismo judicial de tutela coletiva em todos os Estados-Membros, com o qual qualquer consumidor comunitário poderia obter reparação adequada no âmbito dos litígios de massa através de ações representativas, de ações conjuntas ou de processos-modelo. Evidentemente a opção mais avançada obriga a numerosas decisões, por exemplo o financiamento destes processos, a prevenção de ações improcedentes, a legitimidade processual, a escolha de processos «*opt-in*» ou «*opt-out*» ou a repartição do montante da compensação.

24. Diretiva 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de Maio de 1998, relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores. Jornal Oficial nº L 166 de 11 de junho de 1998, pp. 51-55.

25. Livro Verde sobre a tutela coletiva dos consumidores. COM(2008) 794 final. Bruxelas, 27 de novembro de 2008.

4.7. A mediação em litígios transfronteiriços

A Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, tem regulado certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial²⁶. É grande o interesse das instituições comunitárias pela solução amigável dos litígios. A mediação não é considerada uma alternativa aos processos judiciais, mas sim um dos métodos de resolução complementar dos litígios. É aplicável aos litígios transfronteiriços em matéria civil e comercial, exceto no que se refere aos direitos e obrigações de que as partes não possam dispor ao abrigo do direito vigente. Os Estados-Membros devem pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva, antes de 21 de Maio de 2011.

Os Estados-Membros devem incentivar a mediação com a informação do público em geral sobre essa possibilidade de resolver certos litígios. Deveram também assegurar a formação inicial e continua dos mediadores e o desenvolvimento eficaz, imparcial e competente da mediação. Os tribunais perante os quais se proponha uma ação podem, tendo em conta as circunstâncias concretas do caso, convidar as partes a recorrerem à este meio de resolução de conflitos. Os acordos obtidos devem poder ser declarados executórios, salvo se forem contrários ao direito do Estado-Membro onde é feito o pedido ou se o direito desse Estado não prever a sua executoriedade. Pretende-se que a mediação decorra de uma forma que respeite a confidencialidade, e por isso os Estados-Membros devem assegurar que, salvo se as partes decidirem em contrário, nem os mediadores, nem as pessoas envolvidas na administração do processo de mediação sejam obrigadas fornecer provas em processos judiciais ou arbitragens civis ou comerciais, no que se refere a informações decorrentes ou relacionadas com um processo de mediação, exceto razões imperiosas de ordem pública ou quando for necessário para efeitos da aplicação ou execução desse acordo.

4.8. Outras novidades

Os novos textos gerais da União Europeia -como já tenho dito- introduziram entre os seus pontos fundamentais a necessidade da colaboração na formação dos juízes, procuradores e funcionários e agentes de justiça na UE. Em outubro de 2008 foi aprovada uma Resolução do Conselho e dos Representantes dos Governos dos Estados-Membros nesta matéria²⁷, com o importante objetivo de

26. Jornal Oficial nº L 136 de 24 de maio de 2008.

27. Jornal Oficial nº C 299 de 22 de novembro de 2008.

contribuir para o desenvolvimento de uma verdadeira cultura judiciária europeia comum, baseada na diversidade dos sistemas jurídicos e judiciários dos Estados-Membros e na unidade através da legislação europeia; melhorar o conhecimento do direito primário e derivado da União Europeia; promover, mediante uma formação adequada, a aplicação; melhorar as competências linguísticas e estimular a consciencialização coletiva para as problemáticas comuns; promover a reflexão comum sobre o desenvolvimento do espaço de liberdade, segurança e justiça e suas implicações para o correto funcionamento da justiça. Para todo isso se pretende destacar a dimensão europeia das funções judiciárias e adotar programas de formação europeus comuns.

Deve-se salientar a criação do chamado “*Justice Forum*” ou Fórum para debater as políticas e as práticas da União Europeia no domínio da justiça²⁸ como mecanismo permanente para proporcionar à Comissão o parecer dos especialistas sobre as políticas e a legislação no domínio da justiça e promover a confiança mútua entre os sistemas de justiça da UE graças a um reforço da sua compreensão mútua. O Fórum deve contribuir a fase de avaliação *ex ante*, examinar a aplicação normativa do ponto de vista jurídico e prático, avaliar o impacto global das medidas da União nos sistemas judiciais nacionais e no funcionamento da cooperação judiciária e contribuir para um diálogo sobre a qualidade da justiça a fim de reforçar a confiança mútua.

A confiança mútua, contudo, é muito mais fácil se antes se tem alcançado certa aproximação não somente de Direito processual senão também do Direito material. Com esta finalidade o Conselho tem adotado um quadro comum de referência para o direito europeu dos contratos com a finalidade de enunciar princípios fundamentais comuns no domínio do direito dos contratos, eventualmente acompanhados de orientações para casos excepcionais; de chegar a definições de conceitos-chave e de formular regras-modelo de caráter geral, para poderem ser aplicadas a todos os contratos. Não é um instrumento vinculativo, mas facilitará o trabalho dos legisladores dos Estados-Membros. Também devo mencionar a proposta lançada pela Comissão no passado mês de outubro e destinada a simplificar o regulamento das sucessões de dimensão internacional na União Europeia²⁹. Propõe-se a criação de um certificado sucessório europeu que permite a qualquer herdeiro ou administrador de uma sucessão provar mais facilmente o seu estatuto em toda a União.

28. Comunicação da Comissão sobre a criação de um Fórum para debater as políticas e as práticas da União Europeia no domínio da justiça. COM(2008) 38 final. Bruxelas, 4 de fevereiro de 2008.

29. *Vid.* os antecedentes no Livro Verde sobre sucessões e testamentos COM(2005) 65 final. Bruxelas. 1 de março de 2005.

Finalmente o Conselho tem chegado em junho deste ano 2009 a um acordo sobre o procedimento funcional e simplificado para a negociação e a celebração de acordos bilaterais entre os Estados-Membros e países terceiros, com o objetivo de assegurar que o acervo comunitário seja salvaguardado. Trata-se de matérias como competência, reconhecimento e execução de decisões em matéria matrimonial, de responsabilidade parental e obrigações de alimentos, e lei aplicável em matéria de obrigações de alimentos, e também em matéria de lei aplicável às obrigações contratuais e extracontratuais.

5. CONCLUSÃO

Como temos visto, são muitos os avanços já obtidos na área da cooperação civil na União Européia, nessa construção paulatina de um verdadeiro Espaço Judiciário Europeu. Em quase tudo o domínio civil sempre é muito mais fácil obter acordos do que no domínio criminal, onde pelo contrário o poder soberano do Estado está cheio de receios perante as medidas que possam limitar o seu *ius puniendi*. Mas essa teórica maior facilidade no domínio civil não tem ainda conseqüências visíveis na criação de primeiros indícios claros para a consecução de um processo civil europeu. Nem sequer a entrada em vigor do Regulamento relativo às ações de pequeno montante acho eu que possam constituir uma base para isso. É um Regulamento que não modifica o direito interno, senão que só complementa as possibilidades procedimentais do domínio civil, sem derrogar nada do que já existia. Tem sido somente a criação de uma nova possibilidade mais, limitada aos litígios transfronteiriços, que pretende facilitar algumas coisas, mas não ser o fundamento de modelo nenhum de processo civil europeu³⁰.

Estamos numa fase histórica do Direito processual civil ainda muito mais modesta, seguimos tentando fortalecer o princípio do reconhecimento mútuo nos domínios penal e civil, sem conceder importância demais à aproximação legislativa. O legislador comunitário segue a pensar que a confiança mútua é automática conseqüência do reconhecimento mútuo, e não —como seria muito mais razoável— o pressuposto da sua efetividade real. É indicativo também de que nos situamos nesse estágio pouco desenvolvido da perspectiva da criação de um Direito Processual

30. Vid. BROKAMP, A., *Das Europäische Verfahren für geringfügige Forderungen*, Tübingen, 2008; MIQUEL SALA, R., *El proceso europeo de escasa cuantía*, Cizur Menor (Navarra), 2009; GONZÁLEZ CANO, M.I., *Proceso Europeo de escasa cuantía*, Valencia, 2009. Mais largamente CIFRO, C., *Cross-Border Enforcement of Debts in the European Union*, Alphen aan den Rijn, 2009.

européu real o dato certo da reiteração nos novos instrumentos normativos de cooperação civil da referência ao funcionamento correto do mercado. Essa é ainda a maior preocupação do legislador processual civil comunitário, e não nenhuma utópica –mas talvez num médio prazo também necessária- harmonização das normas processuais fundamentais³¹.

