

#3

Coordenação



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
ESTADO DO PARANÁ

Revista Judiciária do Paraná



Revista Judiciária do Paraná
Ano - 07 - Número 3
Curitiba - Paraná
Novembro - 2011

Revista Judiciária do Paraná

Praça Nossa Senhora da Salete
Palácio da Justiça - 9º Andar
Centro Cívico - Curitiba - Paraná
CEP 80530-912 - Fone: 41 3017-1620

Conselho Editorial

Albino de Brito Freire
Anita Zippin
Cláudia Lima Marques
Clèmerson Merlin Clève
Fernando Antonio Prazeres
Joatan Marcos de Carvalho
José Wanderlei Rezende
Laurentino Gomes
Luiz Edson Fachin
Luiz Fernando Tomasi Keppen
Mario Frota
Tereza Arruda Alvin Wambier

Conselho Executivo**Presidente**

Gil Francisco de Paula Xavier Fernandes Guerra

Diretor da Revista

Joatan Marcos de Carvalho

Membros

Denise Krüger Pereira
Evandro Portugal
Rosana Andriguetto de Carvalho

Capa

Marcos Medeiros

Bruna Zonatto

Site e Versão Eletrônica

Caetano de Souza Lima

Revisão Final

Rosana Andriguetto de Carvalho

Joatan Marcos de Carvalho

Diagramação e Montagem

Celso Valério Szymanski

Edição e Veiculação

Luiz Fernando Mello - Plural Editora

orcamento@pluralnegocios.com.br

Distribuição

AMAPAR - Associação dos Magistrados do Paraná

ABRAPP - Assoc. Bras. das Entidades Fechadas da Prev. Complementar

Impressão e Acabamento

DIOP - Imprensa Oficial do Estado do Paraná

Revista Judiciária do Paraná /

Associação dos Magistrados do Paraná

AMAPAR. Ano 1, n.1, jan. 2006

Curitiba: AMAPAR, 2006-Semestral.

v.3, n.3, nov. 2011

1 Direito 2 Paraná | Associação dos Magistrados do Paraná

Sumário

1 - Apresentação.....	7
-----------------------	---

Doutrina

2 - Vedação do Julgamento Por Equidade: Uma Contradição em Termos Jorge de Oliveira Vargas.....	11
3 - Reflexões Sobre Risco e Hiperconsumo Luiz Edson Fachin.....	15
4 - Fundos de Pensão e Gerenciamento Dos Riscos Jurídicos Adacir Reis.....	31
5 - El Principio de Primacía Del Derecho Del MERCOSUR en Las Tres Primeras Opiniones Consultivas Del Tribunal Permanente de Revisión (primera parte) Alejandro Daniel Perotti.....	33
6 - Justiça Supranacional ou Transnacional José Sebastião Fagundes Cunha.....	57
7 - Súmula Vinculante: Figura do Common Law? Teresa Arruda Alvim Wambier.....	91
8 - A Mitigação do Processo Civil no Direito de Família Denise Damo Comel.....	111
9 - Medidas Provisórias: - Mutação da Constituição? Clèmerson Merlin Clève.....	115
10 - Democracia, Sigilo, Direitos Fundamentais e o Princípio do Inquérito Parlamentar Eficaz Yuri Carajescov.....	121
11 - Honorários Advocatícios da Denúnciação da Lide José Laurindo de Souza Netto.....	141

12 - A Normalização da Delimitação Marítima Internacional na Convenção de Montego Bay de 1982 e a Jurisprudência da Corte Internacional de Justiça Eduardo Biacchi Gomes Silvana Przybyzeski.....	159
13 - Vara de Família - Formalismo Excessivo em Prejuízo ao Direito Material Jefferson Alberto Johnsson.....	183
14 - Considerações Gerais Sobre Alguns Artigos do Novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Paraná, Relativos ao Funcionamento da Justiça e de Seus Integrantes Accácio Cambi.....	191
15 - A Segurança Dos Interessados na Aquisição de Bens em Alienações Pela Via Judicial Jurandyr Souza Jr.....	199
16 - O Procedimentalismo de John Hart Ely Frente à Realidade Constitucional Brasileira Jederson Suzin.....	205
17 - Por Uma Releitura da Gratuidade da Justiça Gustavo Tinôco de Almeida.....	221
18 - Sistemas Agroindustriais e Contratos de Integração Vertical Renato M. Buranello.....	235
19 - A Violação ao Direito Fundamental Constitucional do Sigilo da Comunicação Telefônica Por Decisão Judicial Sem a Devida Fundamentação e o Dever do Estado em Reparar os Danos Daí Originados Fernando Antônio Prazeres.....	255

Dicas de Linguagem

20 - Algumas Anotações Sobre o Último Acordo Ortográfico Albino de Brito Freire.....	267
---	-----

Apresentação

A Revista Judiciária do Paraná chega ao seu **terceiro número** e a quarta edição já está em processamento. A Revista começa a ter uma continuidade, própria das publicações permanentes. Recebemos artigos interessantes, que não farão parte deste número, por terem sido recebidos após o fechamento desta edição, mas que certamente farão parte do nosso próximo número.

Relançar uma revista, especialmente, neste caso, uma revista jurídica, não é tarefa das mais fáceis, e manter a continuidade das publicações, sua periodicidade e qualidade é um desafio ainda maior.

Certamente não se faz uma revista com um pequeno grupo de pessoas dedicadas. Para que as revistas se façam é preciso que exista a ambiência que as abrigue e que exista uma demanda real, tanto no que se refere ao espaço de veiculação - no caso, jurídico-literário, quanto ao que se refere aos leitores efetivos.

Cremos que, a despeito das dificuldades modernas que possam enfrentar as revistas convencionais, a Revista Judiciária do Paraná tem demonstrado, em todos os aspectos, a relevância de sua publicação.

É bem verdade que estamos, rapidamente, ‘virando a página’ das publicações em meios físicos. Os processos judiciais em pouco tempo se tornarão integralmente eletrônicos e as publicações jurídicas, em geral, não haverão de ter outro destino.

Ao que parece, estamos vivendo um momento de transição, ou seja, deixando de publicar em meio físico e passando a publicar em meio eletrônico; entretanto, para que não haja uma brusca solução de continuidade, é preciso que os dois meios convivam, até que o meio eletrônico se afirme majoritariamente superior em sua efetividade.

Atentos a esta realidade, já estamos disponibilizando, no portal da AMAPAR, a Revista Judiciária do Paraná em meio eletrônico, assim como outros artigos avulsos. Naturalmente será necessário melhorar o projeto gráfico da edição digital, para que a leitura nesse meio seja cada vez melhor e mais agradável.

As dificuldades tem sido as usuais e esperadas em uma empreitada dessa ordem; entretanto, o apoio recebido da Presidência do TJPR, da EMAP, do Conselho Diretor, do Conselho Editorial, dos Autores, dos Colaboradores, dos Diagramadores, dos Patrocinadores, dos Funcionários da AMAPAR e da Imprensa Oficial, tem sido fundamental para que tenhamos feito significativos avanços e vislumbrado uma perspectiva de progressivo aperfeiçoamento e consolidação.

Dirigir a Revista Judiciária do Paraná tem sido uma tarefa gratificante e honrosa e nos propiciado um grande aprendizado, além de enriquecedora convivência com estas pessoas maravilhosas que são, na verdade e em essência, a Revista Judiciária do Paraná.

Curitiba, 30 de novembro de 2011

Joatan Marcos de Carvalho

Diretor da RJPR

Gil F. de P. X. F. Gerra

Presidente da AMAPAR

DOCTRINA

Vedação do Julgamento Por Equidade: Uma Contradição em Termos

Jorge de Oliveira Vargas

Desembargador do Tribunal de Justiça do

Estado do Paraná; professor universitário.

Sempre me impressionou o contido na segunda parte do art. 126 e no 127 do Código de Processo Civil. Aquela diz: “No julgamento da lide caber-lhe-á [ao juiz] aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito”, enquanto este dispõe: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

Entendo que essas regras processuais não foram recepcionadas pela Constituição principiológica de 1988, primeiro, porque inaugura ou reinaugura entre nós o pós-positivismo, realçando a função do Poder Judiciário de guardião da Constituição, quebrando novamente, uma vez que essa quebra já ocorreu com a Constituição de 1891, a sua subordinação ao Poder Legislativo, pois lhe cabe controlar a constitucionalidade das leis, dando-lhes ou negando-lhes a chamada “segunda sanção”, pois a primeira pode ser afastada em caso do reconhecimento da inconstitucionalidade das mesmas; e segundo porque acolheu a cláusula do devido processo legal substantivo que atribui do Poder Judiciário a função de examinar o mérito da lei, afastando os excessos.

Pela principiologia constitucional é possível afastar-se as regras jurídicas para a justa solução de determinados casos, principalmente quando estamos frente a leis que são resultado de *lobby*.

A Constituição Política do Império (1824) já dispunha no título que trata das garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, em seu art. 179-2º), que “nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública”, o que pode ser considerado como a origem do Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, então denominado de “Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro”, hoje “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro”, (redação dada pela Lei 12.376, de 2010), que em seu art. 5º dispõe: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Esse dispositivo permite a nós, juízes brasileiros, a interpretação corretiva da lei para que seja atendida sua finalidade social e a exigência do bem comum, e

o que é isso senão o julgamento por equidade?

O julgamento por equidade é uma correção da lei quando esta é deficiente; é a correção da justiça legal, dizia Aristóteles em “Ética a Nicômaco”.

Não se pode mais falar em justa composição da lide quando se aplica a lei só porque ela obedeceu ao devido processo legal legislativo. A justa composição da lide só ocorrerá quando a prestação jurisdicional levar em consideração também os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da vedação do excesso, enfim, da equidade. Aliás, o projeto do novo Código de Processo Civil, em seu art. 6º já prevê que: “Ao aplicar a lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência”.

A Constituição de Portugal, que pode ser considerada como nossa constituição “irmã”, ao tratar, em seu art. 20º-4, do acesso ao Direito e tutela jurisdicional efetiva, diz: “Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante **processo equitativo**.”

Todavia, o citado projeto volta a cometer o mesmo erro do atual Código de Processo Civil, pois em seu art. 109 repete o que diz o art. 127 atual, ou seja, de que o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Fazendo uma crítica a esse dispositivo, leciona Luiz Guilherme Marinoni *in O Projeto do CPC*, pp. 71/72 que esse dispositivo está em aberta contradição com o art. 6º:

Ora, se o juiz tem o dever de aplicar as normas jurídicas com razoabilidade – e uma das possíveis significações da razoabilidade é justamente a da razoabilidade com equidade -, então de modo nenhum pode o art. 109 afirmar que “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.”

Para adiante concluir:

O art. 127 do Código vigente, de que o art. 109 é o sucedâneo, fazia sentido dentro de um Estado Legislativo, em que se separava o sistema de legalidade do sistema de equidade na aplicação das normas jurídicas. Não faz qualquer sentido, contudo, no Estado Constitucional, em que é natural ao ato de julgar, o julgar com equidade.

Portanto, pode-se concluir que a vedação do julgamento por equidade, em nosso sistema jurídico constitucional é uma contradição em termos.

Reflexões Sobre Risco e Hiperconsumo

Luiz Edson Fachin

Advogado, Doutor em Direito, Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, autor de diversas obras e artigos jurídicos.

SUMÁRIO¹: Introdução – 1. Do Consumo à Sociedade de Hiperconsumo: O Estabelecimento da Civilização do Desejo – 2. A Utopia da Democratização do Desejo: Verso e Anverso do Consumo na Hipermmodernidade – 3. Identidade, Consumo Ético e o “Vazio” das Sensações: Paradoxos que Compõem a Sociedade de Hiperconsumo – 4. Pénia, Super-Homem e Narciso: Figuras que traduzem a Fragilidade Humana – 5. Da Felicidade Paradoxal à Sociedade de Riscos: Síntese Conclusiva de uma Análise sob as Lentes da Responsabilidade Civil.

INTRODUÇÃO

Nossos dias traduzem imperativa necessidade de se refletir sobre *sociedade de risco* e *sociedade de consumo*. Acomodados nas poltronas da vida, os pacientes espectadores do dinamismo da sociedade, que em seu próprio tablado encena um espetáculo célere que, uma vez potencializado em sua essência, acaba por transmitir uma falsa ideia de compreensão para o seu público, assistem à peça, mas, em verdade, quicá estejam longe de verdadeiramente compreendê-la.

Da *Société du Spectacle* narrada por Debord, contempla-se uma *sociedade que encena seu próprio espetáculo*. Ainda que as lições de Beck indiquem a inafastável presença do prefixo pós na sociedade percebida a partir de 1980 (*pós-modernidade, pósindustrialismo, pós-individualismo*)², sua crescente aceleração acabou por arrotear as sementes de um novo prefixo, o “*hiper*”: evidencia-se, pois, em lugar da *pósmodernidade*, a *hipermodernidade*, que acabou por inundar o campo social e o moldou para ser também ator, e não apenas palco.

Assim, para a leitura do que se apresenta, faz-se possível a adoção (ou escolha) das lentes que auxiliarão na compreensão do que hoje aí está. Deste modo, é possível assistir ao espetáculo social por meio das lentes da *hipermodernidade*, compreendida como “(...) *uma sociedade liberal, caracterizada pelo movimento, pela fluidez, pela flexibilidade; indiferente como nunca antes se foi aos grandes princípios estruturantes da modernidade.*”³ Logo, por conta da sobredita escolha

1 O autor registra o agradecimento ao pesquisador acadêmico Rafael Corrêa pela contribuição com as pesquisas que consubstanciaram o presente estudo.

2 Ulrich Beck, *La Sociedad Del Riesgo. Hacia una Nueva Modernidad*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998. p. 15.

3 Gilles Lipovetsky, *Tempos Hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 26.

e sua consequente compreensão, não seria de todo acertado apartar as ponderações referentes à *hipermodernidade* da reflexão sobre a *sociedade de consumo e sociedade de risco*.

Um dos maiores contributos ao debate em cotejo é percebido nas ideias de Gilles Lipovetsky, cuja análise acerca da sociedade hodierna conduziu à constatação do novel e sobredito prefixo à modernidade ao debruçar-se necessariamente sobre a característica *consumista* do campo social. *Ersatz* do *consumo*, o *hiperconsumo* é a ambiência potencializada que serve de palco às relações sociais ao mesmo passo que *interfere* e *interage* com as mesmas. Por conta desta perspectiva é que as ponderações objetivadas por Lipovetsky em “*A Felicidade Paradoxal: Ensaio sobre a Sociedade de Hiperconsumo*” são imprescindíveis ao (re)pensar das características da *sociedade de consumo* bem como suas implicações na *sociedade de risco*.

É que a sociedade de *hiperconsumo*, fruto desses tempos *hipermodernos*, promoveu diversas alterações no comportamento e movimentação percebidos em seu interior. Mais do que nunca, pela sua intensidade e velocidade, na sociedade germina uma série de eventos que, dada tais características, subtraem-nos a verdadeira oportunidade de tentar *apreendê-los*. Assim, no espaço social da *hipermodernidade*, onde o consumo passou a significar *hiperconsumo*, os riscos bailam ao mesmo passo que os atores deste espetáculo encenam suas relações cotidianas, pelo fio condutor que perpassa, sem exclusões, por todos nós.

Nesta medida, pensar em *sociedade de riscos* por meio das mudanças havidas na senda social, encetadas pela *hipermodernidade*, importa o deslocamento de nossas lentes para outro ponto que nos permita observar a *responsabilidade civil* – e o próprio direito, vez que estaremos, portanto, a tratar de riscos e seus danos consecutórios – sob ângulo diverso.

Nunca os riscos estiveram tão disseminados por todas as ambiências sociais, e nunca a sociedade apresentou uma dinamicidade tão notória, às vezes real e simbólica, outras apenas ficcionais. Assim, é preciso que o direito, e suas desinências, também passem por uma ressignificação, sob pena de direcionar o olhar para um sítio onde a sociedade não mais se encontra. Encetar essa mirada será, pois, o mote da presente reflexão.

Para tanto, em um primeiro momento, faremos das ponderações de Lipovetsky o azimute que nos conduzirá nas trilhas que culminam na compreensão da alteração da *sociedade de consumo* para *sociedade de hiperconsumo*. Entrever este caminhar histórico e apreender o estabelecimento da chamada “civilização do desejo” será o objeto do tópico inicial deste estudo. Por conseguinte, apresentar-se-ão nos três tópicos subseqüentes os desdobramentos da propagação do consumo na

sociedade hipermoderna; a tríade paradoxal que caracteriza a *sociedade de hiperconsumo*; e os efeitos notórios desta perspectiva na senda social.

Unidos, estes quatro pontos cardeais servem-nos como substrato para as reflexões do quinto e conclusivo tópico, onde este novo espaço social ilustra-se como ambiência na qual os riscos trafegam e se movimentam. Assim, por meio de ponderações acerca da “socialização do risco” e “culpa social”, objetivar-se-á o fito precípua deste singelo estudo, que é, em linhas gerais, apontar a necessidade de se repensar o direito e a responsabilidade civil a partir da formatação social que hoje se percebe. O objetivo é singelo e restrito, como se demonstra, numa modesta revisão bibliográfica.

1. DO CONSUMO À SOCIEDADE DE HIPERCONSUMO: O ESTABELECIMENTO DA CIVILIZAÇÃO DO DESEJO.

A constatação da *hipermodernidade* e suas implicações na *sociedade de consumo* (que a informa, hoje, como *sociedade de hiperconsumo*) não exsurtem das conclusões do presente, pelo contrário: mostra-se como a resultante de todo um caminhar histórico, que se inicia no entreto transitório do século XIX ao século XX e ainda encontra-se em curso. Cuidar do desdobramento paradigmático da *sociedade de consumo* para o *hiperconsumo* e da descrição da verdadeira “civilização” que a permeia será o objetivo deste primeiro passo.

Seguindo esta linha histórica, Lipovetsky indica que o sobredito desdobramento paradigmático objetiva-se em “três fases distintas do capitalismo de consumo”: a formação da *sociedade de consumo* no principiar do século XX; sua transformação em sociedade de *consumo de massa* nos dois decênios que sucederam o fim da 2ª Guerra Mundial; e a potencialização abrupta desta última perspectiva, característica essencial da hodierna *sociedade de hiperconsumo* de nossos dias.⁴

A gênese da primeira fase é percebida já ao fim do século XIX e ao limiar do século XX: na era da *produção em massa*, onde a “organização científica do trabalho” alçou seus maiores efeitos é que se observam os primeiros sinais da *sociedade de consumo* propriamente dita. Esta produção em massa⁵ ensinou a primeira

4 Gilles Lipovetsky, *A Felicidade Paradoxal. Ensaio sobre a Sociedade de Hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 23.

5 Lipovetsky indica que já no princípio do século XX, com a elaboração de máquinas de fabricação contínua, elevou-se a velocidade e quantidade da produção com um custo mais baixo, isto em diversos tipos de produtos. Nos EUA, ao mesmo passo que a Ford passou a demorar apenas 1h33 para montar um chassi do modelo “Ford T” em 1910 e a fábrica Highland Park coloca mil carros à venda por dia, a Protector & Gamble fabricava 200 mil sabonetes no mesmo espaço de tempo. Assim, as técnicas de fabricação em massa permitiram a produção em série que, distribuída em escala nacional a pouco custo, traduziu um preço unitário muito baixo, permitindo um maior acesso por parte dos consumidores. (Gilles Lipovetsky, *A Felicidade Paradoxal*, cit., p. 27)

alteração na formatação das relações de consumo: com a excrecência da quantidade de bens duráveis e não duráveis colocados à venda, seu custo obviamente reduziu-se, possibilitando que uma parcela maior da sociedade obtivesse acesso a tais bens.

Com a produção em massa, os produtos antes vendidos a granel passaram a ser objetos de uma densa padronização, derivada da distribuição nacional. A partir de então, as *marcas* começam a ganhar força, intensificadas pelo crescente investimento em publicidade, que adicionaram novo tom às alterações na relação de consumo. Com isto, dão-se os toques iniciais na modelagem do consumidor moderno, que passa de fato a “escolher” - sem o intermédio da figura do comerciante, mas orientado pelo impacto publicitário das *marcas* - os produtos que vai adquirir: passa-se, então, a comprar uma *assinatura* em lugar de uma *coisa*.⁶

A primeira fase também é a ambiência que vê nascer um novo meio de se *promover* o consumo: a produção em larga escala foi seguida pelos primeiros sinais do *consumo em massa* com o surgimento dos “grandes magazines”, espaços que fizeram da produção um caminho para concretizar novas políticas de venda, sustentadas em preços baixos e fixos, que acabaram por inaugurar a *sedução do consumo*: as vitrines, a ambiência interna dos magazines e sua livre entrada passaram a ensinar a *necessidade de consumir*.