31. TARUFFO, M., “¿Armonizar el proceso civil en Europa?”, *Páginas sobre Justicia Civil*, Madrid, 2009, p. 229: “En efecto, éste es el núcleo del problema: armonizar los sistemas procesales europeos no será cuestión de ajustar detalles: será un asunto de profundos cambios y reformas estructurales, en muchos de los sistemas nacionales actuales. Probablemente el momento está llegando y la vía está abierta para tal trabajo, pero será, probablemente, una empresa larga y difícil”. Mais em concreto *Europeanization of Procedural Law and the New Challenges to Fair Trial*, Ed. Laura ERVO, M. GRÁNS e A. JOKELA, Groningen, 2009.

DISSERTAÇÕES DEFENDIDAS (1980-2009.2)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
01	Antônio Carlos Araújo de Oliveira	Da Contribuição da Previdência Social no Direito Brasileiro	Washington Luiz da Trindade	22/08/1980
02	Antônio Ezequiel da Silva	Penhorabilidade dos Bens da Empresa Pública	Orlando Gomes	22/08/1980
03	Edvaldo Pereira de Brito	O Desenvolvimento Econômico e os Sistemas Tributários e Fiscal	Orlando Gomes	22/08/1980
04	Elsior Moreira Alves	O Direito Econômico no Estado Novo – 1937-1945	Nelson Sousa Sampaio	22/08/1980
05	Geraldo Sobral Ferreira	Diretor, Sociedade Anônima – Relação Jurídica	Orlando Gomes	22/08/1980
06	Hermano Augusto Palmeira Machado	A Propriedade Agrária	Orlando Gomes	22/08/1980
07	João Oliveira Maia	Avaliação Crítica do Fato Gerador	José Joaquim Calmon de Passos	22/08/1980
08	Jonhson Barbosa Nogueira	A Interpretação Econômica do Direito Tributário	Sylvio Santos Faria	22/08/1980
09	José Castro Meira	Consequências Cíveis do Ilícito Penal	Adhemar Raymundo da Silva	22/08/1980
10	Paulo Roberto Bastos Furtado	Juízo Arbitral	José Joaquim Calmon de Passos	22/08/1980
11	Pedro Manso Cabral	A Lei do Divórcio e o Novo Regime Legal de Bens no Brasil	Orlando Gomes	22/08/1980
12	Rogério Ataíde Caldas Pinto	Empresa – Aspectos Econômicos e Jurídicos	José Martins Catharino	22/08/1980
13	Ruy Santos Tourinho	Natureza Jurídica do Protesto Cambial	João de Mattos Antunes Varela	22/08/1980
14	Arx da Costa Tourinho	As Normas Constitucionais da Ordem Econômica e Seus Efeitos Jurídicos	Nelson de Souza Sampaio	22/10/1980
15	Maria Elisabeth Tude Junqueira Ayres	Jurisdição Trabalhista	José Joaquim Calmon de Passos	28/08/1981
16	Francisco Wildo Lacerda Dantas	Usufruto da Empresa	Hermano Machado	30/11/1984
17	José Carlos Murtinho Nobre Gomes	O Contrato de Know-how e a Transferência de Tecnologia.	Pedro Manso Cabral	30/11/1984
18	Silvia Campos França Conhin	Aspectos Jurídicos dos Grupos de Sociedade	Orlando Gomes	30/11/1984
19	Luiz Augusto de Carvalho Viana de Castro	O Direito Tributário, o Estado de Direito e o Desenvolvimento Nacional	Sylvio Santos Faria	29/03/1985
20	Sérgio Sanches Ferreira	O Contrato Factoring – uma Solução para as Pequenas e Médias Empresas do Brasil	Geraldo Sobral Ferreira	20/12/1985
21	Rita de Cássia Simões Moreira Santos	O Bem Jurídico Imagem e sua Utilização	Washington Luiz da Trindade	28/05/1988
22	Marcus Vinícius Americano da Costa	Grupo Empresário no Direito do Trabalho	Luiz de Pinho Pedreira da Silva	05/08/1988
23	Ninaldo Aleluia Costa	Justiça Agrária para o Brasil	Orlando Gomes	05/08/1988
24	Olindo Herculano de Menezes	Retificação de Área	Hermano Machado	27/10/1989

*. Da dissertação nº 1 à 25 não houve banca examinadora, apenas um parecer.

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
25	Wilson Alves de Souza	Terras Devolutas como Outro Tipo de Propriedade	Pedro Manso Cabral	22/12/1989
26	Adroaldo Leão	A Responsabilidade Civil dos Administradores de Empresa	Orlando Gomes, Pedro Manso Cabral, Geraldo Sobral Ferreira	18/10/1991
27	Edmundo Cordeiro de Almeida	Direito e Desenvolvimento	Hermano Machado, Sylvio Santos Faria, Nelson de Souza Sampaio	18/10/1991
28	Nilza Rocha de Figueiredo	O Contrato de Aprendizagem	Hermano Machado, Washington Trindade, Luiz de Pinho P. Silva	18/10/1991
29	Douracy Soares	O Módulo Rural e a Propriedade Familiar	Washington Luiz da Trindade, Angelina Nobre Rolim, Hermano Machado	27/12/1991
30	Jorge Luiz da Silva Machado	Considerações Jurídicas e Seus Fundamentos Sócio-Econômico em Torno da Problemática do Uso do Solo Urbano.	Geraldo Sobral, Washington Trindade, Hermano Machado	27/12/1991
31	Maria da Conceição Ferreira do A. Duarte	Alguns Aspectos Fiscais do Direito Contábil	Antonio Maron Agle, Pedro Manso Cabral, Edvaldo Pereira de Brito	27/12/1991
32	Mirian de Almeida Souza	A Política Legislativa do Consumidor a Luz do Direito Comparado	Luiz de Pinho P. da Silva, Pedro Manso Cabral, Josaph Ramos Marinho	27/12/1991
33	Sérgio Alexandre Meneses Habib	A Dogmática Penal e As Novas Formas de Criminalidade Geradas Pelo Desenvolvimento Econômico-Técnico-Científico.	José Candido de Carvalho Filho, George Frago Modesto, Adhemar Raymundo da Silva	27/12/1991
34	Ana Francisca Pinto de Souza	O Cartão de Crédito e a Proteção Contratual	Geraldo Sobral, José Abreu, Hermano Machado	14/02/1992
35	Gilberto Gomes da Silva	Sucessão de Empresa a Posição do Empregado e a Questão da Responsabilidade	Helio Brito, Washington Trindade, Geraldo Sobral Ferreira	21/10/1992
36	Pedro Henrique Lino de Souza	A Formação da Norma Econômica e os Grupos de Pressão	Edvaldo Brito, Helio Brito, Hermano Machado	17/12/1992
37	Perpétua Maria Vieira Figueiredo	As Atividades Rurais e suas Implicações Tributárias	Sylvio Farias, Washington Trindade, Hermano Machado	17/12/1992
38	José Antônio Pereira Portela	Uma Visão Interdisciplinar da Usucapião	Pedro Manso Cabral, Washington Luiz da Trindade, Hermano Machado	23/11/1994
39	Lélia Guimarães Carvalho Ribeiro	Natureza Jurídica do Aviso Prévio	Luiz de Pinho P. da Silva, Pedro Manso Cabral, Octavio Benno Magano	23/11/1994
40	Rubem Dário Peregrino Cunha	A Proteção Administrativa do Consumidor	Alice Gonzalez Borges, Pedro Manso Cabral, Hermano Machado	23/11/1994
41	Saulo José Casali Bahia	Sistema de Responsabilidade Civil do Estado por Ato Administrativo	José Joaquim Calmon de Passos Pedro Manso Cabral, Geraldo Sobral Ferreira	23/11/1994
42	Paulo Vasconcelos Jacobina	A Publicidade no Direito do Consumidor	Washington Luiz da Trindade, Pedro Manso Cabral, José Joaquim Calmon de Passos	10/05/1995
43	Cícero Virgulino da Silva Filho	Proteção Possessória a Importância das Objeções de Mérito como Direito de Defesa Nas Audiências Preliminares da Justificação	Pedro Manso Cabral, José Joaquim Calmon de Passos, Washington Luiz da Trindade	30/08/1995

Dissertações defendidas (1980-2009.2)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
44	Deraldo Dias de Moraes Neto	Contrato de Franchising	Hermano Machado, Geraldo Sobral, Pedro Manso Cabral	01/09/1995
45	Jussara Maria Salgado Lobo	Perfil Jurídico da Propriedade Produtiva	Sylvio Farias, Jose Abreu, Hermano Machado	09/10/1995
46	Heron José de Santana	Responsabilidade Civil por Dano Moral ao Consumidor	Washington Trindade, Antonio Herman V. Benjamim Pedro Manso Cabral	01/07/1996
47	João Augusto de O. Pinto	A Respons. Civil do Est.-Fornecedor de Serviços Ante o Usuário-Consumidor	Antonio Carlos A. Oliveira, Luiz de Pinho P. da Silva, Edvaldo Brito	22/07/1996
48	Nilza Maria Costa dos Reis	Direito à Propria Imagem	Pedro Manso Cabral, José Abreu, Hermano Machado	05/09/1996
49	João Vargas Leal Júnior	O Contrato Bancário Frente Às Normas de Proteção ao Consumidor e Às Normas de Direito Econômico	Pedro Manso Cabral, Pedro Sampaio, Geraldo Sobral	14/05/1997
50	Nágila Maria Sales Brito	O Concubinato e Seus Efeitos Econômicos	Pedro Sampaio, Washington Trindade, Pedro Manso Cabral	03/06/1997
51	Adão de Assunção Duarte	A Expropriação em Razão do Plantio de Psicotrópicos	Washington Trindade, George Modesto, Edvaldo Pereira de Brito	16/06/1997
52	Paulo Roberto Lyrio Pimenta	A Norma Constitucional Programática	Washington Trindade, Edvaldo Brito, Antonio Carlos A. de Oliveira	07/07/1997
53	José Diniz de Moraes	A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988	Luiz de P. Pedreira, Pedro Manso Cabral, Hermano Machado	17/07/1997
54	Pedro Braga Filho	Desconsideração Desfavorável e Benéfica da Personalidade Jurídica	Nilza Reis, Pedro R. Bastos Furtado, Hermano Machado	26/03/1998
55	Carlos Alberto Araponga Dória	Items – o Princípio da Não-Cumulatividade.	Hermano Machado, Saulo Casali Bahia, Sylvio Santos Farias	07/04/1998
56	Andremara dos Santos	Juiz: Senhor da Constituição? (o Retorno do Direito Pretoriano)	George Modesto, Odete Medauar, Edvaldo Pereira de Brito	12/06/1998
57	Durval Araújo Portela Filho	Comentários à Lei Nº 9.457, de 05.05.97, Que Altera a Lei de Sociedade por Ações, com Ênfase para o Direito de Recurso de Acionistas dos Dissidentes	Sylvio Farias, Jose Ronald F. de Lacerda, Geraldo Sobral Ferreira	24/07/1998
58	Kadja Maria Ribeiro Parente	O Direito das Ações Preferenciais Oriundas de Incentivos Fiscais na Sociedade Anônima	Geraldo Sobras Ferreira, Sylvio Farias, Jose Ronald F. de Lacerda	24/07/1998
59	Jairo Lins de Albuquerque Sento Sé	O Trabalho Escravo na Zona Rural do Brasil na Atualidade	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Odete Medauar,	27/07/1998
60	Sérgio Novais Dias	Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de uma Chance	Edvaldo Pereira de Brito, Geraldo Sobral, Odete Medauar,	27/07/1998

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
61	Ana Lúcia Berbert de Castro Fontes	Concessão de Serviço Público: a Revivência de Um Instituto	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Odete Medauar	23/11/1998
62	Roberto Cavalcanti Sampaio	Franchising: Reflexos Jurídicos Nas Relações das Partes	Nilza Reis, Washington Luiz da Trindade, Maria Magnolia L. Guerra	26/04/1999
63	Adhemar Bento Gomes Filho	Liberalização das Telecomunicações – o Direito Econômico na Transição para uma Nova Regulação de Mercado	Hermano Machado, Maria Auxiliadora Minahim, Odete Medauar	20/05/1999
64	Dirley da Cunha Júnior	A Defesa do Meio Ambiente na Ordem Econômica	Maria Auxiliadora Minahim, Paulo Bessa Antunes, Wilson Alves de Souza	24/09/1999
65	Vera Maria Veigand	A Concessão de Direito Real de Uso	Hermano Machado, Johnson B. Nogueira, Nelson S. Junior	06/10/1999
66	Ricardo Cesar Mandarino Barreto	Idéias Sobre a Reforma Tributária	Hermano Machado, Denise Lucena Cavalcanti, Carlos Ayres Brito	23/11/1999
67	Antonio Augusto Brandão de Aras	A Causa e os Contratos	Washington Luiz da Trindade, Pedro Manso Cabral, Roberto Rosas	12/05/2000
68	Angélica de Mello Ferreira	A Flexibilização como Mecanismo Regulamentador do Direito do Trabalho	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Antonio Carlos A.Oliveira	19/05/2000
69	José Gomes Brito	A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas por Crimes Praticados Contra o Meio Ambiente	Maria Auxiliadora Minahim Alessandra R. M. Prado, Paulo Queiroz	09/06/2000
70	Mario Jorge Philocreon de Castro Lima	Investigação Sobre a Natureza da Tributação da Propriedade Industrial no Brasil	Sylvio Santos Faria, Willis Santiago, Carlos Alberto Araponga Dória	13/06/2000
71	Celso Luiz Braga de Castro	Desvios de Conduta da Administração Pública	Hermano Machado, Germana de Oliveira Moraes, Menelick de Carvalho Netto	17/08/2000
72	Cláudio Alberto Gusmão Cunha	O Atual Regime Jurídico das Terras Indígenas	Washington Luiz da Trindade Pedro Manso Cabral, Saulo Casali Bahia	19/12/2000
73	Sebastião Borges de Albuquerque Mello	Sistema Jurídico, Códigos e Microsistemas – Crítica da Legislação Penal Especial	Maria Auxiliadora Minahim, Dirceu de Mello, Willis Santiago Guerra Filho	20/12/2000
74	Monica Neves Aguiar da Silva Castro	Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, em Colisão com Outros Direitos	Washington Luiz da Trindade George F. Modesto, Maria Auxiliadora Minahim	01/02/2001
75	Yuri Carneiro Coelho	A Importância do Bem Jurídico-Penal no Estado Democrático de Direito: Fundamentos para a Determinação de Seu Conteúdo Material	Maria Auxiliadora Minahim, George F. Modesto, Luiz Regis Prado	24/10/2001
76	Robério Nunes dos Anjos Filho	A Prestação dos Serviços Não-Exclusivos na Reforma Administrativa	Maria Auxiliadora Minahim, Saulo Casali Bahia, Menelick de Carvalho Neto	30/11/2001
77	Bruno Espiñeira Lemos	A Emenda Constitucional Nº 30/2000: Vicissitudes do Instituto Precatório.	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Paulo Queiroz	05/12/2001