Artigos destinados apenas à fração mais rica da sociedade passam a ser, com a política de venda dos magazines e somada às “suas animações e ricas decorações”, artigos de *consumo em massa*. Se hodiernamente a *sociedade de hiperconsumo* dita sua marcha em uma utópica “democratização de desejos”, o ritmo fora definido há quase um século pelos magazines.⁷ *Produção em massa, marca e publicidade*: este é o tripé que sustenta, na concepção de Lipovetsky, a primeira era do capitalismo de consumo.

Os desdobramentos que exsurgem deste primeiro passo histórico são resultantes de uma *potencialização* das perspectivas percebidas na sobredita fase inicial. Todos os elementos nela percebidos se intensificam a ponto de engendrar uma “nova face” deste mesmo campo social: o palco recebe novo cenário, e os atores,

6 Gilles Lipovetsky, *A Felicidade Paradoxal*, cit., p. 29.

7 Eis a reflexão de Lipovetsky sobre o tema: “Estilo monumental dos magazines, decorações luxuosas, domos resplandecentes, vitrines de cor e de luz, tudo é montado para ofuscar a vista, metamorfosear o magazine em festa permanente, maravilhar o freguês, criar um clima *compulsivo e sensual* propício à compra. O grande magazine não vende apenas mercadorias, consagra-se a estimular a *necessidade de consumir*, a excitar o gosto pelas novidades por meio de estratégias de sedução que prefiguram as técnicas modernas do marketing. Impressionar a imaginação, despertar o desejo, apresentar a compra como um prazer, os grandes magazines foram, com a publicidade, os principais instrumentos da elevação do consumo a arte de viver e emblema da felicidade moderna.” (Gilles Lipovetsky, *A Felicidade Paradoxal*, cit., p. 31).

novos trajes. Este paradoxo acompanha todo o desenvolvimento da *sociedade de hiperconsumo*: apesar do impacto de uma aparente novidade, todo o conteúdo desta “nova” sociedade é uma densificação daquilo que já existia.

É nesta singra que se formata a segunda fase do capitalismo de consumo, que deflagra a estruturação da *sociedade de consumo de massa*, resultante da combinação da produção em série com a intensificação da distribuição em larga escala fomentada pelos magazines. A *sociedade de consumo de massa* consubstancia o modelo taylorianofordista de produção e a “democratização de desejos” deixa de ser apenas *causa* do consumo para travestir-se igualmente em *efeito*.⁸

A expansão econômica percebida nos EUA nos dois decênios que sucederam a 2ª Grande Guerra (posteriormente ilustrada com maior robustez também na Europa) foi acompanhada por uma espécie de “revolução comercial”: se na *sociedade de consumo* os magazines promoveram os primeiros passos da grande distribuição, na *sociedade de consumo de massa* o surgimento dos super e hipermercados, aliados à produção padronizada em maior escala e à manutenção da obsessão com as vendas a preços baixos foram os fatores que promoveram faticamente o acesso de diversos setores da sociedade ao consumo.

Facilitação do consumo e expansão econômica acabaram por traduzir, em perspectiva otimista, um aumento na qualidade de vida. Com isto, os lazeres e o conforto transformam-se em baluartes do desejo de uma “vida mais fácil”. A *sociedade de consumo de massa* passa a ser sinônimo de *sociedade de desejo*, onde o estandarte do bem-estar é alçado a níveis jamais vislumbrados.⁹ O desdobramento da *fase I* para a *fase II* traz igualmente a consubstanciação da mercantilização das necessidades cotidianas e uma espécie de programação dos modos de vida, na qual a publicidade encena papel de destaque ao orientar a esfera de tais necessidades, ao modular o consumidor e ao instigar-lhe, pela sedução, a decisão “do que” consumir: “*nesse jardim das delícias, o bem-estar tornou-se Deus, o consumo, seu*

8 Gilles Lipovetsky, *A Felicidade Paradoxal*, cit., p. 29. “Se a fase I começou a democratizar a compra dos bens duráveis, a fase II aperfeiçoou esse processo, pondo a disposição de todos, ou quase todos, os produtos emblemáticos da sociedade de afluência (...). A época vê o nível de consumo elevar-se, a estrutura de consumo modificar-se, a compra de bens duráveis espalhar-se em todos os meios. (...) Consumado o “*milagre do consumo*”, a fase II fez aparecer um poder de compra discricionário em camadas sociais cada vez mais vastas.”

9 Gilles Lipovetsky, *A Felicidade Paradoxal*, cit., p. 35. “Há algo na sociedade de consumo além da rápida elevação do nível de vida médio: a ambiência da estimulação dos desejos, a euforia publicitária, a imagem luxuriante das fêrias, a sexualização dos símbolos e dos corpos. Eis um tipo de sociedade que substitui a coerção pela sedução, o dever pelo hedonismo, a poupança pelo dispêndio, a solenidade pelo humor, o recalque pela liberação, as promessas do futuro pelo presente. A fase II se mostra como “sociedade de desejo”, achando-se toda a cotidianidade impregnada de imaginário de felicidade consumidora, de sonhos de praia, de ludismo erótico, de modas ostensivamente jovens.”

templo, o corpo, seu livro sagrado”.¹⁰

Esta é a ambiência que recepciona o desenvolvimento, a estabilização da civilização do desejo, que potencializa o *sentir*, a sublimação do presente em detrimento do futuro. Liberdade de corpos pela felicidade, liberdade de compra pelo aumento inimaginável de crédito, excesso em (quase) todos os ambientes: este é o cenário do espetáculo exibicionista da *sociedade de consumo de massa*.

Toda esta velocidade e dinamismo percebidos na sociedade e cultura de massas são as chaves dos portões que guarnecem a entrada da última fase do capitalismo de consumo, desdobramento derradeiro que comporta em si os moldes da *hipermodernidade*. Com a irrefreável celeridade do campo social nesta segunda fase, o consumo passa gradativamente por uma espécie de subjetivação, uma *potencialização intimizada* em face do consumidor: a *sociedade de hiperconsumo* nasce do *consumo emocional*, resultante de toda a experiência percebida nos descomedimentos do paradigma que o precedeu.

Não se pode olvidar que esta intimização do consumo vem informada pelo caráter de individualidade que caracteriza a *hipermodernidade*. Assim, a *sociedade de hiperconsumo* estimula, sim, o consumo emocional, mas estritamente conexo a um viés pessoal, próprio, para si, como espécie de *merecimento*. Não há razão para sobrestar o consumo em detrimento de outras prioridades: a satisfação pessoal, definida singularmente por cada indivíduo, é a meta dos dias *hipermodernos*.

Logo, se com a exaltação da felicidade privada consumia-se cada vez menos com vistas a asseverar certas feições de *status*, na era do hiperconsumo a estratificação da sociedade de consumo *pretende* ser cada vez mais transparente. É dizer: se o consumo anteriormente poderia ser concebido como forma de manifestação da corrida à posição social, na *sociedade de hiperconsumo* ele olvida totalmente a “rivalidade de *status* sociais”, relegando tal lógica ao segundo plano. *Consumo pela emoção e compensação das frustrações da vida*: esta é a sinopse do espetáculo individualista da *hipermodernidade* e sua sociedade de (hiper)consumo.¹¹

10 Gilles Lipovetsky, *A Felicidade Paradoxal*, cit., p. 153.

11 Gilles Lipovetsky, *A Felicidade Paradoxal*, cit., p. 38-42. “Exaltando os ideais de felicidade privada, os lazeres, a publicidade e as mídias favoreceram condutas de consumo menos sujeitas ao primado do julgamento do outro. Viver melhor, gozar os prazeres da vida, não se privar, ‘dispor do supérfluo’ apareceram cada vez mais como comportamentos legítimos, finalidades em si. O culto do bem-estar de massa celebrado pela fase II começou a minar a lógica dos dispêndios com vista à consideração social, a promover um modelo de consumo de tipo individualista. (...) O consumo ordena-se cada dia um pouco mais em função de fins, gostos e de critérios individuais. Eis chegada a época do *hiperconsumo*, fase III da mercantilização moderna das necessidades orquestrada por uma lógica desinstitucionalizada, subjetiva, emocional. (...) O consumo ‘para si’ suplantou o consumo ‘para o outro’, em sintonia com o irresistível movimento de individualização das expectativas, dos gostos e dos comportamentos.”

Esta mercantilização do que se sente e do que se busca sentir é o reflexo de um consumo cada vez mais desprovido de barreiras, de linhas limítrofes, sejam elas físicas ou ideológicas. Na era do “*consumo-mundo*”, mesmo aquilo que em aparência parece escapar da mercantilização, é apanhado e objetivado por este novo *ethos* consumista que, ao encorajar a busca pela satisfação, culmina também na realização de frustrações e de inúmeros paradoxos, incongruências estas que afetam a todos os atores e espectadores deste espetáculo.

2. A UTOPIA DA DEMOCRATIZAÇÃO DO DESEJO: VERSO E ANVERSO DO CONSUMO NA HIPERMODERNIDADE.

Na *sociedade de hiperconsumo* torna-se evidente a permeabilidade da mercantilização em todas as ambiências da vida social e individual. Os lazeres e as perspectivas hedonistas consubstanciam a mola propulsora deste novo modo de consumir, cada vez mais desligado da representação para o outro para ligar-se de modo potencializado à si mesmo. Em verdade, a centralização dos lazeres na *sociedade de hiperconsumo* representa a pedra fundamental para a compreensão de sua estruturação e seus efeitos.

A subjetivação do consumo nada mais é que uma feérica busca pela concretização de experiências ainda desconhecidas. A novidade é o combustível do *hiperconsumidor*, é com ela que este novo “*homo consumericus*” tentará renovar, de modo cíclico e incessante, o *agora*.

De inúmeras maneiras, sensações diversas e inéditas são pretendidas na captação do extraordinário, do inesperado. O crescimento do turismo temático, fruto da potencialização de um dos lazeres mais comuns (as “*férias*”), calcado em ambiências e cenários exóticos e programados comprova essa necessidade pelo gozo do novo, daquilo que ainda não se conhece.¹² É como se a plateia de um cinema, abalroada e estafada pelo tédio comum aos espectadores, transmigrasse para a tela e passasse a encenar, com o corpo e a alma, os *takes* do filme assistido. A sociedade agrilhoadada pelo espetáculo, incapaz de exprimir mais que “um desejo de dormir”¹³, agora “liberta-se” para ser e *sentir* o espetáculo que viu desenvolver ao longo da linha da história.

Este “consumo-experiencial”, mais caracterizado pelas viagens, vem acompanhado da chamada “*compra-prazer*”, esteada pela mesma lógica declinada nas linhas que a esta precedem. Impulsionado pelo merecimento emplacado a si pelo papel da publicidade na *hipermodernidade*, o *hiperconsumidor* tenda afogar o tédio com a

¹² Gilles Lipovetsky, *A Felicidade Paradoxal*, cit., p. 64.

¹³ Guy Debord, *La Société du Spectacle*, Paris: Champ Libre, 1971, p. 15-16.

aquisição de algo novo, que não possui. É assim que a “compra-prazer” desdobra-se caprichosamente também em “compra-compensação”¹⁴; não é apenas o tédio que, por vezes, o *hiperconsumidor* busca suplantar, mas também a frustração que os “*tempos hipermodernos*”, individualista por excelência, inscreve no âmago de cada sujeito.

Se na *sociedade de consumo*, que assistiu e aplaudiu o surgimento da marca, o *consumidor* comprava uma assinatura ao invés de uma coisa, na *sociedade de hiperconsumo*, palco e atriz de um espetáculo paradoxal, o *hiperconsumidor* compra sensações e experiências de vida, que se traduzem nessa incessante necessidade de se intensificar o presente. O consumo emocional da *fase III* visa *afastar* o envelhecimento daquilo que se sente; em outras palavras, pelo consumo (emocional e experiencial), quer-se o renascer, que não olvida nem tempo, nem espaço: tudo se agasalha neste *ethos* consumista da *hipermodernidade*.¹⁵

Se o modo de consumir se alterou, por igual modificaram-se os meios de prover este consumo. Assim, se nas duas primeiras etapas o que se viu foi o destaque de uma produção em massa, padronizada para uma distribuição igualmente ampla, a *sociedade de hiperconsumo* vai se caracterizar como o tempo da personalização, do auto-serviço e dos produtos *à la carte*. Cada vez mais ao *hiperconsumidor* é permitido escolher e definir como será o objeto de consumo, causando a chamada “despersonalização da relação comercial” encetada nos grandes magazines.¹⁶

Consumo-prazer, consumo-experiência, consumo-compensação: eis os elementos estruturantes do consumo emocional, pilar essencial da *sociedade de hiperconsumo*, desdobramento derradeiro do capitalismo de consumo em nossos dias.

3. IDENTIDADE, CONSUMO ÉTICO E O “VAZIO” DAS SENSACÕES: PARADOXOS QUE COMPÕEM A SOCIEDADE DE HIPERCONSUMO.

Consoante aquilo que já fora afirmado, a *sociedade de hiperconsumo* noticiada por Lipovetsky caracteriza-se como uma ambiência repleta de paradoxos

14 Gilles Lipovetsky, *A Felicidade Paradoxal*, cit., p. 68.

15 Gilles Lipovetsky, *A Felicidade Paradoxal*, cit., p. 70. “O modelo do neoconsumidor não é o indivíduo manipulado e hipnotizado, mas o indivíduo móvel, o indivíduo-órbita zapeando as coisas na esperança muitas vezes frustrada, de zapear a própria vida. Por aí se vê que o consumo mantém relações íntimas com a questão do tempo existencial. Em uma época de consumo emocional, o importante já não tanto o acumular coisas quanto intensificar o presente vivido. Ávido de maior bem-estar e de sensações renovadas, o consumidor III é antes de tudo aterrorizado pelo envelhecimento do já sentido, procura menos ocultar a morte que lutar contra os tempos mortos da vida. As viagens, segundo o ditado, formam a juventude: o hiperconsumo, este tem a seu cargo rejuvenescer incessantemente o vivido pela animação de si e por experiências novas; é um hedonismo dos começos perpétuos que alimenta o frenesi das compras.”

16 Gilles Lipovetsky, *A Felicidade Paradoxal*, cit., p. 102.

cobertos por distintas roupagens. Esta é, pois, a leitura do presente tópico: entrever brevemente três paradoxos que auxiliam o encenar do espetáculo da *sociedade de hiperconsumo*.

Na sobredita intensificação do presente, característica do temor que o *hiperconsumidor* sente pelo “envelhecimento das sensações”, o consumo traduz, principalmente para os mais jovens, a construção de uma identidade.¹⁷ Na paradoxal dissolução das diferenciações sociais de consumo da *hipermodernidade* é que as marcas encontram o nicho para a sua atividade na *fase III*: nas incertezas de nossos dias, grande parte da juventude aplaca sua *ansiedade* na única diferenciação que as marcas ainda oferecem: a (falsa) diferença de estilos aptos a traduzir distintos traços de personalidade.

Assim, na atualidade da pretensão de democratização do consumo, o uso das marcas constitui um modo de *diferenciação*. Na *sociedade de hiperconsumo* aumenta por igual a necessidade que o sujeito sente em destacar-se, em ser notado no meio de muitos. Os “estilos de vida” oferecidos pelas marcas através da publicidade são, para muitos, o modo paradoxal de, em uma rotina cada vez mais individualista, se concretizar uma identidade que represente significados mais para os outros que para si próprio.

Outro tópico paradoxal relevante constitui-se na permeabilidade desta busca hedonista-individual do consumo *hipermoderno* ao “consumo ético” manifestado em certos grupos sociais. Apesar da busca frenética pelas sensações e experiências, parte da “civilização do desejo”, como remarca Lipovetsky, mostra-se inclinada a um dispêndio maior em nome de um “consumo consciente”¹⁸, preocupado com seus efeitos. Em verdade, este *consumo ético* engendra sinais de que o *hiperconsumidor* começa a despertar para a gama de consequências que sua incessante busca por sensações pode ocasionar.

Porém, um paradoxo que não pode ser relevado reside no fato de que, ao lado daqueles que priorizam a busca de novas sensações e experiências para gozo próprio, existem também aqueles que apenas experimentam o vazio deixado pelo dissabor da impossibilidade de alcançar os prazeres do consumo. A *sociedade de hiperconsumo* pode ser resumida, sem o risco de exageros, à experiência paradoxal da excrescência da mercantilização das necessidades e seu adimplemento em contraste com a privação de elementos básicos ao desenvolvimento humano.

17 Gilles Lipovetsky, *A Felicidade Paradoxal*, cit., p. 50.

18 Gilles Lipovetsky, *A Felicidade Paradoxal*, cit., p. 132. Curiosamente é nesta senda que a diferenciação social, renegada pela *sociedade de hiperconsumo* retorna paradoxalmente, haja vista que apenas os consumidores mais abastados mostram-se aptos a arcar com os custos do “consumo consciente”.

Democratizou-se o desejo, polinizado em toda sociedade. Entretanto, o consumo de fato (meio para aplacar este desejo) ainda é privilégio de poucos.

Pelos caminhos de pedra da *hipermodernidade*, trilham lado a lado as pessoas, de mãos *atadas* em lugar das mãos *dadas*.

4. PÉNIA, SUPER-HOMEM E NARCISO: FIGURAS QUE TRADUZEM A FRAGILIDADE HUMANA.

Ao plasmar a incongruência paradoxal que alicerça a estrutura da *sociedade de hiperconsumo*, é chegado o momento de deitar as lentes sobre as linhas mais preocupantes do roteiro de seu espetáculo: os efeitos que os moldes do *consumo emocional* fazem encetar no dia a dia de nossas relações pessoais.

Em dado momento de sua reflexão, Lipovetsky cita cinco paradigmas distintos que visam ilustrar a gama de implicações deflagrada no campo social *pelo hiperconsumo*. A cada uma delas, o pensador francês associou uma figura mítica ou lúdica que, a partir de sua imagem, traduz a essência de cada tipo de efeito.

Deste modo, perfilam-se *Pénia* (que representa a decepção e frustração ensejadas pela *sociedade de hiperconsumo*); Dionísio (tradução inquestionável da potencialização do prazer e das sensações); *Super-Homem* (ilustração da necessidade de cada indivíduo em superar-se cotidianamente para se destacar); *Nêmesis* (degrau maior da futilidade, onde é possível perceber a inveja que marca a gama de sentimento dos atores da era de *hiperconsumo*) e, finalmente, *Narciso* (maestro da orquestra *hipermoderna*, cuja batuta é o símbolo máximo do individualismo). Sendo assim, nos ocuparemos da primeira, terceira e última figuras para construir, através dos efeitos que cada uma simboliza, o ambiente para a reflexão sobre *sociedade de consumo* e *sociedade de risco* que concluem este estudo.

Exclusão, consumo e individualização são fatores referenciais na análise dos desdobramentos de efeitos da cultura do *hiperconsumo*. Em concomitância àqueles que não obsedam sua ânsia e desejo pelo novo, estão aqueles cuja vontade de *ser* e *ter* não fora saciada. No campo social brasileiro, *Pénia* ainda é o totem daqueles que, na corrida do consumo, são excluídos pela indiferença da característica ontológica individualista de nossos dias.

Na coxia posta ao entorno de seu próprio estrado, a sociedade dita o desenvolvimento do papel dos excluídos: em uma dança irrefreável, a vontade de *tomar* sacia o desejo daquilo que não se pode *consumir*; se algo se põe como óbice a este ato de *tomar*, o espetáculo inspira ares mais trágicos e, pela violência, o tom vermelho das cortinas que deveriam ser vistas apenas ao seu fim são antecipadas na

forma de uma desditosa surpresa aos espectadores. Não por menos, a *fase III*, como pontifica Lipovetsky, é um teatro violento que apresenta cada vez menos limites.¹⁹ A *sociedade de hiperconsumo*, unidimensional em todos os seus ambientes que almejam a pluralidade, cede espaço à irracionalidade no paradoxo da satisfação de necessidades.²⁰

Diversos pilares que antes formatavam de modo pétreo a sociedade também recebem o impacto das significantes *hipermodernas*. A individualização alcançou, também, as relações familiares, obsedando gradativamente a comunicação do afeto entre as pessoas. Cada vez mais, no meio da espiral de decepções, assistimos a formação de *famílias de um só sujeito*.²¹

É justamente no insulamento dos indivíduos que se percebe o malogro dos tempos *hipermodernos*. No cotidiano do individualismo, cada vez mais as pessoas são arremessadas, sem freios ou proteção, *a si mesmas*. Na dificuldade de relacionar-se consigo e na crescente impossibilidade de se relacionar verdadeiramente com o outro, o impulso pelo consumo revela uma perniciosa gama de frustrações. O alvo destes efeitos negativos, todavia, não é o sujeito enquanto consumidor, mas enquanto pessoa: despem-se os trajes do *hiperconsumo* para que, na nudez da alma, o homem *hipermoderno* sinta a angústia de *existir*.²²

É esta angústia a fonte perene da força antes heróica do *Super-Homem* desenhado por Lipovetsky. A *sociedade de hiperconsumo* não é apenas espaço onde o *consumo emocional* contrasta com ausência de consumo dos excluídos, mas também é cenário onde superatividade e operacionalidade vêm a traduzir uma época de obsessão pelo desempenho de sucesso na vida profissional e social. Em tempos onde o fracasso possui um impacto potencializado, o *Super-Homem* é o símbolo da cobrança que recai sobre os ombros dos atores da *hipermodernidade*.