Dissertações defendidas (1980-2009.2)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
78	Marco Aurélio de Castro Júnior	O Direito da Informação e a Responsabilidade Civil de Hacker.	Saulo Casali Bahia, Geisa de Assis Rodrigues, Rodolfo Pamplona	06/12/2001
79	Claudio Cairo Gonçalves	O Contrato Administrativo em Face da Atual Concepção de Estado.	Edvaldo Pereira de Brito, Saulo Casali Bahia, Cicero Virgulino da S. Filho	17/12/2001
80	Francisco Bertino Bezerra de Carvalho	Poder Judiciário e Jurisdição no Mecosul: Conflitos Entre Normas Internacionais e Internas.	Edvaldo Pereira de Brito, Saulo Casali Bahia, Juliette Marie Robichez	18/12/2001
81	Cleonice de Souza Lima Santos	Do Usufruto: Origem, Elementos Essenciais, Instrumentalidade e Aplicação no Direito Atual	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Pamplona	17/01/2002
82	Fredie Souza Didier Júnior	Admissibilidade do Recurso de Terceiro no Processo Civil Brasileiro	Geisa de Assis Rodrigues, Flávio Cheim Jorge, Jose Joaquim Calmon de Passos	28/01/2002
83	Milton Moreira de Oliveira	Medidas Coercitivas Patrimoniais, Efetividade e Celeridade da Tutela Trabalhista	Johnson Meira Santos, Washington Luiz da Trindade, Rodolfo Mário Pamplona Filho	08/04/2002
84	Selma Reiche Bacelar	Organismos Genericamente Modificados: Alimentos Transgênicos	Washington Trindade, Maria Auxiliadora Minahim, Juliette Robichez	22/04/2002
85	Cinzia Barreto de Carvalho	O Instituto da Conciliação em Matéria Trabalhista na Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, na Perspectiva de Um Mercado.	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Mário Pamplona Filho	31/07/2002
86	Daniela Ferreira Marques	Tutela Jurídica da Livre Concorrência	Maria Auxiliadora Minahim, Washington Luiz da Trindade, Juliette Robichez	08/08/2002
87	Jayme Baleeiro Neto	As Organizações Sociais e o Controle dos Tribunais de Contas	Edivaldo Boaventura	23/08/2002
88	José Barroso Filho	Dano Ambiental: Sanção	Maria Auxiliadora Minahim, Paulo R. L. Pimenta, Júlio César de S. Rocha	03/10/2002
89	Arthur de Oliveira Maia da Silva	Direitos Fundamentais, Planejamento e Discricionariedade: Proposta para o Enfrentamento Jurídico das Escolhas Trágicas	Edvaldo Pedreira de Brito, Saulo Casali Bahia, Manoel Jorge e Silva Neto	21/10/2002
90	Luiz Cláudio Magalhães Madeira	Cooperativa de Trabalho e a Possibilidade de Vínculo Empregatício	Washington Trindade, Cicero Virgulino da S. Filho, Johnson Meira	25/10/2002
91	Luciano Dorea Martinez Carreiro	Limites Constitucionais ao Exercício da Autonomia Coletiva Sindical.	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Pamplona Filho	22/11/2002
92	Ronald Olivar Amorim e Souza	Grêve & Lockout: Aspectos Jurídicos e Econômicos	Luiz de Pinho Pedreira, Johnson Meira, Rodolfo Pamplona Filho	12/12/2002
93	Maria Paula Nogueira D'Ávila	Sindicalismo no Brasil no Contexto da Globalização: uma Proposta de Atuação Sindical Global	Washington Trindade, Juliette M. M. Robiche, Johnson Meira	13/12/2002
94	César Faria Júnior	O Término do Processo Administrativo Fiscal como Condição da Ação Penal Nos Crimes Contra a Ordem Tributária.	Maria Auxiliadora Minahim, Edvaldo Brito, Dirceu de Mello	16/12/2002
95	João Carlos Macêdo Monteiro	Natureza Jurídica das Relações Entre o Investidor e As Administradoras de Fundos de Investimento Financeiro	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Edvaldo Pereira de Brito, Saulo José Casali Bahia	30/01/2003

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
96	Maria José Ramos Coelho Lins de A. Sento-Sé	A Imunidade Tributária do Livro Eletrônico	Saulo Casali Bahia, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Manoel Jorge e Silva Neto	31/01/2003
97	Denise L. Fontes Alberto Leopoldo	A Atuação do Ministério Público na Jurisdição Penal e a Instrumentalidade Garantista	Maria Auxiliadora Minahim, Cláudio R. Brandão, Carlos Ayres de Brito	28/04/2003
98	Cecília Teixeira de Souza Oliveira	A Expressão da Extrafiscalização na Cofins	Saulo Casali Bahia, Paulo Roberto L. Pimenta, Ubirajara Coelho Neto	12/05/2003
99	Auristela Oliveira Reis	Os Direitos Humanos, o Direito Penal e o Direito Internacional	Saulo Casali Bahia, Maria Auxiliadora Minahim, André de Carvalho Ramos	16/05/2003
100	Ana Paula de Almeida Lima Leal	A Inversão do Ônus da Prova, à Luz da Ponderação de Interesses	Edvaldo Pedreira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Manoel Jorge e Silva Neto	21/05/2003
101	Pompeu de Sousa Brasil	Blocos Econômicos: Aparelhamento Jurídico e Perspectiva no Âmbito do Mercosul	Saulo Casali Bahia, Edvaldo Pereira Brito, Ubirajara Coelho Neto	26/05/2003
102	Anna Guiomar Nascimento Macêdo Costa	A Validade Jurídica dos Contratos Eletrônicos	Saulo Casali Bahia, Washington Trindade, Rodolfo M. Pamplona Filho	28/05/2003
103	Itamar Jezler Campello	Uma Análise do Teorema de Coase Aplicado Às Transações dos Efeitos Jurídicos em Casos de Reparação de Danos	Pedro Soares Sampaio, Luiz de Pinho Pedreira, Mário Rodrigues Barbosa	02/06/2003
104	Pedro Lino de Carvalho Júnior	A Lesão Consumerista no Direito Brasileiro	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Monica Aguiar Silva, Roxana Borges	16/12/2003
105	Ricardo Maurício Freire Soares	Hermenêutica, Linguagem e Princípios: Repensando a Interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor	Edvaldo Pereira de Brito, Saulo Casali Bahia, Juliette Marie Robichez	16/12/2003
106	Andréa Paula Matos Rodrigues de Miranda	A Boa-Fé Objetiva Nas Relações de Consumo	Saulo Casali Bahia, Edivaldo Boaventura, Rodolfo Pamplona Filho	18/12/2003
107	Reinaldo de Souza Couto Filho	A Impenhorabilidade do Bem de Família em Relação Às Dívidas Condominiais	George Fragoso Modesto, Washington Luiz da Trindade, Mário Rodrigues Barbosa	18/12/2003
108	Maria Elisa da Silva Villas-Bôas	Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: Aspectos Polêmicos da Disciplina Jurídico-Penal do Final de Vida.	Maria Auxiliadora Minahim, Vicente de Paula Barreto, Maria Theresa M. Pacheco	17/03/2004
109	Antonio Lima Farias	A Reforma Tributária em Face do Sistema Tributário Nacional no Estado Democrático de Direito.	Edvaldo Pereira de Brito, Paulo Lyrio Pimenta, Helena T. Torres	26/04/2004
110	Rafael Carrera Freitas	O Poder Normativo das Agencias Reguladoras: Um Mecanismo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.	Maria Auxiliadora Minahim, Edvaldo de Pereira Brito, Dirley Victor da Cunha Júnior	10/05/2004
111	Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann	Novas Perspectivas e Limites do Direito ao Nome: Identidade e Tecnologia	Monica Aguiar Neves, Edvaldo Brito, Camilo Coloni	24/05/2004
112	Eduardo Sodré	O Processo Cognitivo Nos Juizados Especiais Cíveis	Jonhson Meira, Geisa de Assis Rodrigues, Rodolfo Pamplona	11/06/2004

Dissertações defendidas (1980-2009.2)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
113	João Marinho da Costa	A Propriedade e As Propriedades: Pesquisa da Aplicação da Tese de Salvatore Pugliatti – a Propriedade Sobre Bens Móveis e a Propriedade Sobre Bens Imóveis por Natureza (Propriedade do Solo)	Mario Rodrigues Barbosa, Hermano Machado, Jiliette Robiches	30/06/2004
114	Sidney Pessoa Madruga	Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira.	Edivaldo Boaventura, Manoel Jorge e Silva Neto, Kebengele Munanga	09/12/2004
115	Camila Lemos Azi	O Princípio da Equivalência Material das Prestações no Novo Código Civil	Mario Rodrigues Barbosa, Roxana Cardoso Borges, Rodolfo Pamplona Filho	16/12/2004
116	Antonio Oswaldo Scarpa	A Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais Pelo Poder Judiciário	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Manoel Jorge e Silva Neto, Marco Aurélio Greco	06/05/2005
117	Gamil Foppel El Hireche	Análise Criminológica das Organizações Criminosas: da Inexistência à Impossibilidade de Conceituação e suas Repercussões no Ordenamento Jurídico Pátrio.	Maria Auxiliadora Minahim, Cláudio R. Brandão, Juarez Cirino dos Santos	09/05/2005
118	Cláudio Mascarenhas Brandão	A Responsabilidade Objetiva do Empregador Decorrente do Acidente de Trabalho Nas Atividades de Risco Acentuado	Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Pamplona, Jonhson Meira Santos	10/05/2005
119	Pedro Alexandre de Araújo	Experimentação Médica em Seres Humanos: Aspectos Éticos-Jurídicos	Mônica Aguiar, Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra R. Mascarenhas	12/05/2005
120	Maria da Graça B. de Athayde de A Varela	Direito e Moradia: Dimensão Objetiva e Subjetiva	Edvaldo Brito, Luiz Alberto David Araújo, Dirley Cunha Júnior	31/05/2005
121	Leonardo Vieira Santos	Responsabilidade Civil Médico-Hospitalar e a Questão da Culpa no Direito Brasileiro	Monica Neves Aguiar, Rosângela Lunardelli Cavallazi, Rodolfo Pamplona	03/06/2005
122	Rosemília Dias da Silveira Tannus	Consentimento Informado: Paradigma Axiológico para Prática de Biomédicas.	Maria Auxiliadora Minahim, Rosângela Lunardelli Cavallazi, Mônica Aguiar	03/06/2005
123	Alvaro Emanuel de Oliveira Simões	No Processo do o Jus Postulandi das Partes Trabalho e sua Influência na Efetividade do Acesso à Justiça	Luiz de Pinho P. da Silva, Rodolfo Pamplona, Jonhson Meira	06/06/2005
124	Geisy Fiedra Rios P. de Almeida	Obrigação de Não Concorrência: Diretrizes para Aplicação no Âmbito Civil e Antitruste	Saulo Casali Bahia, Pedro Sampaio, João Grandino Rodas	25/07/2005
125	Leonardo Tochetto Pauperio	A Cidadania Mínima: Relação Jurídico-Constitucional da Extinção da Fome e do Alívio Voluntário da Dor	Maria Auxiliadora Minahim, George Fragozo Modesto, Lenio Luiz Streck	08/09/2005
126	Julio Cezar Lemos Travessa	O Reconhecimento Antecipado da Prescrição Penal Retroativa	Saulo Casali Bahia, Alessandra Rapassi, Paulo Queiroz	11/01/2006
127	Lízea Magnavita Maia	O Lado Oculto da Compreensão Jurídica: Um Estudo Sobre os Pressupostos Teóricos da Hermenêutica Filosófica e sua Influência na Interpretação dos Direitos Sociais.	Saulo Casali Bahia, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, José Antonio Saja	26/01/2006
128	Nilson Roberto da Silva Gimenes	O Direito de Objeção de Consciência Às Transfusões de Sangue	Saulo Casali Bahia, Monica Aguiar Silva, Camilo Colani	03/02/2006