Acumular atividades, não desperdiçar tempo, afastar a frustração do fracasso e almejar sempre a superação: estes são os tópicos cardeais de um roteiro *da sociedade de hiperconsumo* que encena e atua em um teatro de competitividade por vezes desleal entre vencedores e vencidos.²³

19 Gilles Lipovetsky, *A Felicidade Paradoxal*, cit., p. 196.

20 Herbert Marcuse, *A Ideologia da Sociedade Industrial: O Homem Unidimensional*, Rio de Janeiro: Zahar, 1973, p. 227. Figura emblemática das reflexões sobre a sociedade, o pensamento de Marcuse mantém-se atual na realidade hodierna da *sociedade de hiperconsumo*, onde, por diversas circunstâncias, o irracional toma de assalto o espaço daquilo que poderia constituir-se racionalmente: “A *sociedade unidimensional em desenvolvimento altera a relação entre o racional e o irracional. Contrastado com os aspectos fantásticos e insanos de sua irracionalidade, o reino do irracional se torna o lar do realmente racional, das idéias que podem promover a arte da vida.*”

21 Gilles Lipovetsky, *A Felicidade Paradoxal*, cit., p. 170.

22 Gilles Lipovetsky, *A Felicidade Paradoxal*, cit., p. 171.

23 Gilles Lipovetsky, *A Felicidade Paradoxal*, cit., p. 279.

Neste movimento cíclico, dinâmico e disforme da *sociedade de hiperconsumo*, *Narciso*, estandarte maior do individual e da felicidade privada, exsurge com ar de imponência comum àqueles que, sem saber, trafegam ao fracasso. Se analisado com a devida atenção, *Narciso* pode ser concebido como a junção, como a fraternidade das características das figuras encasteladas nas muralhas da *hipermodernidade*. “*Frankenstein*” de nosso tempo, *Narciso* e sua individualidade em maximização representam a síntese de uma época na qual “(...) o hedonismo contemporâneo se conjuga com a ansiedade e violência no relacionamento social, dando origem a um verdadeiro punhal de decepção”.²⁴

Esta decepção atesta um fato que, em meio à busca do prazer, da modulação do significado das sensações, parece ter sido momentaneamente esquecido: a *fragilidade* é a maior característica que faz delinear a feição do homem. Na *sociedade de hiperconsumo*, potencialização da sociedade de consumo tanto debatida e corretamente denunciada, segue-se por um caminho que, a cada três passos dados adiante, um passo é dado para trás. Paradoxo de satisfações materiais, intensificação e renovação do presente, busca pelo prazer: nada disso fez abrir para nós as janelas da alacridade da vida. No teatro da atualidade, a sociedade desprega-se das tábuas de seu palco para, com seus atores, encenar um espetáculo que, dada a sua *celeridade*, chega a beirar o *anacronismo*.

Diante disto, é possível perceber que, de modo lógico, os *paradoxos da felicidade* propostos pela sociedade de consumo hodierna se misturam à *socialização dos riscos*: não se pode olvidar que a tela social em sua atual moldura gerou aquilo que se tem por *responsabilidade sem culpa*, sendo o risco disseminado na senda social. E é sobre estas perspectivas que se consolidarão as derradeiras reflexões do presente estudo.

5. DA FELICIDADE PARADOXAL À SOCIEDADE DE RISCOS: SÍNTESE CONCLUSIVA DE UMA ANÁLISE SOB AS LENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL.

O conteúdo que, à luz dos autores e ideias respectivas, visitadas e sumariadas, antecede esta análise derradeira objetiva-se na constatação de que a sociedade, como um todo, encontra-se em densa e constante modificação. Em verdade, a indicação insculpida nas linhas que principiam este estudo, de que somos testemunhas contemporâneas de uma alteração de prefixo que atesta a *hipermodernidade* em

²⁴ Gilles Lipovetsky, *A Sociedade da Decepção*. Barueri: Manole, 2007. p. vii.

lugar da *pós-modernidade* e onde se concretiza, por igual, a *sociedade de hiperconsumo*, nada mais é que uma maneira de vislumbrar, de *ler* as alterações ocorridas na senda social.

É desta maneira que nos damos conta, por exemplo, que toda a movimentação da atualidade enceta um quadro de severa gravidade, noticiante de um “universo de eventos” que, à beira da incompreensão, sugere estar apartado de qualquer possibilidade de controle.²⁵ Enfim, esta constatação implica, para a ótica jurídica, a compreensão de que o direito precisa ressignificar-se em face de toda esta gama de informações e demandas deflagradas pelas céleres mudanças do corpo social.

Os efeitos da sociedade de *hiperconsumo*²⁶ - sem olvidar da exclusão social na realidade brasileira – fazem exsurgir a ideia de que, além de tais características, a sociedade seria também, em perspectiva atual, caracterizada pelos riscos que trafegam em seu interior. Esta perspectiva traduz-se no fato inolvidável de que, na imprevisibilidade de comportamentos do palco da *hipermodernidade*, a sociedade observa e participa da disseminação dos riscos em seu próprio corpo. No seu avanço, expansão e paradoxal dinamismo individual, a *sociedade de hiperconsumo* é também uma *sociedade reflexiva*, que a torna, para si mesma, uma problemática, um tópico a ser discutido.²⁷

É justamente neste viés reflexivo que a ideia da sociedade concebida como atriz em seu próprio palco encontra suas raízes justificantes. Uma vez *reflexiva*, a própria sociedade interage com os sujeitos que nela trafegam (os *atores* sociais, portanto), transmutando-se em *causa e efeito*; em *questionamento e resposta*.

Assim, se pelas lentas aqui escolhidas para a leitura não se pode olvidar as imbricações entre sociedade de (hiper)consumo com sociedade de risco, por igual vê-se impossível descartar, a partir da necessária ressignificação do direito, um novo ângulo de observação da responsabilidade civil.

A indicação da necessidade de se dinamizar o direito em paragens brasileiras não é inédita, pelo contrário: desde a primavera de 1988 que este debate está em curso. A entrada em vigor do novo Código Civil e a crescente personalização

25 Anthony Giddens, *As Consequências da Modernidade*, São Paulo: UNESP, 1991, p. 12.

26 Rompimento de barreiras e limites ideológicos e físicos; modernização e democratização do consumo; hedonismo e insulamento social que acarretam a exclusão de grande parte da sociedade brasileira.

27 Ulrich Beck, A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva, in Anthony Giddens et al [Coord] *Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social*, São Paulo: UNESP, 1996, p. 21. Sobre o tema, eis as relevantes ponderações de Beck: “(...) na sociedade de risco, o reconhecimento da imprevisibilidade das ameaças provocadas pelo desenvolvimento técnico-industrial exige a auto-reflexão em relação às bases da coesão social e o exame das convenções e dos fundamentos predominantes da ‘racionalidade’. No autoconceito da sociedade de risco, a sociedade torna-se reflexiva (no sentido mais restrito da palavra), o que significa dizer que ela se torna um tema e um problema para ela própria.”

ética do direito privado são exemplos de episódios que, ao menos em esfera teórica, asseveram as tentativas de emancipar o saber jurídico com as ferramentas da *realidade* que o circunda.

Cada vez mais se reconhece o valor jurídico do afeto no direito das famílias; cada vez mais fala-se em solidariedade e dignidade humana como elementos nucleares das relações privadas. Quiçá, estas sejam as verdadeiras obras que pretendem libertar o direito da sua vetusta prisão de palavras.

Por igual, as discussões acerca da *flexibilização* dos moldes da responsabilidade civil em face das condições sociais vigentes também não se consubstanciam em novidade.²⁸ A existência de “(...) *um dever (geral) de não expor os outros a mais riscos ou perigos de dano, do que aqueles que são, em princípio, inevitáveis*”²⁹ adequa-se agora à realidade dos riscos disseminados na sociedade.

E na medida em que existe um espaço reflexivo que é testemunha de um consumo emocional global, onde limites passam inexistir gradativamente; onde danos de uma rotina excessivamente individualista evidenciam-se em excrescência e onde a felicidade apresenta-se não mais como *fato*, mas sim como *paradoxo*, passa a ser, então, nitidamente plausível e (mais que isso) possível conceber a existência de *uma esfera social de solidariedade e corresponsabilidade*. Assim, não parece absurdo crer que, no cenário de hoje, a responsabilidade civil objetiva seja, por exemplo, um sintoma da *culpa social*.

Ainda que se tenha objetivado nestas linhas uma leitura da sociedade a partir do consumo – o que implica, como conseqüência lógica, uma ideia emblemática subjetiva – não se pode olvidar que o *individualismo* exsurge em esfera singular para desaguar seus efeitos em ambiência coletiva.

A *felicidade paradoxal* até pode ser privada, mas os passos de *Pénia*, os voos de *Super-Homem* e a indiferença de *Narciso* se reproduzem em lares, estradas e em diversas ambiências que desconhecem aquilo que um dia representou a estática divisão entre público e privado. Mesmo quando se trata das catástrofes naturais que, no avançar do tempo, povoam nosso cotidiano, não se pode esquecer que muitas delas levam a assinatura do consumo cosmopolita humano. *Desigualdade global, vulnerabilidade local*: esta é a amálgama que simboliza a sociedade

28 José de Aguiar Dias já noticiava, há muito, tal necessidade: “O instituto da responsabilidade civil tem de adaptar-se, transformar-se na mesma proporção em que envolve a civilização, há de ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou o processo pelo qual, em face de nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividade, assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano, considerado, em cada tempo, em função das condições sociais então vigentes.” (José de Aguiar Dias. *Da Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 25.

29 João de Antunes Varela. *Da Obrigação em Geral*, Volume II, Coimbra: Ed. Coimbra, 1980, p. 469.

de nossos dias.³⁰

Neste “universo de eventos” individuais, quiçá *solidariedade* e *corresponsabilidade* sejam os mecanismos para a contenção das figuras míticas e lúdicas que povoam a *sociedade de hiperconsumo*, narrada por Lipovetsky. É necessário desconsiderar os receios e sobressaltos que o debate sobre a socialização dos riscos costuma causar. Assim, a repartição de responsabilidades pode vir a encetar um exercício de alteridade que importe no tratamento da *hipertrofia* do individualismo, da indiferença e da exclusão que hoje assistimos, de modo passivo e silente, como espectadores que somos.

Entrever por outro ângulo a estruturação da responsabilidade civil³¹ a partir do verso e anverso da sociedade de *hiperconsumo* hoje consolidada consubstancia-se em meio de modificar a composição das cores que estão dispostas na paleta da história. Do conteúdo aqui exposto, pode-se perceber que a vontade incessante do sujeito *hiperconsumidor* em intensificar o presente se justifica na possibilidade de que, por tal potencialização, este desconhecido que é o *futuro* seja passível de antecipação e prémodulação. Crente na existência já definida do futuro, o consumidor de nossos dias, ator do espetáculo encenado pela sociedade, concentra suas forças no presente, no hoje, na tentativa de elastecê-lo ao infinito, sob seu controle.

Neste diapasão, é que se impõe a seguinte perspectiva: “*Ao contrário do que se costuma dizer-se, o futuro já está escrito, o que nós não sabemos é ler-lhe a página.*”³² Eis, pois, a partir daquilo que aqui se expôs, a oportunidade de nos alfabetizarmos na *realidade*, sem sucumbir ao beneplácito da indiferença.

30 Ulrich Beck. *La Sociedad del Riesgo Mundial*. En busca de la seguridad perdida. Barcelona: PaidósIbérica, 2008. p. 219.

31 Cada vez mais *objetiva* em nossos dias.

32 José Saramago. *Caim*, Alfragide: Caminho, 2009, p. 135.

Fundos de Pensão e Gerenciamento Dos Riscos Jurídicos

Adacir Reis

Sócio do escritório

Reis, Tôres e Florêncio Advocacia

O “III Encontro de Previdência Complementar da Região Sul”, realizado em Gramado no início de junho, foi um grande sucesso.

No painel dedicado aos temas jurídicos dos fundos de pensão, o desembargador Jaime Vicari, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, externou seu entendimento sobre o descabimento da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos previdenciários. Já o desembargador José Marcos Lunardelli, do Tribunal Regional Federal de São Paulo, falou dos contratos previdenciários como uma das modalidades dos contratos que tratariam de conflitos distributivos, indo além da relação clássica entre “fulano” (participante) versus “beltrano” (fundo de pensão), pois envolveria o conjunto de participantes e assistidos, numa relação plurilateral que, segundo ele, nem sempre é devidamente apresentada, e captada, nos processos judiciais em curso.

Em tal painel, que tive a honra de integrar, abordei a questão dos riscos jurídicos, em especial os riscos dos processos judiciais.

No gerenciamento dos riscos jurídicos, há uma extensa agenda, cuja face mais conhecida é o zelo pelo cumprimento da legislação e das normas oficiais. Outra tarefa é zelar pela existência de estatutos e regulamentos com redação clara e sem ambiguidades. No tocante às regras de governança, para efeito de buscar a eficiência e definir com clareza competências e responsabilidades, os regimentos internos dos órgãos estatutários e dos comitês também devem ser objetivos e de fácil acesso. Boletins informativos, cartas e ofícios devem passar igualmente pelo crivo da área jurídica.

Hoje já se tem ciência de demandas judiciais que se originaram em correspondências, internas ou externas, ou até mesmo em jornais ou páginas eletrônicas das entidades de previdência. Um esclarecimento feito pela gerência de uma área, sem o devido cuidado quanto às consequências jurídicas, pode gerar a movimentação do órgão oficial de fiscalização até a lavratura de um auto de infração.

O fluxo de informações com os patrocinadores constitui outro item importante no gerenciamento dos riscos jurídicos. A relação entre o fundo de previdência e o patrocinador deve se caracterizar como uma relação entre duas pessoas jurídicas

autônomas e com responsabilidades específicas, daí a necessidade de um rito formal de informações.

Ao se pretender a reestruturação ou alteração de um plano de previdência, recomenda-se um forte trabalho de esclarecimento junto às entidades associativas dos participantes e assistidos, bem como junto ao patrocinador do plano de previdência, inclusive para evidenciar os limites impostos pela legislação.

Se instalado o conflito judicial, é fundamental que, já na primeira oportunidade de “falar nos autos” (diga-se de passagem, a contestação é a mais importante oportunidade de manifestação em juízo), a tese da entidade seja apresentada de forma completa, dando-se o devido relevo à legislação federal, às normas oficiais e aos comandos contratuais previstos em regulamento. O esclarecimento sobre o regime de capitalização, a ênfase para o fato de que houve manifestação do órgão oficial de supervisão (se for o caso) e a juntada de um laudo técnicoatuarial, sem prejuízo de produção de prova pericial, podem fazer uma grande diferença para que o magistrado compreenda a essência do problema e venha a solucioná-lo dentro da melhor técnica.

Se a defesa da entidade em juízo for terceirizada a escritórios de advocacia, a Resolução CGPC 13, de 2004, exige que se busque profissional qualificado e experiente, atentando inclusive para a possibilidade de conflitos de interesses. A experiência recomenda que se façam, entre a direção da entidade de previdência e os profissionais terceirizados, reuniões periódicas de avaliação sobre o andamento dos processos judiciais. Todos sabem que apenas o serviço profissional é terceirizado, não o problema, já que este continua sob a responsabilidade da direção da entidade.

Tanto em relação ao passivo previdenciário quanto em relação aos investimentos dos recursos garantidores do plano de benefícios, o gerenciamento dos riscos jurídicos, para ser eficiente, depende do entrosamento das diversas áreas e gerências de um fundo de pensão. Portanto, não é tarefa apenas para advogados. A gestão dos riscos jurídicos exige atuação pró-ativa, transversal e com visão de curto, médio e longo prazos. (Publicado originalmente no Assprevisite, em 21-06-2011).

El Principio de Primacía Del Derecho Del MERCOSUR en Las Tres Primeras Opiniones Consultivas Del Tribunal Permanente de Revisión (*)

Por Alejandro Daniel Perotti**

I. Introducción

El presente artículo tiene por fin analizar el tratamiento del principio de primacía del derecho del MERCOSUR dado por el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR (TPR), o Tribunal en las tres opiniones consultivas (OC) emitidas a la fecha.

Cabe señalar que el mecanismo de las OC se encuentra regulado en un conjunto de normas regionales, a saber el Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR¹ (artículo 3, Capítulo III); el Reglamento del Protocolo de Olivos² (RPO; artículos 2 a 13, Capítulo II)³; las Reglas de Procedimiento del Tribunal Permanente de Revisión (artículos 2, 7, 8 y 13)⁴ y el Reglamento del Procedimiento para la solicitud de Opiniones Consultivas al Tribunal Permanente de Revisión por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes del MERCOSUR (RPOC)⁵. A ello deben sumarse las normas dictadas por las Cortes Supremas de Justicia de los Estados Partes, en los términos de la obligación prevista en el párrafo segundo del artículo 1 del RPOC⁶, que reglamentan el procedimiento interno de petición de tales OC⁷.

* Publicado previamente en "Derecho internacional, derecho comunitario y derechos humanos" (AA.VV.) *homenaje al Profesor Doctor José Luis Molina Quesada* (Enrique Ulate Chacón, coord.), ed. ISOLMA, San José, Costa Rica, 2009, págs. 291-316.

**Abogado (Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe), Master en Derecho Comunitario (Universidad Complutense de Madrid, España), Doctor en Derecho (Universidad Austral, Buenos Aires). Profesor Asociado a cargo de Derecho de la Integración de la Universidad Austral. Ex Consultor Jurídico de la Secretaría del MERCOSUR, por concurso público internacional. Estudio "Alais & De Palacios – Abogados", Buenos Aires. adperotti@alaisdepalacios.com.ar; adperotti@yahoo.com.

1 Suscripto por los Presidentes de los Estados Partes, en Olivos, Argentina, el 18 de febrero de 2002; el protocolo entró en vigencia el 1 de enero de 2004.

2 Aprobado por Decisión CMC (Decisión del Consejo del Mercado Común) N° 37/03; vigente desde el 15/12/03.

3 El RPO fue publicado en Argentina, en el Boletín Oficial (BO), "Avisos Oficiales", del 15/01/04.

4 Aprobadas por Decisión CMC N° 30/05; vigente desde el 08/12/05.

5 Aprobado por Decisión CMC N° 02/07; vigente desde el 18/01/07; publicado en Argentina, en el BO, "Avisos Oficiales", del 01/03/07, pág. 11-12.

6 "Cada Tribunal Superior de Justicia de los Estados Partes, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones, establecerá las reglas internas de procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas a que se refiere este Reglamento, verificando la adecuación procesal de la solicitud".

7 *Argentina*: Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), Acordada N° 13/2008, por la que se aprueban las "Reglas para el trámite interno previo a la remisión de las solicitudes de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de El principio de primacía del derecho del MERCOSUR...

Es interesante mencionar que todas las OC dictadas a la fecha por el Tribunal (tres en total) han sido peticionadas por jueces de los Estados Partes. Ello a pesar de que tanto dichos Estados actuando conjuntamente, como los órganos decisorios del bloque (Consejo del Mercado Común, Grupo Mercado Común y Comisión de Comercio del MERCOSUR) y el Parlamento del MERCOSUR, tienen asimismo asignada la facultad para elevar este tipo de solicitudes interpretativas.

A su vez, es de resaltar que todas las OC han provenido de *tribunales nacionales inferiores* y no de las respectivas Cortes Supremas de Justicia. Por cierto que esto no hace sino confirmar, en el MERCOSUR, lo que ha ocurrido en las Comunidades Europeas, proceso en el cual la experiencia demuestra que los jueces y tribunales nacionales más propensos al planteamiento de la cuestión prejudicial – sucedáneo de la OC mercosureña – no son los tribunales supremos, sino los órganos jurisdiccionales inferiores⁸; en el proceso de integración andino, el dato es aún más evidente. Más aún, en el caso europeo, en más de cincuenta años de integración, salvo excepcionadísimos supuestos, ningún tribunal constitucional nacional⁹ – a pesar de estar obligado a hacerlos por la letra del artículo 234, último párrafo, del

Revisión del Mercosur”, 18/06/08, BO 23/06/08, págs. 12-13; *Paraguay*: Corte Suprema de Justicia, Acordada N° 549/2008, que reglamenta el procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR en el marco del Protocolo de Olivos y la Decisión N° 37/03 del CMC, 11/11/08; y *Uruguay*: SCJ, Acordada N° 7.604, Regláméntase el procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, 24/08/2007, Diario Oficial 03/09/07. A la fecha, tanto el Supremo Tribunal Federal de Brasil, como el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Uruguay, aún no han dictado las respectivas normas sobre el procedimiento mencionado (ver artículo 2 del RPOC).

8 Así, en el año 2006, de las 251 cuestiones prejudiciales elevadas al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), 171 (es decir el 68 %) fueron peticionadas por órganos jurisdiccionales inferiores (ver “24º informe anual de la Comisión sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario” (2006), documento COM(2007) 398 final, 17/07/07, Anexo VI, págs. 1-1 a 1-3); en el 2005, 157 (71 %) sobre un total de 221 cuestiones prejudiciales (comparar “23º informe anual de la Comisión sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario” (2005), documento COM(2006) 416 final, 24/07/06, Anexo VI, págs. 1-1 a 1-3); en el 2004, 155 (62 %) sobre un total de 249 cuestiones prejudiciales (ver “22º informe anual de la Comisión sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario” (2004), documento COM(2005) 570 final, 23/12/05, Anexo VI, págs. 1-1 a 1-3); en el 2003, 149 (70 %) sobre un total de 210 cuestiones prejudiciales (comparar “21º informe anual de la Comisión sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario” (2003), documento COM(2004) 839, 30/12/04, Anexo VI, págs. 1-1 a 1-3); y en el 2002, 126 (58 %) sobre un total de 216 cuestiones prejudiciales (ver “20º informe anual de la Comisión sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario” (2002), documento COM(2003) 668 final, 21/11/03, Anexo VI, págs. 1-1 a 1-3). Cabe resaltar que la división que hace la Comisión a la hora de determinar el origen de las cuestiones prejudiciales no distingue estrictamente entre Superiores Tribunales de Justicia nacional y órganos jurisdiccionales inferiores, sino que – en muchos casos – incluye dentro del primero tribunales superiores pero no supremos, por lo que el porcentaje a favor de los inferiores es aún más abultado.

9 Ver, *del autor*, “Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el MERCOSUR”, ed. Marcial Pons – Fundación Konrad Adenauer, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008, págs. 88 a 89.

Tratado de las Comunidades Europeas¹⁰ – ha elevado cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, y ello a pesar de que dichos supremos órganos suelen aplicar normas del Derecho comunitario¹¹.

Para ejemplificar lo señalado, en el ámbito del MERCOSUR debe recordarse que la CSJN (Argentina), en el expediente “González/Image Factory”¹², desestimó un pedido para elevar una *opinión consultiva* al TPR considerando «[q]ue la solicitud... [era] *extemporánea, por no haber sido introducida en el recurso extraordinario*». El asunto había llegado a conocimiento de la Corte Suprema a partir del recurso de hecho por denegación de recurso extraordinario (recurso de queja) incoado por un particular argentino, domiciliado en el país, contra la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo por la que, al desestimar el recurso de apelación interpuesto, confirmó la decisión de la instancia anterior por la cual el juez interviniente¹³ resolvió dar curso a un exhorto librado por la 15ª *Vara do*

10 Artículo 234 “El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

a) sobre la interpretación del presente Tratado;

b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el BCE;

c) sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia”.

11 En tal sentido, es contundente la afirmación de la Comisión Europea [que obra en su Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, “relativa a la adaptación de las disposiciones del título IV del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea referentes a las competencias del Tribunal de Justicia, con el fin de garantizar una protección jurisdiccional más efectiva”, de 28 de junio de 2006, COM(2006) 346 final] según la cual “[r]esulta, por tanto, paradójico que el Tratado de Amsterdam, al «comunitarizar» este aspecto [Título IV del Tratado CE “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”] y permitir que el legislador transformara los convenios anteriores en reglamentos, haya al mismo tiempo restringido considerablemente, por medio del artículo 68, apartado 1, del Tratado CE, la competencia del Tribunal para interpretar dichos Reglamentos, *excluyendo a los órganos jurisdiccionales de apelación* y reservando la remisión prejudicial únicamente a los órganos jurisdiccionales que intervienen en última instancia. Si esa restricción del control por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales hubiera estado vigente entre 1971 y 2002, no cabe duda de que una parte importante de la jurisprudencia del Tribunal en materia civil y mercantil *no se habría producido o sólo habría beneficiado a ciudadanos y agentes económicos después de retrasos y gastos adicionales*”. Agregó además que “[e]s especialmente llamativo que las sentencias fundamentales para el funcionamiento del Convenio de Bruselas y, por consiguiente, para el Reglamento (CE) n° 4/2001, hayan sido falladas por el Tribunal en respuesta a remisiones de tribunales de apelación” y no por consulta de tribunales supremos, afirmación que acreditó con la cita de las principales sentencias prejudiciales en la materia (documento citado, págs. 8 a 9 y nota 21).

12 CSJN, “González, Gonzalo Nicanor c/Image Factory Servicios de Impresión Ltda.”, G.1207.XLIII, 20/08/08 (inédito).

13 Juzgado de Primera Instancia del Trabajo N° 34, Buenos Aires.

Trabalho (15° Juzgado del Trabajo) de São Paulo (*Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*), Brasil. Dicho exhorto tenía por finalidad que la justicia argentina trabe embargo y posteriormente proceda a la ejecución de determinados bienes ubicados en Argentina, propiedad del recurrente. El pedido de cooperación judicial había sido fundado en los Protocolos de Las Leñas¹⁴ y de Medidas Cautelares¹⁵. El quejoso solicitó a la Corte Suprema la remisión de una OC al TPR – con varios interrogantes – relativa al alcance de las atribuciones que el derecho mercosureño confiere a los jueces nacionales para rechazar los exhortos provenientes de otros Estados Partes, en particular frente al hecho de que – como sucedía en el *sub examine* – la legislación del Estado Parte requirente permite la extensión de la responsabilidad laboral a los socios de una sociedad, sin que se imprescindible su previa citación o demanda en el juicio dirigido contra la misma. La solicitud de elevación de la OC fue introducida por el recurrente en oportunidad del recurso de queja, y no en el recurso extraordinario, circunstancia en la cual se basó la Corte Suprema para su desestimación.

También tramita ante la CSJN otra solicitud de OC en el marco de una causa en la que una empresa que exporta productos al MERCOSUR impugna el cobro de derechos de exportación (aranceles a la exportación) por parte del Estado nacional¹⁶.

Por otro lado, las tres opiniones consultivas planteadas a la fecha provienen de tribunales nacionales que pertenecen a los *Estados Partes de menores dimensiones* (Paraguay y Uruguay).

A su vez, todas las opiniones consultivas ha sido peticionadas a *instancia* de los abogados de las partes en el juicio principal.

II. Las opiniones consultivas emitidas

A) La primera OC (*Norte/Laboratorios Northia*)¹⁷ tuvo lugar a partir de la

¹⁴ Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (“Protocolo de Las Leñas”), aprobado por Decisión CMC N° 05/92.

¹⁵ Protocolo de Medidas Cautelares, aprobado por Decisión CMC N° 27/94.

¹⁶ CSJN, autos “Sancor CUL (TF 18476-A) c/DGA”, expte. N° 346/2007, Tomo 43, Letra “S”, ingresado el 30/03/07, *pendiente de resolución*. El asunto ha dividido a los tribunales inferiores entre aquellos que mantienen la incompatibilidad de tales derechos de exportación con el Tratado de Asunción (constitutivo del MERCOSUR), tales como algunas salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (CNACAF) y el Juzgado Federal de Paso de los Libres, y aquellos que mantienen la posición contraria (otras salas de la CNACAF y el Tribunal Fiscal de la Nación). A su vez, la provincia de San Luis ha presentado una demanda ante la Corte Suprema alegando que los mencionados derechos de exportación infringen, entre otros, el citado Tratado (cf. CSJN, autos “Provincia de San Luis c/Estado Nacional”, expte. N° 345/2008, Tomo 44, Letra “S”, ingresado el 25/04/08, *pendiente de resolución*).

¹⁷ TPR, Opinión Consultiva de 3 de abril de 2007, Norte/Laboratorios Northia, OC N° 01/07, BOM (Boletín Oficial del MERCOSUR) N° 40, 2007; disponible en <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/PrimeraOpinionConsultiva-Versionfinal.pdf>

solicitud cursada por el Juzgado Civil y Comercial del 1º turno de Asunción.

Los hechos que dieron lugar a la controversia fueron los siguientes: en el año 2000, las empresas Norte, de Paraguay, y Northia, de Argentina, firmaron un contrato por el cual, la primera distribuiría y comercializaría, en forma exclusiva para el territorio de la República del Paraguay, medicamentos fabricados y exportados por la segunda.

Estando vigente el contrato, Northia notificó a Norte que rescindiría el mismo, lo que provocó que la empresa paraguaya demandara a la sociedad argentina ante los tribunales de Asunción.

La accionada (Northia) alegó que la justicia paraguaya era incompetente para intervenir en el asunto, bajo el argumento de que el contrato que vinculaba a ambas empresas, en su cláusula 22ª, preveía que todos los conflictos que surgieran del mismo serían ventilados ante los tribunales de Buenos Aires; que dicha prórroga de jurisdicción se basaba en el “Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual”¹⁸ (aprobado por Decisión CMC N° 01/94)¹⁹, y que dicha norma del MERCOSUR, por mandato constitucional (artículo 137 de la Constitución nacional) tenía prevalencia sobre las leyes internas que eventualmente dispongan en contrario.

A todo ello, la accionante replicó que dicha norma no podía ser aplicada en el asunto, dado que, tratándose de un contrato internacional de distribución, era de aplicación la Ley (paraguaya) N° 194/93 (que establece la competencia exclusiva de los tribunales paraguayos)²⁰. En este marco, Northia solicitó *«expresamente que*

18 Protocolo de Buenos Aires, artículo 4 “En los conflictos que surjan en los contratos internacionales en materia civil o comercial serán competentes los tribunales del Estado Parte a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva”.

19 Aprobado en Paraguay mediante la Ley N° 597/95.

20 Ley 194/93 (Que aprueba con modificaciones el Decreto Ley N° 7 del 27 de marzo de 1992, por el que se establece el régimen legal de las relaciones contractuales entre fabricantes y firmas del exterior y personas físicas o jurídicas domiciliadas en el Paraguay, 06/07/93), artículos 1 “Establécese el régimen legal por el cual se definen las relaciones contractuales para la promoción, venta o colocación dentro del país o de otra área determinada, de productos o servicios, proveídos por fabricantes y firmas extranjeras por medio de Representantes, Agentes o Distribuidores domiciliados en la República y se fijan las pautas de las indemnizaciones que correspondan con motivo del cese, sin expresión de causa, de las relaciones contractuales”, 2 “A dicho efecto se entiende por: [...] c) Distribución: La relación contractual, debidamente instrumentada, entre un fabricante o firma extranjera y una persona natural o jurídica domiciliada en la República, para la compra o consignación de productos, con el fin de revenderlo dentro del país o en cualquier otra área determinada”, 9 “Las partes pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos, sujetos a las disposiciones del Código Civil, pero sin que en forma alguna puedan renunciar a derechos reconocidos por la presente Ley” y 10 “Las partes se someterán a la competencia territorial de los Tribunales de la República. Podrán transigir toda cuestión de origen patrimonial o someterla al arbitraje antes o después de deducida la demanda en juicio ante la justicia ordinaria, cualquiera sea el estado de ésta, siempre que no hubiese recaído sentencia definitiva y ejecutoriada”.

en caso de existir dudas con respecto a la aplicabilidad al caso de la norma comunitaria invocada por la otra parte, de las que surge una controversia sobre la interpretación jurídica de la normativa del Mercosur, se formalice la opinión consultiva pertinente al TPR»²¹. Solicitud que fue atendida por la juez de la causa.

B) La segunda OC ()²² tuvo su origen en la demanda entablada por varias firma (Sucesión de Carlos Schnek S.A, Galisur S.A y Cesim Co. Ltda.) contra el Ministerio de Economía y Finanzas y la Dirección Nacional de Aduanas del Uruguay, con la finalidad de obtener la devolución de las sumas abonadas indebidamente al fisco nacional, en concepto de tasa consular, y adicionalmente la declaración de que dicha tasa no podía serle exigidas desde el momento de la presentación de la acción.

Las empresas actoras impugnaron el tributo en cuestión aduciendo que la norma que lo establecía (Ley 17.296²³) resultaba inaplicable en virtud de contravenir el derecho del MERCOSUR [artículos 1 del Tratado de Asunción (TA)²⁴ y 1 y 2

²¹TPR, Norte/Laboratorios Northia, OC N° 01/07, cit., considerando III.1 del voto del miembro coordinador Fernández de Brix.

²² TPR, Opinión Consultiva de 24 de abril de 2009, Schnek y otros, OC N° 01/08 (pendiente de publicación en el BOM), disponible en http://www.mercosur.int/innovaportal/innovaportal.GetHTTFile/OC_Nro1-2008.pdf?contentid=377&version=1&filename=OC_Nro1-2008.pdf

²³ El artículo 233 de la Ley 16.170 [28/12/90, DO (Diario Oficial) 10/01/91] dispone que “[a] partir del 12 de julio de 1991, las oficinas consulares de la República percibirán entre 1 (uno) y 30 (treinta) pesos consulares, por las actuaciones relacionadas con los siguientes actos”, entre otros: A) *Actos relativos a la navegación*: visación del manifiesto de carga de un buque, visación de declaración de salida en lastre o de tránsito de un buque, visación del manifiesto suplementario, visación de cada copia del manifiesto de carga, y toda actuación no mencionada y relacionada con dichos actos; B) *Actos relativos al tráfico terrestre*: visación del manifiesto de carga por vía terrestre, visación del manifiesto de introducción de animales por vía terrestre, y toda actuación no mencionada y relacionada con dichos actos; C) *Actos relativos al comercio*: visación del conocimiento de embarque, visación del conocimiento consolidado, visación de cada copia de conocimiento que se solicite, visación del juego de facturas comerciales, visación de recibo o declaración de pequeños bultos s/valor comercial por bulto, visación de cada copia de factura comercial, visación de carta de corrección de las declaraciones de la factura comercial, manifiesto de embarque o conocimiento de embarque, y toda actuación no mencionada y relacionada con dichos actos. Posteriormente, el artículo 473 de la Ley 16.226 (29/10/91, DO 06/11/91) dispuso la supresión de “la intervención consular de la documentación correspondiente a los actos relativos a la navegación, al tráfico terrestre y al comercio, respectivamente, comprendidos en... [el] artículo 233 de la ley 16.170,..., cuyas disposiciones quedan derogadas”, así como también la eliminación de “la intervención consular de certificado de sanidad animal, vegetal o similar, comprendidos en el numeral 61 del artículo 233 de la ley 16.170,..., que se deroga”; sin embargo, a continuación, el artículo 585 de la Ley 17.296 (21/02/01, DO 23/02/01) reimplantó “la tasa consular derogada por el artículo 473 de la Ley N° 16.226”, agregando que el “Poder Ejecutivo queda facultado para establecer la fecha a partir de la que será exigible fijar su monto y las exoneraciones”.

²⁴ TA, artículo 1 “Los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común, que deberá estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará ‘Mercado Común del Sur’ MERCOSUR. Este Mercado Común implica: -La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente;...”.

de su Anexo²⁵, y 38 y 42 del Protocolo de Ouro Preto (POP)²⁶, Decisiones CMC N° 07/94, 22/94 y 22/00 y Resolución GMC N° 36/95].

Los abogados de la parte demandante solicitaron al juez de la causa (Juzgado Letrado en lo Civil de 1° turno de Montevideo) la elevación de una opinión consultiva al TPR, a través de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay, de conformidad con la citada Acordada SCJ N° 7604/07.

C) La tercera OC (*Frigorífico Centenario* y otros)²⁷ se originó a partir del mismo cuadro fáctico y jurídico mencionado al resumir el asunto *Schnek y otros*. En esta oportunidad, el tribunal nacional requirente fue el Juzgado Letrado de lo Civil de 2° turno de Montevideo.

III. El principio de primacía

El principio de primacía del Derecho comunitario puede definirse como el atributo en virtud del cual el ordenamiento jurídico regional prevalece en su aplicación, en caso de conflicto o incompatibilidad, sobre las normas del derecho interno de los Estados miembros, cualquiera sea el rango y naturaleza de éstas, lo que incluye las circulares, ordenes del día de la aduana, resoluciones ministeriales, decretos, leyes y aún las disposiciones de la Constitución nacional.

El citado principio tiene por finalidad asegurar la unidad y uniformidad aplicativa del derecho del proceso de integración, sin distinguir el país del que se trate, o la autoridad estatal que lo aplique.

En términos de efectividad, la meta de un mercado único exige la existencia de un derecho que sea aplicado de la manera más uniformemente posible en todo el

25 TA, Anexo I “Programa de Liberación Comercial”, artículos 1 “Los Estados Partes acuerdan eliminar a más tardar el 31 de diciembre de 1994 los gravámenes y demás restricciones aplicadas en su comercio recíproco” y 2 “A los efectos dispuestos en el artículo anterior, se entenderá: a) por ‘gravámenes’, los derechos aduaneros y cualesquiera otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario, cambiario o de cualquier otra naturaleza, que incidan sobre el comercio exterior. No quedan comprendidos en dicho concepto las tasas y recargos análogos cuando respondan al costo aproximado de los servicios prestados; y b) por ‘restricciones’, cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual un Estado Parte impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco. No quedan comprendidos en dicho concepto las medidas adoptadas en virtud de las situaciones previstas en el Artículo 50 del Tratado de Montevideo 1980”.

26 POP, artículos 38 “Los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en artículo 2 de este Protocolo” y 42 “Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el artículo 2 de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país”.

27 TPR, Opinión Consultiva de 15 de junio de 2009, Frigorífico Centenario y otros, OC N° 01/09 (pendiente de publicación en el BOM); disponible en la página del TPR, http://www.tprmercotur.org/es/docum/opin/OpinCon_01_2009_es.pdf

territorio del bloque; de lo contrario, la eliminación de los obstáculos a la circulación intra y extracomunitaria revive bajo el formato de la disparidad normativa. El Derecho comunitario no puede variar según el país en el cual se lo invoque, razón por la cual no puede serle opuesto ninguna norma interna que sea con él incompatible.

La base última de este principio no se halla en una “superioridad” normativa de ordenamiento comunitario sobre el orden jurídico nacional, sino en el hecho de que, a través de los tratados suscriptos, los Estados partícipes han decidido que determinadas atribuciones sean ejercidas, bien a través de un órgano independiente, bien a través de un órgano en el cual participan. Es decir, los Estados, al ratificar los tratados constitutivos renuncian a ejecutar de “forma unilateral” determinados ámbitos competenciales, los cuales pasan al poder de administración regional, aún cuando el órgano del bloque se componga por representantes de los propios Estados. De allí que no sea técnicamente correcto establecer como condición *sine qua non* del principio en análisis la existencia de órganos supranacionales. Un derecho regional revestido del principio de primacía puede provenir tanto de un órgano supranacional²⁸ como de un órgano intergubernamental²⁹.

El origen de este principio se encuentra en el sistema jurídico de las Comunidades Europeas. Sin embargo, cabe resaltar que su aparición, según el TJCE, no obedece a la letra explícita del Tratado fundacional sino a su elaboración pretoriana por el propio Tribunal de Justicia, en especial a partir de su precedente Costa/ENEL. En este asunto, el Tribunal de Justicia consideró, entre otros argumentos – en un pasaje transposable sin sobresaltos al derecho del MERCOSUR, *mutatis mutandi* –, que:

«Considerando que, a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE creó un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado, y que vincula a sus órganos jurisdiccionales; «que, en efecto, al instituir una Comunidad de duración indefinida, dotada de Instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y más en particular de poderes reales derivados de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado su soberanía, aunque en materias específicas, y han creado así un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos.»