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
129	Clodoaldo Silva da Anunciação	Associações de Consumidores: uma Análise Crítica	Washington Luiz da Trindade, Johnson Meira Santos, Cicero Virgulino da Silva Filho	06/02/2006
130	Jaime Barreiros Neto	A Importância da Fidelidade Partidária para a Consolidação da Democracia Brasileira	Saulo Casali Bahia, Manoel Jorge e Silva Neto, José Joaquim Calmon de Passos	17/02/2006
131	Maurício Souza Sampaio	Representação Política e Institutos de Participação Direta	Saulo Casali Bahia, José Joaquim Calmon de Passos, Paulo Roberto Lyrio Pimenta	17/02/2006
132	Pedro Leonardo Summers Caymmi	As Concepções de Segurança Jurídica e suas Implicações na Delimitação da Tipicidade da Norma Tributária	Edvaldo Brito, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Raimundo Juliano R. Feitosa	13/03/2006
133	Perpetua Leal Ivo Valadão	Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica de Direito Público – Proteção ao Direito Subjetivo do Meio Ambiente, Ecologicamente Equilibrado.	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra R. M. Prado, Solange Telles	12/05/2006
134	Sara de Almeida Borges	Relação Jurídico Constitucional dos Valores Antropológicos e dos Valores Ecológicos na CF\88.	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra R. M. Prado Solange Telles	12/05/2006
135	Pedro Pessoa Lepikson	A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor	Fredie Didier, Roxana Cardoso Borges, Luiz Edson Fachin	17/05/2006
136	Ivana Carla C. de Macedo Senna	O Dever de Informar na Relação Médico-Paciente – Reflexões Acerca da Humanização das Práticas Médica, Num Contexto Brasileiro à Luz da Bioética	Monica Neves Aguiar, Maria Auxiliadora Minahim, Maria de Fátima Freire de Sá	25/05/2006
137	Belmiro Vivaldo Santana Fernandes	O Dano Moral por Discriminação a Pessoas em Decorrencia de Orientação Sexual.	Monica Neves Aguiar, Maria Auxiliadora Minahim, Maria de Fatima Freire de Sa	25/05/2006
138	Erica Vericia de Oliveira Canuto	A Mutabilidade do Regime de Bens no Casamento	Monica Aguiar Neves, Rodolfo Mario Pamplona Filho, Camilo Coloni	30/05/2006
139	Maurício Dantas Góes e Góes	O Conselho Nacional de Justiça: a Função Jurisdicional e Seu Deficit de Legitimidade na Constituição Brasileira	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Saulo Casali Bahia, Jose Joaquim Calmon de Passos	21/06/2006
140	Carlos Martheo C. Guanaes Gomes	As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado Brasileiro	Saulo Casali Bahia, Rodolfo Pamplona Filho, Júlio Rocha	30/06/2006
141	Ludmyla Franca	Entre o Nilismo e a Utopia: a Busca Pela Dignidade da Política em Um Diálogo com As Idéias de Hannah Arendt	Saulo Casali Bahia, José Joaquim Calmon de Passos, Rodolfo Mário Pamplona Filho	05/07/2006
142	Rodrigo Moraes	Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral	Edivaldo Boaventura, José Joaquim Calmon de Passos, Rodolfo Pamplona Filho	06/07/2006
143	Antonio Adonias Aguiar Bastos	Natureza Jurídica da Decisão Lastreada no Art.273,& 6º, do Cpc: Antecipação dos Efeitos da Tutela Jurídica Ou Resolução Parcial do Mérito ?	Rodolfo Pamplona Filho, José Joaquim Calmon de Passos, Edilton Meireles de Oliveira	19/07/2006
144	Jose Amando Júnior	Efeito Reflexo Cosntitucional: Estudo de Caso Sobre a Racionalidade e o Sistema Jurídico na Pós-Modernidade	Saulo Casali Bahia, Paulo Pimenta, Germano Schwartz	21/09/2006
145	Murilo Carvalho Sampaio Oliveira	Repensando o Princípio da Proteção na Contemporaneidade	Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Pamplona Filho, Aldacy Rachid Coutinho	06/10/2006

Dissertações defendidas (1980-2009.2)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
146	Soraya Santos Lopes	Dimensão Coletiva da Moradia: uma Proposta Dogmática Visando a Efetividade de suas Políticas Públicas.	Edvaldo Brito, Marília Muricy, Maria Lígia C. Mathias	13/11/2006
147	Lívia Maria e Sant'ana	Ações Afirmativas: Aplicação Às Políticas de Saúde para a População Negra	Edvaldo Brito, Heron José de Santana, Maria Lígia C. Mathias	13/11/2006
148	Joseane Suzart Lopes da Silva	Aumentos Abusivos das Mensalidades dos Planos de Saúde: Transgressão à Boa Fé e à Função Social do Contrato	Monica Neves Aguiar, Edvaldo Brito, Maria Lígia C. Mathias	14/11/2006
149	Antonio Carlos Paula de Oliveira	O Exercício Abusivo do Direito à Intimidade Pelo Empregado no Caso de Revista Pessoal	Jonhson Meira, Rodolfo Pamplona Filho, Nelson Manrich	16/11/2006
150	Wagner Mota Alves de Souza	A Teoria dos Atos Próprios: Esboço de uma Teoria do Comportamento Contraditório Aplicada ao Direito.	Washington Luiz Trindade, Rodolfo Pamplona Filho, Nelson Mannrich	16/11/2006
151	Rafael Menezes Trindade Barretto	Amicus Curiae e Democratização do Debate Constitucional.	Saulo Casali, Willis Santiago Guerra Filho, Gustavo Binenbojm,	26/01/2007
152	Rodrigo Bastos de Freitas	Direito dos Índios e Constituição: os Princípios da Autonomia e da Tutela-Proteção – História e Perspectivas	Saulo Casali, Heron José de Santana, Alexandre Tavessoni	09/02/2007
153	André Luiz Batista Neves	A Interpretação Conforme à Constituição e Seus Limites	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Saulo José Casali Bahia, Daniel Sarmento	09/02/2007
154	Tarsis Barreto Oliveira	O Patenteamento de Seres Vivos e As Repercussões Jurídicas na Biotecnologia	Maria Auxiliadora Minahim, Washington Trindade, Rosângela Lunardelli	15/03/2007
155	Marialva de Castro Calabrich Schlusing	A Proteção do Mínimo Existencial no Plano Tributário e Algumas Considerações Sobre o Imposto de Renda da Pessoa Física	Edvaldo Brito, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Betina Treiger Gruppenmacher	19/03/2007
156	Iran Furtado de Souza Filho	O Contrato de Leasing e a Responsabilidade Subsidiária com Benefício de Ordem do Arrendante Pelos Danos Causados a Terceiros Pelo Arrendatário.	Washington Trindade, Edivaldo Boaventura, Alirio Fernando B. de Souza	26/03/2007
157	Roberto Levy Bastos Manatta	O Capital Social da Companhia: Instância da Complexidade	Edivaldo Boaventura, Washington Trindade, José Joaquim Calmon de Passos	27/03/2007
158	Renato Amoedo Nadier Rodrigues	Direitos dos Acionistas Minoritários	Alirio Fernando B. de Souza, Washington Trindade, Edival- do Boaventura	02/04/2007
159	Robson Sant'Ana dos Santos	A Figura dos Administradores e sua Responsabilidade Face ao Artigo 135 do Código Tributário Nacional	Edvaldo Brito, Marciano Seabra Godoi, Dirley Cunha	23/04/2007
160	Cristiane de Araújo Góes Magalhães	Federalismo e Tributação: Certidões e Cadastros	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Marciano Seabra Godoi, Dirley da Cunha Junior	23/04/2007
161	Laurício Alves Carvalho Pedrosa	A Responsabilidade Civil por Risco de Dano ao Meio Ambiente.	Roxana Borges, Washington Luis da Trindade, José Rubens Morato Leite	04/05/2007
162	Flavia da Fonseca Marimpietri	Pressupostos da Revisão dos Contratos de Consumo	Rodolfo M. Veiga Pamplona, Washington Luiz da Trindade, Maria Lígia Coelho Mathias	18/05/2007

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
163	Ana Beatriz Lisboa Pereira	Direito Fundamental a Execução da Decisão Judicial	Fredie Didier Júnior, Luis Guilherme Marinoni, Rodolfo M. Veiga Pamplona	25/05/2007
164	Kamila Assis de Abreu	Proteção Jurídica do Acesso à Biodiversidade Brasileira	Roxana Cardoso B. Borges, Heron José de Santana, Marcelo Dias Varella	04/06/2007
165	Alessandro Ribeiro Couto	As Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e o Postulado da Proporcionalidade	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, André Ramos Tavares, Dirley Cunha	06/06/2007
166	Fabio Periandro de A. Hirsch	Ofensa Reflexa à Constituição: Críticas e Propostas de Solução para a Jurisprudência Autodefesa do Supremo Tribunal Federal.	Dirley da Cunha Júnior, Fredie Didier Jr, André Ramos Tavares	06/06/2007
167	Michelle Crisitine Assis Couto	Existe um Direito de Ter Filho?	Mônica Neves Aguiar da Silva, Teresa Rodrigues Vieira, Maria Auxiliadora Minahim	08/06/2007
168	Alassana Valdez	Aplicabilidade das Normas de Tratados Internacionais no Direito Comercial: Caso da Ohada no Ordenamento Jurídico Guineense.	Saulo José Casali Bahia, Washington Luiz da Trindade, Ney de Barros Bello Filho	06/07/2007
169	Sílvia Lorena Villas Boas Souza	Os Créditos de Carbono no Âmbito do Protocolo de Quioto.	Saulo José Casali Bahia, Washington Luiz da Trindade, Ney de Barros Bello Filho	06/07/2007
170	Deivid Carvalho Lorenzo	Pesquisas Genéticas Comélulas – Tronco Embrionarias e a Personalidade Jurídica do Embrião Humano	Mônica Neves Aguiar, Maria Auxiliadora Minahim, Leocir Pessini	27/09/2007
171	Emmanuela Vilar Lins	As Dimensões da Vulnerabilidade Humana: como Condição, como Característica, como Princípio Bioético-Jurídico.	Mônica Neves Aguiar, Leocir Pessini, Maria Auxiliadora Minahim	27/09/2007
172	Patrícia da Costa Santana	A Ponderação na Colisão Entre os Princípios da Proteção das Manifestações Culturais Religiosas de Matriz Africana e o da Proteção aos Animais	Saulo José Casali Bahia, Andreas Joachim Krell, Heron José de Santana	28/09/2007
173	Renata Figueiredo Brandão	Vedação ao Tributo com Efeito de Confisco	Saulo José Casali Bahia Washington Luiz da Trindade, Ney de Barros Bello Filho	01/10/2007
174	João Alves de Almeida Neto	Consórcio de Empregadores no Ordenamento Brasileiro: Aplicabilidade e Disciplina de Direito Material no Âmbito Urbano	Rodolfo Mário V. Pamplona Filho, Nelson Mannrich, Washington Trindade	11/10/2007
175	Leandro Lopes Paraense	Redefinição da Propriedade como Direito Fundamental: da Propriedade Digna à Dignidade Proprietária	Washington Trindde, Nelson Mannrich, Rodolfo M. V. Pamplona Filho	11/10/2007
176	Paula Sarno Braga	Aplicação do Devido Processo Legal às Relações Jurídicas Particulares	Fredie Didier Jr., Ana Paula M. da Costa e Silva, Roxana Cardoso B. Borges	22/10/2007
177	Cristiano Miranda de Santana	Anencefalia e o Direito à Vida: Reflexões Sobre a ADPF N.º 54	Edvaldo Pereira de Brito, Fabiola Santos Albuquerque, Maria Auxiliadora Minahim	10/12/2007
178	Juvenal José Duarte Neto	Súmula Vinculante como Instrumento de Efetividade do Princípio à Igualdade e o Controle Difuso de Constitucionalidade	Dirley da Cunha Júnior, George Sarmento Lins Junior, Edvaldo Brito	20/12/2007

Dissertações defendidas (1980-2009.2)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
179	César Cintra Fonseca	Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Repensando a Dogmática Tradicional, na Sociedade de Riscos, para Garantia da Proteção Penal do Meio Ambiente	Alessandra Rapassi, Cláudio Alberto G. Guimarães, Maria Auxiliadora Minahim	21/12/2007
180	Sheila Maria da Graça Coitinho das Neves	Penas Restritivas de Direito – Alternativa de Punição Justa: uma Análise dos Fins das Penas Restritivas de Direitos à Luz da Teoria Dialética Unificadora da Claus Roxin	Maria Auxiliadora Minahim, Cláudio Alberto G. Guimarães, Alessandra Rapassi	22/12/2007
181	Kaline Ferreira Davi	A Dimensão Política da Administração Pública sob a Ótica de um Direito Administrativo Constitucionalizado	Celso Luiz Braga de Castro, Francisco de Q. B. Cavalcanti, Edvaldo Pereira de Brito	03/03/2008
182	Sérgio Neeser Nogueira Reis	Limitações Jurídicas os Pesquisas em Células-Tronco Embrionárias	Monica Neves Aguiar da Silva, Maria Auxiliadora Minahim, Teresa Rodrigues Vieira	17/03/2008
183	Carlos Frederico Guerra Andrade	Direito à Intimidade Genética na Relação de Emprego	Monica Neves Aguiar da Silva, Edilton Meileres, Teresa Rodrigues Vieira	17/03/2008
184	Atila Djawara Moreira Ferreira	Normas Constitucionais Programáticas na Ordem Jurídica Guineense	Saulo José Casali Bahia, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Edivaldo Machado Boaventura	25/03/2008
185	Jailson de Souza Correa	Dano Moral Decorrente da Ofensa à Liberdade Religiosa dos Adeptos das Religiões de Matriz Africana	Saulo José Casali Bahia, Heron José de Santana, Hélio Silva Junior	28/03/2008
186	Ilzver de Matos Oliveira	O Discurso do Judiciário sobre as Ações Afirmativas para a População Negra na Bahia	Celso Luiz Braga de Castro, Heron José de Santana, Eunice Aparecida J. Prudente	28/03/2008
187	Irena Carneiro Martins	A Importância da Limitação da Responsabilidade de Sócios e Delimitação da Responsabilidade de Administradores para as Relações Econômicas no Ordenamento Brasileiro	Roxana Cardoso B. Borges, Washington Luiz da Trindade, Marcia Carla Pereira Ribeiro	31/03/2008
188	Geder Luiz Rocha Gomes	A Substituição da Pena Privativa de Liberdade: Legitimidade e Adequação das Alternativas Penais	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra Rapassi M. Prado, Cesar Roberto Bitencourt	31/03/2008
189	Salomão Resedá	A Aplicação do <i>Punitive Damage</i> nas Ações de Indenização Por Danos Morais no Ordenamento Jurídico Brasileiro	Rodolfo M. V. Pamplona Filho, Jonhson Meira Santos, Edivaldo Machado Boaventura	31/03/2008
190	João Glicério de Oliveira Filho	Fundamentos Jurídicos da Função Social da Empresa	Rodolfo M. V. Pamplona Filho, Jonhson Meira Santos, Edivaldo Machado Boaventura	31/03/2008
191	Bianca da Silva Alves	O Bem Jurídico-Penal Tutelado Pelo Crime de Utilização Ilegal de Células-Tronco Embrionárias Humanas (Art. 24 da Lei de Biossegurança)	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra Rapassi M. Prado, Cesar Roberto Bitencourt	31/03/2008
192	Priscila da Mata Cavalcante	O Sistema Internacional de Cooperação para o Desenvolvimento	Saulo José Casali Bahia, Washington Luiz da Trindade, André de Carvalho Ramos	03/04/2008
193	Eugênio de Souza Kruschewsky	Responsabilidade Civil e Células-Tronco	Roxana Cardoso B. Borges, Washington Luiz da Trindade, Eroulths Cortiano Junior	04/04/2008
194	Luciano Lima Figueiredo	A Função Social das Patentes de Medicamentos	Rodolfo M. V. Pamplona Filho, Jonhson Meira Santos, Edivaldo Boaventura	04/04/2008
195	Cláudio dos Passos Souza	Processo Administrativo Tributário: Possibilidade de Questionamento Judicial das Decisões Contrárias ao Estado	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Celso Luiz Braga de Castro, Roberto Ferraz	14/04/2008