«Considerando que esta integración en el Derecho de cada país miembro

28 En las Comunidades Europeas, la Comisión.

29 En el MERCOSUR, por ejemplo, el Consejo del Mercado Común, y en las Comunidades Europeas, el Consejo.

de disposiciones procedentes de fuentes comunitarias, y más en general los términos y el espíritu del Tratado, tienen como corolario la imposibilidad de que los Estados hagan prevalecer, contra un ordenamiento jurídico por ellos aceptado sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior; que no puede por tanto oponerse a dicho ordenamiento;

«que la fuerza vinculante del Derecho comunitario no puede en efecto variar de un Estado a otro, en razón de legislaciones internas posteriores, sin que se ponga en peligro la realización de los objetivos del Tratado...;

«que las obligaciones contraídas mediante el Tratado constitutivo de la Comunidad no serían incondicionales, sino solamente eventuales, si pudieran quedar cuestionadas por los actos legislativos futuros de los signatarios;

«Considerando que del conjunto de estos elementos se desprende que al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, antes los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad; que la transferencia realizada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno a favor del comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, entraña por tanto una limitación definitiva de su soberanía, contra la que no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de Comunidad;...»³⁰.

El principio de primacía fue analizado por las tres opiniones consultivas.

IV. La OC N° 01/2007

En el asunto Norte/Laboratorios Northia el Tribunal dedicó a esta cuestión extensos pasajes³¹. En tal sentido, los miembros del Tribunal, si bien reconocieron

30 TJCE, sentencia del 15 de julio de 1964, Costa/ENEL, asunto 6/64, EEE (edición especial española) 1964-1966, pág. 99, considerandos séptimo, octavo y décimo.

31 Por comentarios a la OC N° 01/2007 puede verse, DREYZIN DE KLOR, Adriana, “La primera opinión consultiva del MERCOSUR ¿Germen de cuestión prejudicial?”, Revista Española de Derecho Europeo N° 23, 2007, ed. Civitas, Madrid, págs. 437 a 461; DREYZIN DE KLOR, Adriana-HARRINGTON, Carolina, “Las opiniones consultivas en MERCOSUR: El debut del mecanismo jurídico”, Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 2, 2007, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, extraído de la página del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, <http://www.colproba.org.ar/>, <http://www.colproba.org.ar/mercosur/DREYZIN.pdf>; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, “La respuesta del Tribunal Permanente del MERCOSUR a la primera ‘consulta interpretativa’: escoba nueva siempre barre más o menos”, revista JA (Jurisprudencia Argentina), fascículo N° 1, de 04/07/07, ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, págs. 3 (JA 2007-III); GRANDINO RODAS, João, “A competência do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul para emitir Opiniões Consultivas”, conferencia en el VI° Encuentro de

la primacía o prevalencia de la norma mercosureña sobre el derecho interno – en este caso, una ley del Congreso –, se mostraron divergentes en cuanto a la base para tal reconocimiento, sin perjuicio de lo cual, la mayoría más amplia del Tribunal lo radicó en las propias normas regionales.

El miembro coordinador, Fernández de Brix – en la posición más avanzada –, señaló que, en este ámbito, el *«argumento principal» radica en que «el derecho de integración por su concepto, naturaleza y finalidad debe ser siempre prevalente sobre los derechos nacionales respectivos por su misma esencia. Caso contrario, se desnaturaliza el concepto, la naturaleza y sobre todo la finalidad no solo del Derecho de Integración, sino del proceso de integración en si mismo, o en palabras del [TJCE] se pondría “en tela de juicio la base jurídica misma del Mercosur”»*. En base a dicha argumentación, el citado miembro del TPR, destacó que *«[h]a sido hasta la fecha un error constante tanto de la jurisprudencia como de la doctrina existente, el solo recurrir al argumento de la prevalencia del tratado sobre la ley para sostener la prevalencia o no del derecho del Mercosur sobre el derecho nacional. Si bien este es un argumento jurídicamente correcto, nunca debe constituirse en el argumento principal para el arribo a tal conclusión»*³².

Por su parte, Becerra expuso que en *«el bloque de constitucionalidad del MERCOSUR no se establece la supremacía o primacía de las normas comunitarias, cuando estas entran en conflicto con las del derecho interno. Sin embargo el principio de preferencia o primacía es una respuesta jurídica a la necesidad de homogeneizar el régimen jurídico de integración, dándole seguridad jurídica en el ámbito de los países miembros»*³³.

Moreno Ruffinelli – a cuyo voto adhirió el miembro Grandino Rodas – resaltó que, a pesar del marcado «accionar intergubernamental» del proceso de integración, *«el derecho del MERCOSUR “necesita” no quedar sujeto al albur de lo que establezcan las normas nacionales de los Estados [P]artes», tal como surge de la «filosofía de la decisión del [TJCE] en “Costa c. ENEL”, dictada cuando la*

Cortes Supremas del MERCOSUR, Supremo Tribunal Federal, Brasilia, 21/11/08, disponible en http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextaEncontroConteudoTextual/anexo/Texto_dos_Expositores/La_Competencia_del_Tribunal_Permanente_de_Revision_para_emitir_Opiniones_Consultivas_Joao_Grandino_Rodas_espao.pdf, y LÓPEZ BRAVO, Alfredo, “Primera opinión consultiva del Tribunal Permanente de Justicia del Mercosur”, Newsletter Mercosurabc N° 146, Buenos Aires, 24/05/07, <http://www.mercosurabc.com.ar/nota.asp?IdNota=1143&IdSeccion=14>.

32 TPR, Norte/Laboratorios Northia, OC N° 01/07, cit., considerando III.C), literales 3 y 2, respectivamente, del voto de miembro coordinador.

33 TPR, Norte/Laboratorios Northia, OC N° 01/07, cit., considerando D), párrafo 8°, del voto de miembro Becerra.

Comunidad Económica Europea había apenas comenzado y no había indicios tan claros de que se llegaría a la supremacía del derecho comunitario. El TJCE señaló que no hay otra forma posible de hacer funcionar la Comunidad y de hacer respetar las obligaciones asumidas por los Estados que colocar el derecho emanado del bloque en otro nivel, diferente»³⁴.

Finalmente, el miembro García Olivera, si bien reconoció la aplicación prevalente de la normativa del MERCOSUR, lo hizo sobre la base de los principios del derecho internacional privado³⁵.

El Tribunal concluyó en este punto:

- «Las normas del Mercosur internalizadas prevalecen sobre las normas del derecho interno de los Estados Partes. El Protocolo de Buenos Aires se aplica en los países que lo han internalizado, quedando a cargo del juez nacional la evaluación de si los acuerdos suscriptos en virtud de él han sido obtenidos en forma abusiva o afectan el orden público internacional que lo hagan manifiestamente inaplicable al caso en particular [voto en mayoría de los miembros Moreno Ruffinelli, Grandino Rodas y Olivera García].

- «Las normas del Mercosur internalizadas prevalecen sobre las normas del derecho interno de los Estados Partes. Corresponde en este caso la prevalencia del Protocolo de Buenos Aires sobre la ley nacional paraguaya 194/93. Dicha primacía resulta de la propia naturaleza del Derecho del MERCOSUR. Las normas del Derecho del MERCOSUR deben tener prevalencia sobre cualquier norma del derecho interno de los Estados Partes aplicables al caso, incluyendo el derecho interno propiamente dicho y el derecho internacional público y privado de los Estados Partes, comprendiéndose aquellos derechos de orden público de los Estados Partes, de conformidad a los deslindes realizados en relación al concepto de orden público, y a la necesaria interpretación restrictiva de los derechos de orden público constitucional de carácter absoluto, conforme lo impone un sistema de integración. Dejase constancia interpretativa de que las normas del derecho comercial nacional e internacional, son por regla general solo de orden público relativo, pues en las mismas siempre como regla general, no existe un interés social comprometido

34 TPR, Norte/Laboratorios Northia, OC N° 01/07, cit., párrafo primero del voto del miembro Moreno Ruffinelli.

A continuación señaló que «[l]a supranacionalidad – como superación de lo intergubernamental – es un término a veces ambiguo. No obstante, el mismo hecho – entre otros – de que los Estados se hayan comprometido a respetar las decisiones de las controversias sometidas al TPR ya crea, en cierto sentido, un marco de supranacionalidad. Las opiniones consultivas, si bien no son vinculantes para el juzgador nacional, constituyen un formidable instrumento de armonización, contribuyendo así, de manera efectiva, a la atmósfera de supranacionalidad que debe impregnar como aspiración el avance de todo proceso de integración».

35 TPR, Norte/Laboratorios Northia, OC N° 01/07, cit., considerando C).b, en especial literales 14 y 23, del voto del miembro García Olivera.

[voto concurrente de los miembros Fernández de Brix (coordinador) y Becerra]³⁶.

Cabe mencionar que, posteriormente y en el marco de un asunto diferente, el Tribunal volvió sobre el principio *sub examine*. Así, en su Laudo N° 01/2007 (*medidas compensatorias*), el Tribunal – apoyándose en lo sentado en su OC N° 01/2007 y en lo considerado por el TAHM (Tribunal ad hoc del MERCOSUR) en su I° Laudo destacó que «*cabe tener en cuenta que los Estados Partes no pueden alegar normas, disposiciones o prácticas del derecho interno como justificación de un incumplimiento del Derecho del Mercosur*»³⁷.

La prevalencia puede ser observada también en el I° Laudo del TAHM, en cual se sostuvo «*que en el contexto de los procesos de integración y de las respectivas normativas que los rige, son incompatibles las medidas unilaterales de los Estados Partes en las materias en las que la normativa requiere procedimientos multilaterales*»³⁸.

V. La OC N° 01/2008

Con una composición sustancialmente diferente a la formación que actuó en la OC N° 01/2007³⁹, y votado en forma unánime, en el precedente Schnek y otros el Tribunal volvió sobre el principio de primacía.

El juez uruguayo solicitó al TPR «*que, interpretando la normativa Mercosur vigente emita su opinión consultiva sobre...*»

a) “Si las normas MERCOSUR citadas⁴⁰, priman sobre la norma de derecho

36 Esta misma posición ya tuvo recepción en la jurisprudencia de algunos tribunales nacionales de los Estados Partes. En tal sentido, cabe citar al Juzgado Federal de Paso de Los Libres (Corrientes, Argentina), en las sentencias “Padilla, Javier c/A.N.A.P. de los Libres p/contencioso”, expte. N° 1-9.623/04, 05/05/08 (*inédito*: existe versión electrónica publicada en www.eldial.com del 26/05/08 – *sentencia no firme*), considerandos párrafos 15° y 16°; “Volkswagen Argentina S.A. c/A.F.I.P. – D.G.A. Aduana de Paso de los Libres s/contencioso”, expte N° 1-10.595/06, registro N° 270, T° V, F° 139, 20/10/08 (*inédito* – *sentencia no firme*), considerandos párrafos 15° y 16°, y, de la misma fecha, “Volkswagen Argentina S.A. c/D.G.A. – Aduana de Paso de los Libres p/demanda contenciosa”, expte N° 1-10.875/07, registro N° 269, T° V, F° 139, 20/10/08 (*inédito* – *sentencia no firme*), considerandos párrafos 15° y 16°. En todas las sentencias mencionadas el juez mencionó, además, parte del voto del miembro coordinador de la opinión consultiva.

37 TPR, laudo de 8 de junio de 2007, Solicitud de pronunciamiento sobre exceso en la aplicación de medidas compensatorias – controversia entre Uruguay y Argentina sobre prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay, Laudo N° 01/2007, BOM N° 40, 2007, disponible en <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/documentos/TPR%20Laudo%2001%20-%202007.pdf>, considerando 10.10.

38 TAHM, laudo de 28 de abril de 1999, Comunicados N° 37/1997 y N° 7/1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): aplicación de medidas restrictivas al comercio recíproco, BOM N° 9, junio, 1999, pág. 227, considerando 62.

39 En la OC N° 01/2008, el Tribunal estuvo compuesto por los miembros Ruiz Díaz Labrano, Presidente (y coordinador), Correa, Fontoura Nogueira, Grandino Rodas y Puceiro Ripoll.

40 TA, POP y varias decisiones del CMC y Resoluciones del GMC. Ver *ut supra*.

interno de un Estado Parte, más específicamente sobre el art. 585 de la Ley N° 17.296, dictada por el Poder Legislativo de la República Oriental del Uruguay (la cual reimplantó el tributo ‘tasa consular’), ya sea esta de fecha anterior o posterior a la normativa Mercosur citada, y en el caso afirmativo, especificar cuál sería la normativa (Mercosur o doméstica) que debería aplicar el Juez Nacional al caso concreto;

b) si los arts. del Tratado de Asunción 1° y 2°, inciso a) de su Anexo I, permiten a los Estados Partes adoptar una norma nacional – como la ley N° 17.296, art. 585 – la cual reimplantó el tributo denominado ‘tasa consular’.”»⁴¹.

A partir de dichas preguntas, el Tribunal interpretó que la primera cuestión hacía relación a «*si las normas del Mercosur, ..., priman sobre la norma de derecho interno de un Estado Parte*»⁴².

A fin de responder al interrogante, el Tribunal comenzó por señalar que el «*derecho del Mercosur es un conjunto de normas establecido por voluntad de los Estados*», cuyos instrumentos de rango originario «*forjan la estructura misma del Mercosur en la medida que establecen las normas, delinear los principios, indican los objetivos y los mecanismos fundamentales para alcanzarlos, crean los órganos comunes y determinan su competencia dotando a algunos de capacidad normativa, de cuyo ejercicio surgen las normas denominadas ‘derivadas’*. Todo ello constituye un cuerpo normativo vivo, de naturaleza especial y de jerarquía diversa, que se convierte en obligatorio como parte del ordenamiento jurídico de cada Estado Parte desde su incorporación o internalización, acto del cual derivan derechos y obligaciones»⁴³.

Las disposiciones del derecho interno pueden llegar a colisionar con el ordenamiento regional lo que conllevará analizar la cuestión de la compatibilidad entre ambos órdenes⁴⁴. Ante tal circunstancia, surge el interrogante de si el derecho del MERCOSUR reviste una jerarquía superior al derecho de los países miembros, lo cual «*debe abordarse teniendo en cuenta la diversidad existente en cuanto a la interpretación de la habilitación constitucional para la integración del Estado Parte*»⁴⁵.

Sin dudas, esta última afirmación del Tribunal presenta, cuanto menos, un importante flanco de crítica ya que como bien lo han considerado los distintos Tribunal de Justicia de los procesos andino y europeo, la prevalencia del derecho

41 TPR, Schnek y otros, OC N° 01/08, cit., considerando 10. El destacado es de la decisión.

42 TPR, Schnek y otros, OC N° 01/08, cit., considerando 21.

43 TPR, Schnek y otros, OC N° 01/08, cit., considerando 24.

44 TPR, Schnek y otros, OC N° 01/08, cit., considerandos 25 y 26.

45 TPR, Schnek y otros, OC N° 01/08, cit., considerando 27.

regional no puede depender de las permisiones o autorizaciones que contengan las constituciones nacionales de los Estados miembros, ni aún de la jurisprudencia interna de sus tribunales supremos, dado que, si así fuera, la norma comunitaria no usufructuaría de una verdadera aplicación uniforme en todo el territorio integrado – independientemente del Estado del que se trate –, pues quedaría a merced de la mayor o menor “estatura” que le asigne la constitución nacional respectiva⁴⁶; en otras palabras, la norma regional podría ser de aplicación prevalente en algunos países y no en otros, lo cual, además de los inconvenientes propios para la consolidación jurídica del bloque, conlleva una injustificada discriminación entre los ciudadanos de los distintos Estados. Como bien lo sostuvo Pescatore – uno de los principales jueces del TJCE –, “la verdadera fuente de la prerrogativa de primacía erigida por el derecho comunitario... [radica en]... su propia naturaleza... *la primacía del derecho comunitario no se deriva de una concesión cualquiera por parte del derecho constitucional de los Estados... La referencia al derecho constitucional de los Estados es peligrosa porque corre el peligro de romper la uniformidad del derecho comunitario*”⁴⁷.

Por otro lado, ello no implica desconocer que “la diferencia que ofrecen las Constituciones nacionales de los Estados Partes [del MERCOSUR] en cuanto a la jerarquía reconocida al derecho de la integración, influencia – en algunos casos de forma decisiva y con matices en otros – en la manera en que los tribunales internos aplican este derecho, así como la interpretación sistemática que efectúan”⁴⁸.

Para el TPR, las normas nacionales pueden presentar contradicciones con las provenientes de los órganos regionales, y tales «*situaciones llevan a requerir la interpretación sobre la compatibilidad o incompatibilidad de unas con otras o de la legalidad de unas frente a las otras y – aún más – sobre la jerarquía o primacía de una normativa sobre otra*»⁴⁹. En tales supuestos, en el marco de las controversias planteadas entre Estados Partes, la interpretación elaborada por los tribunales arbitrales

46 Ver, *del autor*, “Habilitación Constitucional para la Integración Comunitaria”, tomo I y II, ed. Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, Uruguay, 2004, en la cual se puede observar los “diferentes” esfuerzo hermenéuticos que deben hacer los jueces nacionales de los respectivos Estados Partes, a la hora de fundamentar la prevalencia del derecho mercosureño sobre el ordenamiento nacional, basados en la constitución nacional correspondiente.

47 PESCATORE, Pierre, “Aspectos judiciales del ‘acervo comunitario’”, Revista de las Instituciones Europeas N° 2, 1981, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pág. 346 a 347. En igual sentido, GUY, Isaac, “Manual de Derecho Comunitario General”, ed. Ariel, Barcelona, 1997, pág. 210; RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos-VALLE GÁLVEZ, Alejandro, “El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales Nacionales”, Revista de Derecho Comunitario Europeo N° 2, 1997, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pág. 371.

48 DREYZIN DE KLOR, Adriana-PEROTTI, Alejandro D., “El rol de los tribunales nacionales de los Estados del MERCOSUR”, ed. Advocatus, Córdoba, 2009 (*en prensa*), págs. 90 a 91.

49 TPR, Schnek y otros, OC N° 01/08, cit., considerando 29.

del bloque *«ha conducido en general a resaltar la primacía o jerarquía de la normativa del Mercosur desde su incorporación o internalización cuando una norma interna en el mismo ámbito reglado se le contraponen»*, siempre y cuando no se trate de ámbitos en los cuales, ante la falta de armonización legislativa a nivel del bloque, el Estado Parte del que se trate pueda adoptar la norma censurada⁵⁰. Y agregó que el *«término ‘primacía’ no es exclusivo del derecho comunitario»* sino que *«[e]s propio de todo análisis en que esté en juego la preeminencia de una norma sobre otra o su jerarquía para la interpretación y aplicación del derecho»*, y ha sido en base a tal construcción que en nuestro proceso de integración *«se ha reconocido la primacía o jerarquía superior de la normativa Mercosur... sobre la norma interna»*⁵¹.

Enfatizó a esta altura de la OC que, *«[d]e modo general, el Tribunal afirma la primacía de la normativa del Mercosur desde su ratificación, incorporación o internalización, según sea el caso, respecto de toda disposición interna de los Estados Parte que le sea contrapuesta sobre materias de la competencia legislativa del Mercosur»*⁵².

La *«cuestión específica»* que fue planteada, destacó el Tribunal, hacía referencia – como antes se dijo – a la primacía del artículo 1 del TA y de los artículos 1 y 2 de su Anexo I, de los artículos 38 y 42 del POP, y de las Decisiones N° 07/94, 22/94 y 22/00, todas del CMC, y la Resolución GMC N° 36/95, frente al artículo 585 de la Ley 17.296 (la cual reimplantó la tasa consular que en su momento había sido derogada por el artículo 473 de la Ley 16.226)⁵³.

Producto del contenido de la OC peticionada, el Tribunal debió entrar a analizar la consecuencia del sentado principio de la primacía del derecho del MERCOSUR. En efecto, reparó en que la actora, en el numeral 53 de la demanda principal⁵⁴, solicitó como parte de la OC que aquel se expida sobre la norma – nacional o mercosureña – que el juez de la causa debía aplicar en el *sub judice*. Sin embargo, *«no corresponde [al TPR] indicar al juez la normativa a aplicar; por cuanto es a éste al que compete decidir esa materia en el marco del ordenamiento jurídico uruguayo, viabilizar el procedimiento y resolver en definitiva “inaplicar” la norma interna si resultare que, conforme afirma la demanda, ella viola la normativa Mercosur invocada»*⁵⁵.