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
196	Erica Rusch	Ação Civil Pública de Responsabilidade por Danos Ambientais	Fredie Didier Junior, Roxana Cardoso B. Borges, Marcelo Abelha Rodrigues	15/04/2008
197	Miguel Calmon Teixeira Branco	Constitucionalismo Dirigente Brasileiro e a Pós-Modernidade: Resistência e Proteção do Estado Social enquanto Dimensão do Estado Democrático de Direito	Dirley da Cunha Júnior, Manoel Jorge e Silva Neto, André Ramos Tavares	17/04/2008
198	Adrienne Mônica Oliveria Souza	Auditorias Operacionais: Controle Substancial da Gestão Pública pelas Tribunais de Contas	Celso Luiz Braga de Castro, Heron José de Santana, André Ramos Tavares	17/04/2008
199	Valdir Ferreira de Oliveira Júnior	O Estado Constitucional Solidarista	Manoel Jorge e Silva Neto, Heron José de Santana, José C. Monteiro de Brito Filho	24/04/2008
200	Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho	Jurisdição no Estado do Bem Estar e do Desenvolvimento	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Marcelo Campos Galuppo	05/05/2008
201	Manoel Carlos de Almeida Neto	O Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais: à Luz da Jurisprudência do STJ	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Marcelo Campos Galuppo	05/05/2008
202	Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar	Efeito Vinculante e Concretização do Direito	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, George Sarmento Lins Júnior	23/08/2008
203	Michelline Soares Bittencourt Trindade Luz	O Perfil das Ações Filiatórias à Luz da Era Dna	Roxana Cardoso B. Borges, Erouths Cortiano Júnior, Mônica Neves Aguiar	11/10/2008
204	Juliana Pinheiro Damasceno e Santos	Fundamentos Criminológicos e Repercussões Dogmáticas da Proteção Jurídica da Ordem Econômica nas Bases do Direito Penal Liberal: Uma Análise à Luz dos Crimes de Colarinho-Branco	Alessandra M. Rapassi, Washginton Luiz da Trindade, Cláudio Roberto C. Bezerra Brandão	14/11/2008
205	Flora Augusta Varela Aranha	Justiça Consensual e Meio Ambiente: Uma Análise à Luz do Termo de Ajustamento de Conduta	Heron J. de Santana Gordilho, Maria Elisabete P. dos Santos, Manoel Jorge e Silva Neto	27/11/2008
206	Alexandre Gentil Corte-Real de Araújo	O Fortalecimento dos Poderes Locais na República Democrática de Timor Leste (Uma Nova Interpretação da Constituição da Rdtl/2002)	Saulo José Casali Bahia, Edivaldo Boaventura, Maria Auxiliadora Minahim	12/12/2008
207	Laura Vasconcelos Neves da Silva	As relações de trabalho rural nas usinas de cana-de-açúcar	Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Pamplona Filho, Sergio Torres Teixeira	09/01/2009
208	Ana Carolina Fernandes Mascarenhas	Autonomia Privada e Autocomposição Extrajudicial de conflitos	Rodolfo Pamplona Filho, Fredie Didier Jr, Daniel Francisco Mitidiero	30/01/2009
209	Daniel Nicory do Prado	Autos da Barca do Inferno: o discurso narrativo dos participantes da prisão em flagrante	Nelson Cerqueira, Maria Auxiliadora Minahim, Marcelo Campos Galuppo	06/03/2009
210	Roseli Rego Santos	O atual Regime Brasileiro de recuperação e falência como efetivação da função social da empresa	Washginton Luiz da Trindade, Rodolfo Pamplona Filho, Márcia Carla Pereira Ribeiro	16/03/2009
211	Elayne Leal de Oliveira	O direito Penal ambiental e a prestação de serviço à comunidade como instrumento de implementação do direito de acesso à água	Heron J. de Santana Gordilho, Alessandra Rapassi Prado, Andreas Krell	27/03/2009

Dissertações defendidas (1980-2009.2)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
212	Nestor Nerton Fernandes Távora	Princípio da adequação e resolução antecipada do mérito do processo penal	Freddie Didier Jr., Dirley da Cunha Júnior, Gustavo H. Ivahy Badaró	31/03/2009
213	Roberto Lima Figueiredo	A conformação principiológica do direito convivencial e seus reflexos patrimoniais	Rodolfo Pamplona Filho, Washington Luiz da Trindade, Paulo Luiz Netto Lobo	03/04/2009
214	Urbano Félix Pugliese do Bomfim	Uma correção ao sentido do princípio da intervenção mínima no Direito Penal	Alessandra Rapassi, Maria Auxiliadora Minahim, Claudio Alberto Guimarães	08/04/2009
215	Thiago Batista Freitas	Análise ético-constitucional da utilização de embriões humanos em experimentos científicos	Mônica Neves Aguiar da Silva, Maria Auxiliadora Minahim, Maria Lígia Coelho Mathias.	13/04/2009
216	Maurício de Melo Teixeira Branco	Acesso ao crédito trabalhista como direito fundamental e a Lei brasileira de Falências e Recuperação de empresas	Rodolfo Pamplona Filho, Washington Luiz da Trindade, Sérgio Torres Teixeira	17/04/2009
217	Gustavo Cunha Prazeres	Responsabilidade civil do Estado por atos legislativos	Celso Luiz Braga de Castro, Dirley da Cunha Júnior, Francisco de Queiroz B. Cavalcanti	20/04/2009
218	Tangre Paranhos Leite Oliveira	Tensão entre o público e o privado: função social da propriedade na Avenida Paralela	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Rosângela L. Cavallazzi	24/04/2009
219	Flávio Faça Daltro	Os motivos jurídico-econômicos da função social do contrato	Washington Luiz da Trindade, Rodolfo Pamplona Filho, Cristiana Menezes Castro	29/04/2009
220	Vinicius Cardona Franca	Aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas	Saulo Casali Bahia, Manoel Jorge e Silva Neto, George Sarmento Lins Júnior	15/05/2009
221	Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo	O ato de decisão judicial: uma irracionalidade disfarçada	Nelson Cerqueira, Maria Auxiliadora Minahim, Jacinto N. de Miranda Coutinho	06/07/2009
222	Tercio Roberto Peixoto	A negociação coletiva e a extinção compulsória do contrato de trabalho	Edilton Meireles, Rodolfo Pamplona Filho, Sergio Torres Teixeira	21/08/2009
223	Matheus Ferreira Bezerra	A quebra da patente de medicamentos como instrumento de realização de direitos	Jonhson Meira Santos, Rodolfo Pamplona Filho, Maria Lígia Coelho Mathias	26/08/2009
224	Nadialice Francischini de Souza	O desmistificar da aplicação do princípio da vulnerabilidade	Washington Luiz da Trindade, Rodolfo Pamplona Filho, Edivaldo Machado Boaventura	28/08/2009
225	Vanessa Vieira Pessanha	O acesso à educação como requisito para efetivar o direito fundamental ao trabalho	Rodolfo Pamplona Filho, Washington Luiz da Trindade, Edivaldo Machado Boaventura	02/09/2009
226	Bernardo Silva de Lima	A arbitralidade de dano ambiental e o seu ressarcimento	Ana Paula Mota Costa e Silva, Freddie Didier Júnior, Carlos Alberto Carmona	03/09/2009
227	Taciana Palmeira Andrade	Doação de órgãos <i>post mortem</i> : a viabilidade de adoção pelo sistema brasileiro da escolha pelo doador do destinatário dos seus órgãos	Monica Neves Aguiar da Silva, Maria Auxiliadora Minahim, Valéria Silva Galdino Cardin	17/09/2009
228	Ana Maria Maciel Bittencout Passos	Direito à filiação e inseminação <i>post mortem</i> ; uma solução à luz do direito positivo brasileiro.	Monica Neves Aguiar da Silva, Maria Auxiliadora Minahim, Valéria Silva Galdino Cardin	17/09/2009

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
229	Adilson Cunha Silva	As tecnociências e o redimensionamento da responsabilidade civil	Roxana Cardoso B. Borges, Washington Luiz da Trindade, Roberto Freitas Filho	01/10/2009
230	Agenor de Souza Santos Sampaio Neto	Considerações sobre a despersonalização da pessoa jurídica e o estado atual da questão do Código de Defesa do Consumidor	Washington Luiz da Trindade, Paulo César Santos Bezerra, Jorge Aliomar B.Dantas	01/10/2009
231	Osmir Antonio Globekner	A saúde entre o público e o privado: a questão da equidade no acesso social aos recursos sanitários escassos	Dirley da Cunha Júnior, Maria Auxiliadora Minahim, George Sarmento Lins Júnior	02/10/2009
232	Thaís Bandeira Oliveira	Lavagem de capitalis (dis)funções político-criminais no seu combate	Dirley da Cunha Júnior, Ricardo Maurício F. Soares, George Sarmento Lins Júnior	02/10/2009
233	Fábio de Oliveira Cordeiro	Controle jurisdicional de políticas públicas como meio de realização dos direitos sociais	Dirley da Cunha Júnior, Ricardo Maurício F. Soares, George Sarmento Lins Júnior	02/10/2009
234	Edval Borges da Silva Segundo	Conteúdo e aplicabilidade do princípio do juiz natural	Edilton Meireles, Fredie Didier Júnior, Leonardo José C. da Cunha	08/10/2009
235	Matheus Barreto Gomes	Precedentes judiciais legitimação pelo procedimento	Edilton Meireles, Fredie Didier Júnior, Leonardo José C. da Cunha	08/10/2009
236	Marcos de Aguiar Villas Boas	<i>In dubio pro contribuinte</i>	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Saulo José Casali Bahia, Eurico de Santi	09/10/2009
237	Fábio Roque da Silva Araújo	O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal	Alessandra Rapassi M. Prado, Maria Auxiliadora Minahim, Érika Mendes de Carvalho	28/10/2009
238	Fernanda Ravazzano Azevedo Lopes	O conceito não revelado e as funções não declaradas da ressociação: a resposta garantista à manipulação da linguagem	Alessandra Rapassi M. Prado, Maria Auxiliadora Minahim, Érika Mendes de Carvalho	28/10/2009
239	Claúdio Azevedo da Cruz Oliveira	Integração Sul-Americana (entre a efetivação dos direitos humanos e a construção de uma dinâmica comunitária)	Nelson Cerqueira, Saulo José Casali Bahia, André de Carvalho Ramos	14/11/2009
240	Ana Thereza Meireles Araújo	A delimitação dogmática do conceito de homem como sujeito de direito no regramento jurídico brasileiro	Rodolfo Pamplona Filho, Washington Luiz da Trindade, Maria Lígia Coelho Mathias	24/11/2009
241	Tagore Trajano de Almeida Silva	Animais em juízo	Heron José de S. Gordilho, Mônica Neves Aguiar da Silva, Fábio Correa S. de Oliveira	30/11/2009

TESES DE DOUTORADO DEFENDIDAS

Nº	DOCTORANDO	TESE	BANCA EXAMINADORA (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
01	Flávia Moreira Guimarães Pessoa	Efetividade dos Direitos Fundamentais e o Trabalhador Autônomo Economicamente Dependente: uma Proposta de Tratamento Jurídico	Rodolfo Mário Pamplona Filho, Saulo José Casali Bahia, Luiz de Pinho Pedreira da Silva, Edivaldo Boaventura, Carlos Henrique Bezerra Leite	04/04/2008
02	Ricardo Maurício Freire Soares	O discurso Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Proposta de Concretização do Direito Justo no Pós-Positivismo Brasileiro	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Dirley da Cunha Júnior, George Sarmento Lins Júnior, Fernando Dantas	23/08/2008
03	Johnson Barbosa Nogueira	Limitações Dogmáticas das Prestações Pecuniárias Devidas pelos Administrados em Razão de Serviços Públicos	Paulo Roberto L. Pimenta, Sacha Calmon N. Coelho, Souto Maior Borges, Washington Luiz da Trindade, Edvaldo Pereira de Brito	20/10/2008
04	Sebastian Borges de Albuquerque Mello	O Conceito Material de Culpabilidade – O Fundamento da Imposição da Pena a um Indivíduo Concreto em Face da Dignidade da Pessoa Humana	Maria Auxiliadora Minahim, Cláudio Roberto Brandão, Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho, Alessandra M. Prado.	22/10/2008
05	Marco Aurélio de Castro Júnior	Cidadania Robótica Personalidade Jurídica do Robô	Rodolfo M.V. Pamplona Filho, Saulo Casali Bahia, Heron José de Santana Gordilho, Aires José Rover, Luiz A. Magalhães Pontes	24/4/2009
06	Deraldo Dias de Moraes Neto	A questão da efetividade das políticas Públicas (extrafiscalidade de tributos e, cobrança da água na preservação dos recursos, hídricos no Estado, Democrático de Direito	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Heron José de Santana Gordilho, Dirley da Cunha Júnior, João B. Leopoldino da Fonseca, Raimundo Juliano Feitosa	30/04/2009
07	Maria Elisa Villas-Bôas Pinheiro de Lemos	Alocação de recursos em saúde: quando a realidade e os direitos fundamentais se chocam	Maria Auxiliadora Minahim, Mônica Neves Aguiar da Silva, Rodolfo M. V. Pamplona Filho, George Sarmento Lins Júnior, Paulo Antonio Carvalho Fortes	18/12/2009

**REGRAS PARA PUBLICAÇÃO DE ARTIGOS
NA REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL
DA BAHIA – UFBA**

1. O trabalho encaminhado para publicação na Revista do Programa de Pós-Graduação de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA deverá ser inédito. Uma vez publicado, considera-se licenciado para a Revista PPGD, podendo tão somente ser publicado em outros lugares, após autorização prévia e expressa do Editor da Revista, citada a publicação original como fonte.
2. O trabalho pode ser enviado pelo correio eletrônico, para os endereços ppgd_ufba@yahoo.com.br ou fredie@terra.com.br (no “Assunto”, fazer referência à Revista), ou por via postal, em arquivo gravado em CD, obrigatoriamente acompanhado de via impressa para a Faculdade de Direito – UFBA, Rua da Paz, s/nº, Graça, Salvador/BA (CEP 40.150-140) em atenção ao Conselho Editorial da Revista PPGD/UFBA.
3. O trabalho deverá ter até 30 laudas. Como fonte, usar o Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm . O tamanho do papel deve ser A4.
4. O trabalho deverá ser precedido por uma folha na qual constarão: o título do trabalho, o nome e qualificação do autor (ou autores), endereço para correspondência, telefone, fax e e-mail, e autorização de publicação.
5. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2000 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT): sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição (a partir da segunda); ponto; local; dois pontos; editora (não usar a palavra editora); vírgula; ano da publicação; ponto.
6. Os trabalhos deverão ser precedidos por um breve Resumo (10 linhas no máximo), em português e em inglês, e de um Sumário.
7. Deverão ser destacadas as palavras-chave (em português e em inglês).

8. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de itálico. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico.
9. Como contrapartida pela licença de publicação dos trabalhos na Revista, o colaborador receberá 01 (um) exemplar do periódico em cujo número seu trabalho tenha sido publicado, não sendo prestada remuneração autoral.
10. O trabalho para publicação será selecionado pelo Editor da Revista. Após essa primeira seleção, o trabalho será submetido a uma dupla avaliação cega, feita por avaliadores externos avulsos. Os trabalhos não aprovados serão devolvidos aos seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.
11. O trabalho apresentado pelos professores e alunos do PPGD-UFBA deve estar relacionado ao grupo de pesquisa de que fazem parte. A relação entre o trabalho e o respectivo grupo de pesquisa deve ser referida em nota de rodapé, logo no início do texto.
12. O trabalho deve estar inserido em uma das linhas de pesquisa do PPGD-UFBA: a) Constituição, Estado e direitos fundamentais; b) Teoria do Processo e tutela dos direitos; c) Limites do discurso jurídico; d) Fundamentos do direito privado; e) Aspectos jurídicos da Bioética; f) Relações de trabalho na contemporaneidade.