En lo que hace *«a la cuestión de compatibilidad o incompatibilidad normativa»* cabe al Tribunal *«brindar al órgano requirente los elementos que permitan una clarificación del muchas veces complejo sistema normativo del... Mercosur»*, pues

50 TPR, Schnek y otros, OC N° 01/08, cit., considerando 30.

51 TPR, Schnek y otros, OC N° 01/08, cit., considerando 31.

52 TPR, Schnek y otros, OC N° 01/08, cit., considerando 34. La negrita no es del original.

53 TPR, Schnek y otros, OC N° 01/08, cit., considerando 35.

54 TPR, Schnek y otros, OC N° 01/08, cit., considerando 36.

55 TPR, Schnek y otros, OC N° 01/08, cit., considerando 38.

«[n]o hacerlo, sería negar la misma finalidad que se ha tenido en cuenta al prever en el PO la posibilidad de requerir una opinión consultiva como un mecanismo de cooperación, por medio del cual los órganos jurisdiccionales nacionales pueden interactuar con el TPR»⁵⁶. No obstante, un extremo «que en este caso... aparece ajén[o] al alcance que pudiera tener esta OC» es la determinación de «tasa o impuesto» que, «conforme al derecho interno y la prueba de los hechos que determinan su aplicación», cabrá asignar al tributo resistido por la actora, lo cual «en definitiva deberá ser objeto de pronunciamiento por el órgano judicial uruguayo» peticionante de esta OC; sólo a partir de dicha determinación por el juez nacional, podrá luego el TPR «expedirse sobre si el acto normativo interno debidamente calificado, se contrapone o resulta incompatible con el ordenamiento jurídico del Mercosur»⁵⁷.

De cualquier manera, llegado el caso en el que pudiera concluirse que existe una incompatibilidad entre ambos órdenes jurídicos – nacional y mercosureño –, anticipó el Tribunal que, «en la actual etapa del proceso de integración, tanto los Tribunales Ad Hoc como el TPR carecen de competencia para declarar de forma directa la nulidad o la inaplicabilidad de la norma interna... Son los órganos estatales competentes los que deben derogar o modificar la norma interna incompatible»⁵⁸.

Técnicamente, la incapacidad del Tribunal para invalidar una norma interna tiene lugar «en la actual» y en todas las etapas del proceso de integración, cualquiera sea el avance que éste pueda adquirir; en efecto, ambos ordenamiento jurídicos, el del MERCOSUR y el nacional, constituyen órdenes normativos autónomos, por lo cual la consecuencia directa de tal autonomía es que las normas de uno de tales órdenes no podrán derogar las del otro.

Siguiendo la doctrina del TJCE, existiendo incompatibilidad entre una norma

56 TPR, Schnek y otros, OC N° 01/08, cit., considerando 43. La negrita no es del original.

57 TPR, Schnek y otros, OC N° 01/08, cit., considerandos 44 y 53.

58 TPR, Schnek y otros, OC N° 01/08, cit., considerando 33. Diferente parecería ser la posición adoptada por el TAHM en su V° Laudo (bicicletas), oportunidad en la cual se arrogó la autoridad – y así lo determinó en su sentencia – para derogar el acto argentino incompatible con el derecho del MERCOSUR (laudo de 29 de septiembre de 2001, Restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo, y aclaratoria de 31 de octubre de 2001, Restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo, BOM N° 19, diciembre, 2001, págs. 321 y 334, respectivamente). Para una crítica acerca de la solución adoptada por el tribunal arbitral (en cuanto a la anulación del acto argentino), basada principalmente en su argumentación sobre el efecto directo del laudo, ver BUSTINGORRI, Ignacio-BARRIENTOS, Alejandro Daniel-LANDERA, Eduardo Federico-CASTRO VIDELA, Santiago María, “Algunas consideraciones teóricas sobre la base del Quinto Laudo Arbitral del MERCOSUR”, Revista de Derecho Internacional y del MERCOSUR N° 3, junio 2005, ed. La Ley, Buenos Aires, págs. 163 a 170; del autor, “Los principios del Derecho comunitario y el Derecho interno en Europa y la Comunidad Andina. Aplicabilidad en el Derecho del MERCOSUR”, ed. Mediterránea, Córdoba, en prensa, págs. 50 a 53; FERNÁNDEZ REYES, Jorge, “El laudo sobre Régimen de Origen (Quinto Laudo Arbitral)”, Cuadernos de Negocios Internacionales e Integración N° 33, 34 y 35, año VII, julio – diciembre 2001, ed. UCUDAL, Montevideo, págs. 29 a 30.

comunitaria y una norma nacional – anterior o posterior –, la solución del asunto no es la derogación de esta última por fuerza de la primera⁵⁹, o por virtud de una sentencia del respectivo tribunal regional, sino la obligación que nace en cabeza de las autoridades nacionales (sea el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo o el Poder Judicial) de inaplicar la norma nacional por fuerza de la disposición comunitaria. Tal obligación de inaplicación de la disposición nacional, o aplicación preferente de la norma comunitaria, como consecuencia de su primacía, debe ser llevada a cabo de forma automática, de pleno derecho, sin esperar a su previa derogación o al cumplimiento de un requisito similar⁶⁰.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad

59 No puedo dejar de mencionarse que la Decisión CMC N° 22/04, que aprueba como su anexo los “Lineamientos para el procedimiento de entrada en vigor de las normas MERCOSUR que no requieren tratamiento legislativo”, en el literal 6 de los mismos establece que “[l]as Normas MERCOSUR comprendidas en el presente procedimiento dejarán sin efecto, a partir de su entrada en vigencia, a las normas nacionales de igual o menor jerarquía que se les opongan, de conformidad con los procedimientos internos de cada Estado Parte”. El destacado fue agregado.

60 En la jurisprudencia europea pueden verse TJCE, sentencias de 4 de abril de 1968, Gebrüder Lück, asunto 34/67, Rec. 1968 pág. 245, en especial pág. 251; de 13 de julio de 1972, Comisión/Italia, asunto 48/71, Rec. 1972 pág. 529, considerando 7; de 4 de abril de 1974, Comisión/Francia, asunto 167/73, Rec. 1974 pág. 359, considerando 35; de 21 de mayo de 1987, Albako, asunto 249/85, Rec. 1987 pág. 2345, considerando 17; de 4 de febrero de 1988, Murphy, asunto 157/86, Rec. 1988 pág. 673, considerando 11; de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo, asunto 103/88, Rec. 1989 pág. 1989, considerandos 31 y 33; de 11 de julio de 1989, Ford/España, asunto 170/88, Rec. 1989 pág. 2305 (publicación sumaria); de 4 de junio de 1992, Debus, asuntos acumulados C-13/91 y C-113/91, Rec. I-3617, considerando 32; de 9 de junio de 1992, Simba y otros, asuntos acumulados C-228/90 a C-234/90, C-239/90 y C-253/90, Rec. I-3713, considerandos 27 a 29; de 2 de agosto de 1993, Levy, asunto C-158/91, Rec. I-4287, considerando 9; de 23 de marzo de 1995, Bordessa y otros, asunto C-416/93, Rec. I-361, considerando 35; de 14 de diciembre de 1995, Sanz de Lera y otros, asuntos acumulados C-163/94, C-165/94 y C-250/94, Rec. I-4821, considerando 48; de 30 de abril de 1996, Cía. Security Internacional, asunto C-194/94, Rec. I-2201, considerandos 47, 54 y 55; de 26 de septiembre de 1996, Arcaro, asunto C-168/95, Rec. I-4705, considerandos 39, 40 y 43; de 24 de octubre de 1996, Kraaijeveld e.a., asunto C-72/95, Rec. I-5403, considerandos 61 y 62; de 13 de marzo de 1997, Morellato, asunto C-358/95, Rec. I-1431, considerando 20; de 5 de marzo de 1998, Solred, asunto C-347/96, Rec. I-937, considerando 30; de 16 de junio de 1998, Lemmens, asunto C-226/97, Rec. I-3725, considerandos 33 y 35; de 22 de octubre de 1998, IN.CO.GE., asuntos acumulados C- 10/97 a C-22/97, Rec. I-6307, considerando 21; de 29 de abril de 1999, Ciola, asunto C-224/97, Rec. I-2517, considerandos 26 a 34; de 8 de junio de 2000, Carra, asunto C-258/98, Rec. I-4271; de 26 de septiembre de 2000, Engelbrecht, asunto C-262/97, Rec. I-7321, considerando 40; de 3 de mayo de 2001, Verdonck, asunto C-28/99, Rec. I- 3399, considerando 38; de 28 de junio de 2001, Larsy, asunto C-118/00, Rec. I-5063, considerando 51; de 22 de mayo de 2003, Connect Austria, asunto C-462/99, Rec. I-5197, considerandos 39 a 42; de 9 de septiembre de 2003, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF), asunto C-198/01, Rec. I-8055, considerandos 49 a 50; de 18 septiembre de 2003, Morellato, asunto C-416/00, Rec. I-9343, considerando 45; de 3 de mayo de 2005, Berlusconi, asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02, Rec. I-3565, considerando 72; de 8 de noviembre de 2005, Leffler, asunto C-443/03, Rec. I-9611, considerando 51; de 7 de septiembre de 2006, Cordero Alonso, asunto C-81/05, Rec. I-7569, considerando 46, y Laboratoires Boiron, asunto C-526/04, Rec. I-7529, considerandos 38, 40 a 48; de 21 de junio de 2007, Jonkman, asunto C-231/06, Rec. I-5149, considerando 37 y siguientes, y de 18 de julio de 2007, Lucchini, asunto C-119/05, Rec. I-6199, considerando 61; ver también, auto de 28 de marzo de 1980, asuntos acumulados 24 y 97/80R, Comisión/Francia, Rec. 1980 pág. 1319, considerando 16.

Andina (TJCA) ha seguido precisamente los mismos principios⁶¹.

61 Ver TJCA, sentencias de 25 de mayo de 1988, proceso 2-IP-88, Cavelier, GOAC (Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena) N° 33, 26/07/88, considerando 2, párrafo 1°; de 20 de septiembre de 1990, proceso 2-IP-90, Cavelier y Vernet, GOAC N° 69, 11/10/90, considerando 1; de 17 de marzo de 1995, proceso 10-IP-94, Nombres de publicaciones periódicas, programas de radio y televisión y estaciones de radio difusión, GOAC N° 177, 20/04/95, considerando 15; de 30 de octubre de 1996, proceso 1-AI-96, Junta/Ecuador, GOAC N° 238, 04/12/96, considerando IX; de 3 de marzo de 1997, proceso 8-IP-96, marca Elche, GOAC N° 261, 29/04/97 (Principio de aplicabilidad directa, párrafo 2°); de 24 de marzo de 1997, proceso 3-AI-96, Junta/Venezuela, GOAC N° 261, 29/04/97, considerando VI; de 29 de julio de 1998, proceso 2-IP-97, marca: Rioclaro + Gráfica, GOAC N° 393, 14/12/98, considerando II, párrafo 1°; de 7 de septiembre de 1998, proceso 19-IP-98, Naviera del Pacífico, GOAC N° 379, 27/10/98, considerando IV; de 12 de noviembre de 1999, proceso 7-AI-99, Secretaría General/Perú, GOAC N° 520, 20/12/99, considerando 2.5.1; de 2 de junio de 2000, proceso 19-AI-99, Secretaría General/Ecuador, GOAC N° 588, 02/08/00, considerando II; de 23 junio 2000, proceso 34-IP-2000, marca Finadyne, GOAC N° 583, 17/07/00, considerando 8, párrafo 2°; de 6 de septiembre de 2000, proceso 64-IP-2000, Cavelier Gaviria y otros, GOAC N° 602, 21/09/00, considerando 4.2; de 29 de noviembre de 2000, proceso 27-AI-2000, Secretaría General/Ecuador, GOAC N° 644, 20/02/01, considerando 2.3, párrafo 1°; de 31 de enero de 2001, proceso 17-AI-2000, Secretaría General/Venezuela (Ley de protección y desarrollo de la Marina Mercante Nacional), GOAC N° 651, 20/03/01, considerando 2.2; de 22 de junio de 2005, proceso 75-IP-2005, Curtiembre Renaciente, GOAC N° 1233, 18/08/05, considerando 6, párrafos 4° a 7°; de 6 de julio de 2005, proceso 77-IP-2005, Flodelva, GOAC N° 1235, 23/08/05, considerando 2, párrafos 1° a 2°; de 27 de julio de 2005, proceso 76-IP- 2005, Curtiembre Renaciente, GOAC N° 1242, 12/09/05, considerando 4.3, párrafo 12°; de 24 de agosto de 2005, proceso 69-IP-2005, Novartis, GOAC N° 1304, 07/03/2006, considerando III; de 28 de septiembre de 2005, proceso 136-AI-2004, Secretaría General/Ecuador, GOAC N° 1265, 22/11/05, considerando VI; de 1 de diciembre de 2005, proceso 112-IP-2005, Enaca, GOAC N° 1301, 28/02/2006, considerando II; de 18 de enero de 2006, proceso 113-IP- 2005, Ecuadortlc, GOAC N° 1314, 28/03/06, considerando II; de 19 de abril de 2006, proceso 53-IP-2006, Curtiembre Renaciente, GOAC N° 1362, 22/06/06, considerando 5; de 5 de julio de 2006, proceso 50-IP-2006, Curtiembre Renaciente, considerando I, y proceso 54-IP-2006, Curtiembre Renaciente, considerando I, GOAC N° 1399, 15/09/06; de 27 de julio de 2006, proceso 122-IP-2006, UBS, GOAC N° 1433, 24/11/06, considerando VI; de 18 de agosto de 2006, proceso 114-IP-2006, Curtiembre Renaciente, GOAC N° 1414, 16/10/06, considerando B; de 19 de septiembre de 2006, proceso 115-IP-2006, Curtiembre Renaciente, GOAC N° 1421, 03/11/06, considerando 2; de 4 de diciembre de 2006, proceso 192-IP-2006, marca: Thomas, GOAC 1478, 21/03/07, conclusión tercera; de 28 de marzo de 2007, proceso 29-IP-2007, marca: Embassy, GOAC N° 1514, 02/07/07, considerando 3.2; de 15 de agosto de 2007, proceso 86-IP-2007, marca: Chocoflakes, GOAC N° 1557, 05/11/07, considerando f y conclusión quinta, y proceso 5-IP-2007, marca: Boxer, GOAC N° 1546, 24/08/07, conclusión tercera; de 4 de diciembre de 2007, proceso 109-IP-2007, marca: Loma's, GOAC N° 1581, 04/02/08, conclusión séptima, y proceso 138-IP-2007, marca: Fruitella, GOAC N° 1591, 25/02/08, conclusión tercera; de 3 de abril de 2008, proceso 193-IP-2007, Diswafer, GOAC N° 1619, 16/05/08, considerando I y conclusión primera; de 10 de abril de 2008, proceso 2-IP-2008, Plantaciones Malima, GOAC N° 1624, 03/06/08, considerando 4; de 17 de abril de 2008, proceso 12-IP-2008, Diswafer, GOAC N° 1647, 18/08/08, considerando 1; de 24 de abril de 2008, proceso 1-IP-2008, Orjuela Góngora, GOAC N° 1635, 14/07/08, conclusión primera; de 30 de abril de 2008, proceso 17-IP-2008, Aduanas Avia Ltda., GOAC N° 1638, 22/07/08, conclusión primera; de 23 de julio de 2008, proceso 50-IP-2008, Hilsea Investments Ltd., GOAC N° 1650, 28/08/08, considerando 1, y proceso 67-IP-2008, Florycampo, GOAC N° 1655, 15/09/08, considerando III; de 3 de diciembre de 2008, proceso 2-AI-2008, Secretaría General/Perú, OAC N° 1687, 14/01/09, considerando 5, párrafos 4 y 9; de 13 de marzo de 2009, proceso 130-IP-2008, Inaexpo, GOAC N° 1713, 21/04/09, considerando 3.2, y proceso 6-IP-2009, GOAC N° 1727, 30/06/09, considerando 3.9; de 1 de abril de 2009, proceso 10-IP-2009, marca: Pentamix, GOAC N° 1721, 03/06/09, considerando A, párrafo 4°; de 1 de abril de 2009, proceso 131-IP-2009, marca: Simoniz, GOAC N° 1729, 03/07/09, considerando 1 y conclusión primera, y de 28 de mayo de 2009, proceso 13-IP-2009, marca: Marcel France, GOAC N° 1732, 14/07/09, considerando E y conclusión quinta..

De esta manera puede concluirse que, ante un supuesto de incompatibilidad entre una norma del MERCOSUR y una proveniente del ordenamiento nacional, las autoridades del Estado del que se trate tienen el deber de dar aplicación preferente al derecho regional, debiendo inaplicar la disposición nacional violatoria, por propia autoridad y de manera automática, garantizando de esta manera tanto el principio de la primacía de la norma mercosureña, como los derechos que ella otorga a los particulares.

En este sentido, el Tribunal pareció adherir al deber que tienen las autoridades estatales, y más en particular los jueces internos, de inaplicar de la norma nacional inconciliable con la norma del bloque. En efecto, así parece surgir del ya recordado considerando 38, cuando el Tribunal, al tiempo de desestimar el pedido de la parte en el litigio principal, relativo a que el TPR determine cuál era la norma que el juez consultante debía aplicar, señaló que ello no era competencia del Tribunal sino del propio juez interno, a quien compete, en el ámbito de su derecho nacional, «resolver en definitiva **“inaplicar”** la norma interna si resultare que, conforme afirma la demanda, ella viola la normativa Mercosur invocada»⁶².

Para culminar, el Tribunal afirmó «de modo general... la primacía de la normativa del Mercosur ratificada, incorporada e internalizada, según sea el caso, por los Estados Parte, sobre **toda disposición interna** que en el marco de su competencia normativa [MERCOSUR] le sea contrapuesta»; que las disposiciones del derecho originario, ratificadas y en vigor, «tienen validez internacional y generan derechos y obligaciones»; que las normas del derecho mercosureño derivado, una vez incorporadas a los ordenamientos nacionales «y completado el procedimiento establecido por los artículo[s] 38 a 42 del [POP], adquieren obligatoriedad dentro del ordenamiento jurídico del Estado Parte y validez internacional con el alcance que emanan del [TA, del POP], de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y de la costumbre internacional», y que en el marco de una OC puede expedirse «sobre la compatibilidad de una norma nacional con el derecho del Mercosur» sin que pueda, sin embargo, «expedirse sobre su constitucionalidad, aplicabilidad o nulidad, cuestión de exclusivo resorte de la jurisdicción nacional»⁶³.

VI. La OC N° 01/2009

Los mismos miembros que emitieron el pronunciamiento anterior, respondieron la OC N° 01/2009, *Frigorífico Centenario y otros*, aunque en esta oportunidad

⁶² TPR, Schnek y otros, OC N° 01/08, cit. La negrita fue agregada.

⁶³ TPR, Schnek y otros, OC N° 01/08, cit., conclusión, literales 2 a 5. La negrita no es del original.

bajo la coordinación de Fontoura⁶⁴.

En primer lugar reiteró la competencia del Tribunal para examinar la cuestión de la posible incompatibilidad entre las normas mercosureñas y las nacionales, no sin resaltar que su respuesta *«no sustituye la resolución del órgano juzgador de la jurisdicción nacional, al cual, en definitiva corresponde decidir sobre la norma aplicable para resolver el litigio»*⁶⁵.

Con cita de su OC N° 01/2008, afirmó – tras rememorar que *«en la actual etapa del proceso de integración»* carece de poderes para anular una norma nacional conflictuante con el ordenamiento regional – *«la primacía de la normativa vigente del Mercosur que ha sido objeto de ratificación, incorporación o internalización, según sea el caso, en el respectivo Estado Parte, sobre toda disposición interna del Estado Parte que le sea contrapuesta sobre materias de la competencia legislativa del Mercosur»*⁶⁶.

Asimismo, trayendo a colación *«el criterio sentado en la OC N° 1/2008»*, consideró que tal como se hallan reguladas en el MERCOSUR, *«las opiniones consultivas... no pueden ser asimiladas a los recursos prejudiciales previstos por otros procesos de integración»*, razón por la cual *«no corresponde al TPR indicar al juez la normativa que en definitiva habrá de aplicar»*; tal atribución es *«de resorte exclusivo del propio juez, a quien le compete decidir esta materia en el marco del ordenamiento jurídico concreto, viabilizar el procedimiento y resolver no aplicar la norma interna al momento de resolver, si considera que viola la norma Mercosur invocada»*⁶⁷. En cuanto a la naturaleza del instituto de las OC resulta – cuanto menos – llamativa la posición asumida en el fallo si se tiene en cuenta que el mismo Tribunal, aunque con otra integración, dos años antes en su OC N° 01/2007, por decisión unánime, concluyó – siguiendo la propuesta del miembro coordinador – que *«[l]as Opiniones Consultivas peticionadas por los órganos judiciales nacionales deben ser consideradas como interpretaciones prejudiciales consultivas, a la fecha aun no vinculantes»*⁶⁸.

64 La presente opinión consultiva ha sido comentada por DREYZIN DE KLOR, Adriana, “Nuevo pronunciamiento del Tribunal Permanente de Revisión”, en la página Web de ASADIP (Asociación Americana de Derecho Internacional Privado), Asunción, Paraguay, 10/07/09, <http://asadip.wordpress.com/2009/07/10/nuevo-pronunciamiento-del-tribunalpermanente-de-revisin/>, y con algunos cambios, de la misma autora, “Una nueva opinión consultiva en MERCOSUR: a manera de presentación”, [www.eldial.com](http://www.eldial.com/suplemento-de-Derecho-Internacional-Privado-y-de-la-Integración,edición-del-28/08/09,http://www.eldial.com/suplementos/Privado/tcdNP.asp?fecha=28/08/2009&id_publicar=17750&numero_edicion=2849_&camara=Doctrina&id=4536&vengode=suple&fecha_publicar=28/08/2009), Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, edición del 28/08/09, http://www.eldial.com/suplementos/Privado/tcdNP.asp?fecha=28/08/2009&id_publicar=17750&numero_edicion=2849_&camara=Doctrina&id=4536&vengode=suple&fecha_publicar=28/08/2009.

65 TPR, Frigorífico Centenario y otros, OC N° 01/09, cit., considerando 13.

66 TPR, Frigorífico Centenario y otros, OC N° 01/09, cit., considerando 16.

67 TPR, Frigorífico Centenario y otros, OC N° 01/09, cit., considerando 18. Las negritas fueran agregadas.

68 TPR, Norte/Laboratorios Northia, OC N° 01/07, cit., conclusión 1. El resaltado no es del original.

Una vez más, el Tribunal destacó que, en el presente asunto, previo a poder entrar en el análisis de si la norma uruguaya es ajustada al derecho del MERCOSUR, debe el juez consultante clarificar si el tributo en cuestión es una tasa o un impuesto. Finalmente, en lo que ahora interesa, señaló – tal como lo hizo en la OC N° 01/2008 – que las normas del MERCOSUR, una vez en vigor, «*generan derechos y obligaciones y priman sobre toda disposición interna que en el marco de su competencia normativa le sea contrapuesta*», y que en el marco de las OC, el Tribunal puede examinar «*la compatibilidad de una norma nacional con el derecho del Mercosur*», aunque «*no le cabe expedirse sobre su constitucionalidad, aplicabilidad o nulidad, cuestión de exclusivo resorte de la jurisdicción nacional*»⁶⁹.

VII. Conclusión

Luego de este breve resumen de las aristas que el TPR ha establecido en cuanto al principio de primacía a lo largo de sus OC N° 01/2007, 01/2008 y 01/2009, cabe hacer algunas conclusiones.

1. En *Schnek y otros* y en *Frigorífico Centenario y otros*, el Tribunal no mencionó en ninguno de sus considerandos el asunto *Norte/Laboratorios Northia*, en el cual todos los miembros se habían expedido sobre el principio de primacía del derecho del bloque; más aún, en esta oportunidad el Tribunal mantuvo dicha primacía por voto unánime. Sorprende aún más la ausencia de mención al repararse que en *Schnek y otros* el Tribunal cita precedentes del TAHM (Laudos I° y VIII° – cigarrillos –⁷⁰)⁷¹.

2. La base última para el reconocimiento de la primacía del derecho mercosureño ha sido una cuestión barajada de forma no siempre clara por las decisiones bajo comentario. En este sentido, el precedente *Norte/Laboratorios Northia* ha sido la OC en la cual se ha intentado dar mayor autonomía al origen de aquella primacía, en especial en el voto del miembro coordinador. En *Frigorífico Centenario y otros* el Tribunal, a pesar de que persisten algunos resabios internacionalistas, parece decidido a abandonar el derecho internacional como uno de los elementos sobre los cuales fundar la primacía y apoyarse en el propio ordenamiento jurídico mercosureño, siguiendo la solución propiciada, con razón, en *Norte/Laboratorios Northia*, y separándose del apego a la tesis

69 TPR, *Frigorífico Centenario y otros*, OC N° 01/09, cit., conclusiones 2 y 3.

70 THAM, laudos aplicación de medidas restrictivas al comercio recíproco, 1999, cit., y de 21 de mayo de 2002,

Aplicación del “IMESI” (impuesto específico interno) a la comercialización de cigarrillos, BOM N° 22, julio – septiembre 2002, pág. 209.

71 TPR, *Schnek y otros*, OC N° 01/08, cit., considerandos 28, y 48, 55 y 56, respectivamente.

internacional demostrada en *Schnek y otros*⁷².

3. En todas las decisiones, en especial en *Schnek y otros* y en *Frigorífico Centenario y otros*, se percibe la opinión del Tribunal en el sentido de que la primacía del derecho mercosureño es predicable frente a “toda” disposición del derecho interno contraria, lo cual implica “no” dejar ningún tipo de normas nacionales, cualquiera sea su naturaleza o rango, fuera del alcance de aquella primacía. Además, de ninguna de las decisiones surge que la prevalencia sólo beneficie a las normas del derecho originario, razón por la cual, tanto éstas, como las normas del MERCOSUR derivadas, deben entenderse depositarias de tal atributo.

4. Las tres OC ponen énfasis a la hora de declarar la primacía – parecería como condición *sine qua non* – en que la norma del bloque debe haber sido ratificada y estar en vigor (derecho originario), o internalizada y estar vigente (derecho derivado), según sea el caso. Sin embargo, si ello es así, quedan sin solución los supuestos en los que la incompatibilidad surge entre una norma interna y una del MERCOSUR (en especial, las normas derivadas) que no requiere internalización específica, como por ejemplo, entre otros, los siguientes:

- norma del MERCOSUR que no ha sido transpuesta pero es aplicable en los términos del artículo 6 de la Decisión CMC N° 31/04, a cuyo tenor “[e]l Estado Parte que, en las fechas previstas en la presente Decisión⁷³, o en el plazo establecido por el GMC en aplicación del artículo 4⁷⁴, *no hubiera puesto en vigencia interna las Resoluciones referidas*⁷⁵, no podrá negarse a dar curso, en condiciones preferenciales, a las importaciones de los demás Estados Partes amparados por Certificados de Origen válidos, basadas en divergencias de Nomenclatura”⁷⁶. Como se puede observar, aún cuando un Estado Parte no haya internalizado la norma en cuestión, sus autoridades nacionales no podrán negarse a aplicarla.

⁷² Por cierto que esta sana evolución puede encontrarse también en la jurisprudencia del TJCE. En tal dirección resulta evidente comparar, entre otras, las sentencias de 5 de febrero de 1963, Van Gend y Loos, asunto 26/62, EEE 1961-1963, pág. 333, considerando noveno, y Costa/ENEL, asunto 6/64, cit., considerando séptimo.

⁷³ Decisión CMC N° 31/04, artículo 3 “Al incorporar, conforme a los artículos 40 y 42 del Protocolo de Ouro Preto, las Resoluciones que modifican la Nomenclatura Común del MERCOSUR y su correspondiente Arancel Externo Común, aprobadas a lo largo de un semestre, los Estados Partes establecerán las fechas de 1° de julio y 1° de enero de cada año, según corresponda, para su entrada en vigencia en sus respectivos territorios nacionales. Al aprobarse las referidas Resoluciones, los plazos previstos en ellas para su vigencia y previa incorporación deberán ajustarse a las fechas mencionadas”.

⁷⁴ Decisión CMC N° 31/04, artículo 4 “En casos excepcionales, por razones justificadas de orden económico, el Grupo Mercado Común podrá, a solicitud de cualquier Estado Parte, establecer otras fechas para la entrada en vigencia y la previa incorporación en los respectivos territorios de los Estados Partes”.

⁷⁵ Relativas a la aprobación de las modificaciones de la NCM (Nomenclatura Común del MERCOSUR) y su correspondiente AEC (Arancel Externo Común).

⁷⁶ El destacado fue adicionado.

- hipótesis de norma del MERCOSUR que el Estado Parte no ha incorporado, pues el contenido de la misma se halla receptado en una disposición de derecho interno (Decisión CMC N° 23/00⁷⁷), o no resulta necesaria dicha internalización para el país (Decisión CMC N° 20/02⁷⁸).

- norma del MERCOSUR que no requiere ser internalizada al derecho de los Estados Partes debido a que regula cuestiones de la organización o el funcionamiento del bloque (Decisión CMC N° 23/00)⁷⁹, como por ejemplo, el RPO (Decisión CMC N° 37/02), o el propio RPOC (Decisión CMC N° 02/07).

77 Decisión CMC N° 23/00, artículo 5 “Las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR no necesitarán de medidas internas para su incorporación, en los términos del artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto, cuando: [...] b) – existe norma nacional que contemple en idénticos términos la norma MERCOSUR aprobada. En este caso la Coordinación Nacional realizará la notificación prevista en el Artículo 40 (i) en los términos del Artículo 2 de esta Decisión, indicando la norma nacional ya existente que incluya el contenido de la norma MERCOSUR en cuestión. Esta comunicación se realizará dentro del plazo previsto para la incorporación de la norma. La SAM comunicará este hecho a los demás Estados Partes” (según la redacción dada por el artículo 10 de la Decisión CMC N° 20/02).

78 Decisión CMC N° 20/02, artículos 11 “Si un Estado Parte entendiera que, a la luz del ordenamiento jurídico nacional, la aplicación de la norma MERCOSUR en su territorio no requiere acto formal de incorporación, deberá notificar ese hecho a la Secretaría, dentro del plazo previsto para la incorporación de la norma. Una vez efectuada la notificación, la norma MERCOSUR se considerará incorporada al ordenamiento jurídico del Estado Parte en cuestión a los efectos de la aplicación del artículo 40 (ii) y (iii) del Protocolo de Ouro Preto” y 12 “Los Estados Partes identificarán conjuntamente los casos en que una norma en función de su naturaleza o contenido, necesita ser incorporada sólo por determinados Estados Partes a sus ordenamientos jurídicos internos, conforme el artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto. Ese entendimiento será explicitado en el texto de la norma con la siguiente mención: ‘Esta (Directiva, Resolución, Decisión) necesita ser incorporada sólo al ordenamiento jurídico interno de (Estado/s Parte/s). Esta incorporación deberá ser realizada antes de (fecha)’ ”.

79 Decisión CMC N° 23/00, artículo 5 “Las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR no necesitarán de medidas internas para su incorporación, en los términos del artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto, cuando: a) los Estados Partes entiendan conjuntamente que el contenido de la norma trata asuntos relacionados al funcionamiento interno del MERCOSUR. Este entendimiento será explicitado en el texto de la norma con la siguiente frase: “Esta norma (Directiva, Resolución o Decisión) no necesita ser incorporada al ordenamiento jurídico de los Estados Partes, por reglamentar aspectos de la organización o del funcionamiento del MERCOSUR”. Estas normas entrarán en vigencia a partir de su aprobación”.

Justiça Supranacional ou Transnacional

José Sebastião Fagundes Cunha¹

Este trabalho é uma homenagem ao Desembargador Celso Rotoli de Macedo, Presidente do Tribunal de Justiça do Paraná, pela vontade política de transformar o sonho do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, a Escola Superior da Magistratura do Mercosul, em uma realidade

A constitucionalização das garantias processuais significou o primeiro grande encontro dos direitos fundamentais do homem e a forma de instrumentar a proteção efetiva deles.²

O passo seguinte, que é marcado no ponto anterior, assinala a necessidade de conciliar o direito interno com o direito supranacional, que, como resulta natural, significa uma superação do dogma da soberania em benefício da efetiva

1 Aceito para o Programa de Pós-Doutoramento da Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais, Orientador Prof. Dr. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, a respeito de acesso à Justiça: novas tecnologias e atendimento aos princípios constitucionais processuais, Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2001) Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996), Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Membro da Rede Latinoamericana de Juizes, autor dos projetos filosóficos, didáticos e pedagógicos da Faculdade de Direito dos Campos Gerais (Conceito A do MEC e da OAB-Conselho Federal) e da Faculdade de Direito de Porto Alegre. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do Conselho da Revista de Processo - Pesquisa, da Editora Revista dos Tribunais, Associado do Instituto Brasileiro de Política e Direitos do Consumidor, Membro Efetivo do Centro de Letras do Paraná, Membro Efetivo da Academia de Letras José de Alencar, Titular da Cadeira 19 da Academia de Letras dos Campos Gerais. Ex-Pesquisador do TJPR para o Instituto Konrad Adenauer - Processo Penal e Direitos Humanos. ex-Pesquisador do CNPQ, Professor da Universidade Estadual de Ponta Grossa de 1985 a 2002. Professor Titular da Faculdade de Direito dos Campos Gerais, Coordenador Pedagógico da Faculdade de Direito dos Campos Gerais, ex-Presidente da Turma Recursal Única do Sistema de Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Poder Judiciário do Estado do Paraná, pesquisador e autor de livros a respeito dos Juizados Especiais, Direitos Humanos, Direito Processual Civil e Direito da Integração Regional. Medalha de Honra ao Mérito da Maçonaria, Grande Oriente do Brasil - Paraná..

2 Preciosa observação, segundo Nilmário MIRANDA, é feita por Mário Lúcio QUINTÃO SOARES: “É incontestável, entretanto, que a incapacidade dos Estados para a promoção dos direitos humanos contemplados em seus textos constitucionais conduziu à internacionalização desses mesmos direitos”. Não obstante a isso, conveniente foi constatar que “(...) A Constituição brasileira, procurando ser um instrumento de mudança social, preconiza, expressamente, princípios basilares dos direitos humanos como: soberania, cidadania, dignidade humana e valores sociais do trabalho; a construção de uma sociedade justa, livre e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização social; a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais”. QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio. *Direitos fundamentais do homem nos textos constitucionais brasileiro e alemão*. Brasília : Separata da Revista de Informação Legislativa a. 29. n.º 115 - Senado Federal - Subsecretaria de Edições Técnicas, 1992. pp. 88-94. Nilmário MIRANDA, Op. cit.

vigência do Direito.³

O Presidente do **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, Ministro CELSO DE MELLO, foi à **1ª Conferência Internacional de Direitos Humanos**, realizada em Brasília, de 14 a 17 de setembro de 1997. Falando para um plenário formado por mais de mil pessoas, entre advogados e estudantes de Direito do Brasil e exterior e ouvido por dois detentores do **Prêmio Nobel da Paz** – ADOLFO PEREZ ESQUIVEL e JOSÉ RAMOS HORTA – o presidente da Suprema Corte de Justiça do País fez propostas para que o sistema de proteção aos direitos básicos da pessoa humana tenha efetiva atuação no plano brasileiro:

Proponho que, esgotada a jurisdição interna, quem se considerar lesado nos direitos fundamentais que a Constituição reconhece possa recorrer aos tribunais ou organismos internacionais constituídos segundo tratados ou convenções dos quais o Brasil, mediante subscrição ou adesão, seja parte. Essa proposta tem por finalidade neutralizar eventual ação diplomática do Estado brasileiro, que, à semelhança do que ocorreu com a não aceitação, por ele, da cláusula inscrita no art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, culmine por recusar a competência jurisdicional da Corte Americana de Direitos Humanos, subtraindo-se, em consequência – e não obstante o sentido inequívoco da vontade estatal na norma inscrita no art. 7º ADCT/88 – ao controle internacional em tema de respeito e proteção aos direitos básicos da pessoa humana.

Para que o sistema de proteção aos direitos básicos da pessoa humana tenha efetiva atuação no plano interno brasileiro, impõe-se – sem prejuízo de outras medidas pertinentes – a adoção de providências, tais como:

a) reconhecimento, sempre em caráter subsidiário, da possibilidade constitucional de acesso à jurisdição internacional, em ordem a permitir que as decisões emanadas de organismos supranacionais possam ser executadas internamente em nosso País;

b) outorga explícita de hierarquia constitucional aos tratados celebrados pelo Brasil, em matéria de direitos humanos, à semelhança do que estabelece a Constituição argentina (1853), com a reforma introduzida em 1994 (art. 75, nº 22), afastando-se,

3 VESCOVI, Enrique A. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 11.

desse modo, a discussão e a controvérsia em torno do alcance do art. 5º, § 2º, da Constituição do Brasil;

c) estipulação, no texto constitucional brasileiro, de cláusula que subordine a denúncia, pelo Presidente da República, de tratados sobre direitos humanos, à prévia aprovação do Congresso Nacional, à semelhança do que dispõem Constituições da Espanha (art. 92, § 20 e art. 94, §1º, c, da Suécia (art. 4º) e da Holanda (art. 91, § 1º), v. g.⁴

Toma-se igualmente importante, de outro lado, submeter à reflexão geral a necessidade de o Estado brasileiro, agindo no plano internacional, ratificar o Protocolo Adicional Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em ordem a reconhecer a jurisdição do Comitê dos Direitos do Homem, nos casos de reclamações individuais contra alegadas violações aos direitos enunciados nesse Pacto.

Revela-se essencial, ainda, que o Brasil também reconheça a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, adotando, imediatamente, as medidas formais reclamadas pelo Artigo 62 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Parece-me recomendável, finalmente, propor ao Governo brasileiro que busque reformar, pelas vias juridicamente adequadas, a norma inscrita no Art. 61 da Convenção Americana de Direitos Humanos, com o objetivo de atribuir, a qualquer pessoa desrespeitada em seus direitos fundamentais, legitimidade para submeter, diretamente, à Corte Internacional de Direitos Humanos, a pertinente reclamação por alegada violação aos direitos de que é titular.

Busca-se, com tal providência, democratizar o acesso à jurisdição internacional, no âmbito regional do sistema interamericano de defesa dos direitos básicos da pessoa humana.”

Em artigo editado pela publicação dos Juízes para a Democracia, Sylvia Helena STEINER MALHEIROS, referindo-se à resistência do governo brasileiro

4 Flávia PIOVESAN, ao advogar a criação de um Tribunal Criminal Internacional Permanente para julgamento de crimes contra a humanidade, em artigo intitulado *Um Tribunal Permanente*, afirma: “Nuremberg atestou que a proteção dos direitos humanos não mais poderia se confirmar ao domínio reservado do Estado, consolidando a idéia de que a forma pela qual um Estado trata seus cidadãos interessa ao mundo e que, por sua vez, os indivíduos têm direitos protegidos na ordem internacional” (PIOVESAN, Flávia C. *Um tribunal permanente*. In: Folha de São Paulo, 3.2 - Caderno Cotidiano, 3/10/96.

em reconhecer a competência da corte interamericana de direitos humanos, declara com rigor: “*O reconhecimento incondicionado da competência da Corte não fere a soberania do Estado, mesmo porque o Estado assumiu o compromisso, perante a ordem internacional, de zelar pela prevalência dos direitos humanos na ordem interna e em suas relações com os demais Estados.*”⁵

Portanto, a eficaz consagração do princípio constitucional da **prevalência dos direitos humanos** aguarda complementaridade na implementação de um sistema internacional que efetive instrumentos de proteção aos direitos humanos, mediante seu aperfeiçoamento, bem como o reconhecimento, por parte das nações, da capacidade processual de seus cidadãos mediante sincera compreensão da integral completitude normativa de Declarações, Pactos, Convenções e Tratados Internacionais ao regimento jurídico nacional.

O almejado reconhecimento da competência das Cortes internacionais, mediante a desobstrução do exercício e as atribuições concernentes à investigação e ao julgamento de violações a direitos humanos deflagrados em território brasileiro, ainda hoje, é enfrentado de forma discordante sob alegação de se preservar a soberania nacional. Equivocam-se, portanto, aqueles que insistem na compreensão restritiva do antigo silogismo jurídico incurso na traiçoeira e incompleta definição de soberania, conforme se verá adiante.⁶

Segundo Nilmário MIRANDA,⁷ pode-se deduzir a motivação da objeção à tese de acolhimento irrestrito das garantias jurídicas internacionais de proteção aos direitos humanos, decorrente dos princípios da universalidade e da indivisibilidade por países violadores de direitos de suas populações (seja por natureza étnica, política, cultural, social ou religiosa), portanto, descompromissados com a preservação integral da dignidade humana de seus concidadãos. Entretanto, aos países que no plano político externo apregoam o aprimoramento e a auto-evolução de sua vida democrática, não há elemento justificador da abstenção ao acolhimento complementar de mecanismos internacionais que visem à defesa dos direitos da

5 STEINER MALHEIROS, Sylvia Helena. Reconhecimento da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil: exigência democrática. In: Juízes para a Democracia – Publicação Oficial da Associação Juízes para a Democracia. São Paulo : ano 4, n.º 8, junho/1996. p. 10.

6 Em *A violação sistemática dos Direitos Humanos*, Oscar VILHENA VIEIRA, ao expor a ineficácia da ordem jurídica constitucional na monopolização e contenção da violência e do arbítrio, cita Michel FOUCAULT: “ao questionar o paradigma jurídico construído a partir da idéia de soberania, aponta relações de dominação que não decorrem da soberania, mas que são construídas a partir das relações no interior da Sociedade”, In: *Microfísica do Poder*, Rio de Janeiro : Graal, 1982. p. 181. (FOUCAULT, Michel, citado por VILHENA VIEIRA, Oscar. *Direito, cidadania e justiça – ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídica*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 192.

7 Op. cit.

pessoa humana.⁸

Não se pretende com essa iniciativa suprimir a legitimidade da ordem jurídica dos Estados nacionais na proteção aos direitos humanos. Ao contrário, aspira-se proporcionar à sociedade elementos estruturais que confirmem a eficácia e a legitimidade de seus direitos, inerentes à própria condição humana, e que, muitas vezes, no ordenamento jurídico disponível terminam por frustrar expectativas, justamente pela ausência de confiabilidade operacional.

Por esses motivos, verifica-se no presente momento histórico a necessária análise revisional do conceito de soberania, conferindo-lhe amplitude democrática, mediante afirmativa presença da cidadania na vida nacional.⁹ O espaço público passa finalmente a dispor de agentes sociais, cada vez mais dotados de consciência e capacitação para propiciar eficácia normativa e operacional de observância dos valores básicos dos seres humanos.

Prossegue, todavia, a consolidação de um novo paradigma marcado pela preponderância dos direitos e das garantias fundamentais da pessoa humana necessita ainda de nítida recepção por parte dos Estados nacionais da doutrina internacionalista, que, por sua vez, prescinde, para sua plena eficácia, da formal aceitação de competência das cortes internacionais de direitos humanos. O que acontece, contudo, é que essa decisão decorre, evidentemente, do real comprometimento político em relação à excelência da referida matéria.

Dyrceu Aguiar DIAS CINTRA JR,¹⁰ em conferência ministrada aos Juízes Federais, em evento realizado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, afirma

8 “Surge, no lugar da paz que se fazia do ponto de vista dos príncipes, o anseio por uma paz que se institua da perspectiva dos povos. O eixo dessa novidade é a inclusão dos direitos humanos na agenda internacional. É claro que isso limita as imunidades jurídicas para tratar seus súditos como queira.” RIBEIRO, Renato Janine. *Em busca da paz perpétua*. In: Folha de São Paulo, 5.12 - Caderno Mais!, 7/4/96. Em outras palavras, há hoje uma sensibilidade mundial que cada vez mais substitui o termo “súdito” pelo conceito de “cidadão”. A mesma proposição lastreia a narrativa de Norberto BOBBIO em *A era dos direitos*. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus. 1992. Uma série de direitos humanos, ligados uns à liberdade (dos direitos liberais), outros à igualdade (os direitos sociais, de cunhagem socialista), outros, enfim à fraternidade (aqueles que o terceiro mundo exigiu), tornaram-se essenciais para definir as relações dos homens entre si, inclusive as internacionais”.

9 J. A. LINDGREN ALVES, em meticuloso trabalho sobre Direitos Humanos e seu sistema internacional de proteção, descreve ser “Para muitos analistas do período pós-45, e malgrado as distorções do tema inerentes à Guerra Fria, a inclusão da observância dos direitos humanos entre os propósitos fundamentais das Nações Unidas e a proclamação, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, representariam uma mudança qualitativa nas relações internacionais. Com elas e com os instrumentos jurídicos delas decorrentes, o homem e a mulher Ter-se-iam tornado sujeitos do direito internacional, ocupando, como ‘cidadãos do mundo’, um espaço previamente reservado apenas aos Estados.” LINDGREN ALVES, J. A. *Os direitos humanos como tema global*. Brasília : Perspectiva, 1994. p. 37.

10 Disponível na íntegra, via internet, home page do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO.

que o Brasil ainda não reconheceu a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU. Portanto, em nível jurisdicional internacional, não existe a possibilidade do Brasil ser questionado. A adesão àqueles sistemas jurisdicionais internacionais tem sido cobrada por diversas entidades que tratam da proteção dos direitos humanos. Em diversos congressos o assunto tem sido discutido. Recentemente, por exemplo, houve, aqui em São Paulo, um Congresso Internacional de Juízes, que foi organizado pela Associação Juízes para a Democracia, e nesse congresso foram tiradas algumas conclusões, uma das quais é, exatamente, a de que o Brasil deveria aderir às duas Cortes Internacionais, ou seja, aceitar a jurisdição delas. Foi feita, inclusive, uma moção especial ao Presidente da República, no sentido de que o País reconhecesse a jurisdição daqueles tribunais internacionais.

Existem outros meios de monitoramento internacional da questão dos direitos humanos. Há os chamados procedimentos confidenciais e os procedimentos de relatoria temática, no âmbito da ONU, ou seja, sistemas de acompanhamentos que não são jurisdicionais, mas que geram sanções em nível de reprovação do país, quando ocorrem episódios de violação dos direitos humanos.

O Brasil, sob o regime militar, em 1974 e 1975, já foi considerado em procedimento confidencial. Nunca foi monitorado por relator especial, mas isso tem sido falado ultimamente. Várias ONGs têm cobrado que a ONU mande um relator especial para verificar a questão de direitos humanos no Brasil, sobretudo tendo em vista a questão da violência, que implica violação de direitos humanos de forma disseminada. Já foi citado e já foi objeto de controle, também, por parte da ONU, pelo sistema de relatoria temática, quanto às questões dos desaparecidos, assassinatos de menores e tratamento de presos. A relatoria temática toma um determinado tema e diversos países são investigados quando violam direitos humanos atinentes àquele tema.

No âmbito da OEA também é possível a sanção política, através da Comissão Interamericana. Essa Comissão monitora os direitos humanos, verifica casos de violação por qualquer Estado parte da OEA e inclui o nome do país num índice de países violadores de direitos humanos, de países em que o Estado não trata adequadamente de punir os casos de violação de direitos humanos. Isto causa, evidentemente, um desgaste muito grande ao país, porque se trata de uma sanção política que tem influência nas relações internacionais do país. E até mesmo países que não tenham aderido à chamada Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto de São José, podem ser monitorados pela OEA quando forem acusados de violação de princípios consagrados na Declaração Americana dos Direitos do Homem, que é de 1948. A Comissão Interamericana inclui no informe que apresenta

à Assembléia- Geral da OEA, anualmente, a lista dos países que são considerados violadores dos direitos humanos.

João Miguel MADUREIRA e Isabel Marto MARTINS esclarecem a respeito do SISTEMA DE PROTEÇÃO INSTITUÍDO PELA CONVENÇÃO EUROPÉIA DOS DIREITOS DO HOMEM, donde extraímos:

Introdução.

O processo de apresentação de uma queixa.

Como apresentar uma queixa à Comissão Européia dos Direitos do Homem.

A Convenção Européia dos Direitos do Homem.

Introdução.

18 anos volvidos sobre a aceitação por Portugal do sistema de proteção dos direitos individuais criados pela Convenção Européia dos Direitos do Homem, é esta ainda pouco conhecida dos juristas e dos cidadãos em geral.

Ao esforço de divulgação promovido pelo Conselho da Europa, bem como àquele que vem sendo desenvolvido, aqui e ali, pelas entidades nacionais, junta-se esta nova contribuição, que visa, de uma forma que se pretende simples, dar a conhecer como funciona o sistema de proteção dos Direitos Fundamentais e, em especial, o que se deve fazer para dirigir uma queixa, em caso de violação dos direitos previstos por esta Convenção, ao órgão competente por esta instituído: a Comissão européia dos Direitos do Homem.

Em 1978, Portugal ratificou a Convenção Européia dos Direitos do Homem, ficando desde então a fazer parte do sistema internacional considerado mais avançado na proteção dos direitos e liberdades fundamentais.

Consagrando um conjunto de direitos de diversa natureza (direitos civis, políticos, económicos e culturais), a Convenção instituiu um mecanismo de garantia da aplicação desses direitos, através da criação de órgãos internacionais independentes que têm por missão apreciar as queixas relativas à violação, pelos Estados parte, dos direitos previstos na Convenção:

A Comissão Européia e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.¹¹

¹¹ Disponível na Internet.

O processo de apresentação de queixa à Comissão Européia dos Direitos do Homem

No exame de admissibilidade da queixa pela Comissão a queixa é apresentada perante a Comissão Européia e pode, após uma primeira apreciação, ser arquivada ou considerada inadmissível, senão tiverem sido apurados os fatos que revelem violação de direitos ou liberdades garantidos pela Convenção, ou se não estiverem preenchidos os requisitos que a Convenção impõe para que a queixa seja admitida.

No caso de ter sido considerada admissível a Comissão procede à tentativa de solução amigável.

Se houver acordo do Estado e do queixoso, poder-se-á encontrar uma solução amigável para o litígio. Se não, a Comissão continua a apreciação da queixa até concluir por um relatório da Comissão.

Este relatório, que se pronuncia sobre a existência ou não de violação da Convenção, é enviado ao Comitê de Ministros do Conselho da Europa que decide se houve ou não violação por parte do Estado, podendo fixar uma indenização, a conceder por este ao queixoso, como forma de reparar a violação da Convenção. Porém, se no período de três meses após o envio do relatório ao Comitê de Ministros a Comissão ou o Estado solicitarem a intervenção do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Será este órgão, após uma nova apreciação do caso, a decidir, podendo igualmente arbitrar uma indenização como forma de reparar a violação da Convenção.

Como apresentar uma queixa à Comissão Européia dos Direitos do Homem.

Antes de dirigir a queixa à comissão convém lembrar que o sistema de proteção instituídos cobre um grande conjunto de direitos e liberdades.

No entanto há outros que, embora reconhecidos por outros instrumentos internacionais ou pela lei interna, não estão expressamente consagrados na Convenção. Portanto, certifique-se, antes de mais, de que os direitos ou liberdades de cuja violação se queixa estão consagrados na Convenção ou protocolos adicionais.

Por outro lado, a Convenção visa a proteção dos direitos do Homem relativamente a atos praticados pelo Estado ou da sua responsabilidade.

Estão em princípio fora do âmbito da Convenção, os atos violadores dos direitos do Homem praticados por particulares em que o Estado não possa, direta ou indiretamente, ser por eles responsabilizado.

Assim, certifique-se de que os atos violadores dos seus direitos são da responsabilidade do Estado.

É igualmente necessário que aquele que se queixa seja ele próprio vítima direta da violação.

Nos termos da Convenção, podem queixar-se à Comissão, no caso de violação dos seus direitos por parte do Estado, todas as pessoas dependentes da jurisdição deste: pessoas singulares ou coletivas (sociedades, associações), nacionais, estrangeiras e mesmo apátridas...

No entanto e regra geral, só aqueles cujos direitos e liberdades foram violados, ou alguém em sua representação, têm legitimidade para se queixar, sendo necessário que a violação tenha efetivamente ocorrido, ou nalguns casos esteja na eminência de o ser, e não tenha obtido das autoridades do estado reparação considerada suficiente.

E ainda, a Comissão só pode apreciar queixas por violação dos direitos e liberdades garantidos pela Convenção se o queixoso tiver esgotado, no seu país, todos os meios que a lei lhe faculta para tentar remediar violação. Assim, Verifique se utilizou todos os meios de recurso ou quaisquer outras vias judiciais ou administrativas susceptíveis de pôr cobro ou reparar devidamente a violação.

Por outro lado, a Comissão só pode receber queixas que lhe sejam apresentadas até seis meses após a decisão definitiva. Assim, atenção, não deixe passar mais de seis meses desde a decisão definitiva, para fazer chegar a queixa à Comissão.

A Comissão não pode apreciar queixas anônimas, nem queixas que sejam essencialmente as mesmas que uma queixa anteriormente examinada pela Comissão ou já submetida a outra instância internacional.

Para apresentar uma queixa à Comissão Europeia do Direitos do Homem basta escrever uma carta para: Comissão Europeia dos Direitos do Homem. 67006 Strasbourg Cedex – FRANCE, descrevendo pormenorizadamente os fatos que determinaram a violação; e não se esqueça de escrever o nome, (uma vez que a Comissão não pode apreciar queixas anônimas), e a morada (porque, frequentemente, a Comissão solicita, na resposta, novos elementos e, se houver necessidade, o preenchimento de formulário próprio, com vista a mais facilmente obter os elementos de informação indispensáveis à apreciação da queixa)!

Se necessário, a Comissão poderá conceder assistência judiciária gratuita ao requerente para o ajudar a apresentar a sua pretensão.

Roberto MENDES MANDELLI JÚNIOR e Victor Hugo ALBERNAZ JÚNIOR, Procuradores do Estado de São Paulo e Membros do Grupo de Trabalho de

Direitos Humanos da PGE, em artigo na Internet, a respeito do Reconhecimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil, afirmam:

Com o objetivo de consolidar no Continente Americano, dentro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, proporcionando a criação de condições que permitam à cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como de seus direitos civis e políticos, de acordo com o que reza a Declaração Universal dos Direitos do Homem, os Estados Americanos assinaram, em 22 de novembro de 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como “Pacto de San José de Costa Rica”.

*A Convenção encontra sua importância, ao lado de outros tratados internacionais, na ampliação das garantias institucionais à defesa e respeito aos essenciais direitos da pessoa humana, reconhecendo que esses direitos ultrapassam os limites de Estados nacionais, tendo como fundamento os próprios atributos do homem. Entre outras disposições, a **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** criou a **Comissão Interamericana dos Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos**, responsáveis pelo conhecimento de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-Partes.*

*A **Corte Interamericana de Direitos Humanos**, sem dúvida, foi uma das criações mais importantes desta Convenção, constituindo-se em órgão jurisdicional especializado em dirimir conflitos em que estejam presentes violações aos direitos humanos, mormente aqueles protegidos pelo “Pacto de San José”, determinando que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados, inclusive com a reparação da medida que configurou a violação, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.*

Constitui-se a Corte instância fundamental de proteção e garantia dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas, atuando de forma complementar aos órgãos de jurisdição dos Estados membros, sem contudo suprimi-los. Sob a égide do Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição Federal de 1988, a qual consagra a dignidade da pessoa humana, o Brasil aderiu à Convenção sobre Direitos Humanos, em 25 de setembro

de 1992. Tal adesão, contudo, não foi completa, uma vez que o Brasil deixou de reconhecer e aceitar a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, criada pelo Pacto de San José, ao contrário de outros Estados signatários da Convenção, como a Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela.

No mister de solidificar a Democracia que qualifica o atual Estado de Direito brasileiro, entidades governamentais e não-governamentais deflagraram campanha nacional para o reconhecimento pelo Brasil da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, vindo ao encontro do Plano Nacional dos Direitos Humanos, o qual, com destaque, condiciona a democracia ao respeito aos direitos referidos. O reconhecimento desta instância internacional traduz-se em desenvolvimento qualitativo das garantias dos direitos individuais e coletivos enunciados na Constituição pátria e nos tratados internacionais, conclamando a participação do todo da sociedade política e da sociedade civil.”

De maneira que, para conseguir determinar o alcance preciso da proteção processual internacional, será imperioso resolver alguns questionamentos que planeja o caráter soberano das Nações e, em especial, o grau de subordinação que tem com as normas supraestatais.

Em matéria de direitos humanos o importante será advertir que a proteção é genérica e condicionada a um grupo de princípios baseados em uma interpretação comum daqueles que se entendem como direitos da humanidade. Na realidade, chegar a uma intelecção geral advém obrigatória na plasticidade necessária para adjetivar o mecanismo de defesa, pois os direitos humanos não refletem de nenhum modo as condições históricas de uma sociedade determinada, posto que os valores que expressam se podem encontrar, de uma forma ou de outra, em todas as doutrinas políticas, sociais e religiosas.¹²

O caráter ideológico dos direitos protegidos não é então permanente, no entanto sofre as contingências de um mundo que varia constantemente e que, na

¹² VASAK, Karel. Hacia una legislación internacional de los derechos humanos, in Las dimensiones internacionales de los derechos humanos, Vol. III, p. 870.

mutação, vai outorgando privilégios a pessoas, interesses e direitos que surgem da relação comunitária (V. gr.: o direito a paz, o direito a saúde, a proteção ecológica, etc.).¹³

Não significa isso que a transformação social abandone ou postergue direitos que antes reconhecia e preservava, se desqualifiquem, senão que o novo rumo do direito vai incorporando esses interesses novos que é preciso resguardar em todo âmbito.

Haverá valores dogmáticos que não sofreram modificações intelectivas, como pode ser a liberdade e a justiça; outros, quiçá, reconheçam leituras diversas segundo o lugar onde se expressem, como o direito de opinião; o de proteção da intimidade. Contudo, todos eles falaram de sentir um espírito comum de interpretação sob o prisma do direito transnacional.

É dizer, que enquanto os Estados podem corresponder o exercício dos direitos a sua legislação interna, poderá obter-se uma dimensão supranacional de justiça quando seja o mesmo Estado o que admita a jurisdição internacional, subordinando seu ordenamento jurídico e as disposições que regem o direito transnacional

13 “TRIBUNAL INTERNACIONAL DE DIREITO HUMANOS - A Anistia Internacional vem propugnando a aceitação pelo Estado Brasileiro da jurisdição em nosso país da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que faz parte de tratado internacional por nós assinado em 1992. Isto significa que as violações de direitos humanos aqui verificadas poderão ser julgadas por aquela corte e, no dizer de seus defensores, de forma a adotar as medidas pertinentes à restauração ou à reparação do direito violado. Devemos cerrar fileiras em prol do bom sucesso desta campanha. Apesar do que dispõe a Constituição Federal admitindo nossa vinculação ao tribunal em questão, há de fato necessidade de lei complementar para discipliná-la, esmiuçando as hipóteses de suas incumbências, e esta lei deverá ser feita pelo Congresso Nacional. Em caso, porém, de se omitir o Poder Legislativo em legislar sobre a autoridade deste Tribunal entre nós, a matéria poderá ser disciplinada pelo próprio Poder Judiciário, via mandado de injunção. Melhor idéia não poderia haver. O segredo da Justiça justa é o juiz livre. No Brasil já se sabe quão poderosos são os interesses que ocultam as violações de direitos humanos. Poucos juízes os desafiam e já houve época em que nenhum deles os ousou desafiar, nas não distantes ditaduras do Estado Novo e do Ato Institucional n.º 5. As razões para tanto são várias e não nos importa agora discutí-las. Vão do comodismo vergonhoso até mesmo à absurda boa-fé dos cegos de espírito. O certo, porém, é que não conheço quem não conheça uma grave violação de direitos humanos no Brasil. Quem quiser que procure e vai achá-la até entre membros das famílias da chamada elite brasileira. Veja-se o caso do deputado Rubens Paiva ou o que sofreram líderes socialistas e membros do grupo do jornal “O ESTADO DE SÃO PAULO”, na ditadura de Vargas. Tudo está bem claro e comprovado... Houvesse um tribunal internacional para julgar e punir aquelas atrocidades e, certamente, elas não teriam ocorrido. Os juízes de sua corte não estariam sujeitos às mesmas pressões que os brasileiros e muitas de suas violências poderiam ser coibidas e reparadas. Alguém dirá ser utopia porque as violações somente ocorreriam em regimes que não aceitassem a jurisdição da Corte e a Constituição Federal. Tal, no entanto, não é verdade. As violações de direitos humanos não são somente de ordem política, como ocorre nos casos de tortura a suspeitos da prática de crimes comuns. E não se pode esquecer... diretamente aqui acontecimentos verificados nos centros mundiais que nos servem de referência para conduta. Avancemos, assim, o novo ano, buscando a Justiça de um tribunal internacional de direitos humanos. Aí está um magnífico desafio.” SAMPAIO GOUVEIA, Luiz Antonio, advogado e conselheiro da OAB/SP, exconselheiro da Associação dos Advogados de São Paulo, sócio efetivo do Instituto dos Advogados de São Paulo e membro do escritório de advocacia de JOSÉ ROBERTO BATOCHIO. E-Mail: sampa@uol.com.br

e tolerando um novo marco de composição baseado no espírito de colaboração e reciprocidade entre as Nações.¹⁴

Princípios e pressupostos da jurisdição transnacional

Os direitos humanos consagrados na Cartas Internacionais que se foram sucedendo desde 1948 até nossos dias conferiram uma hierarquia especial aos conhecimentos ali fundados, toda vez que os eleva a uma categoria que os coloca por cima do direito interno.

As declarações efetuadas tem um valor persuasivo que destacam a conveniência de atribuir um tratamento comum a cada um dos direitos que se reconhecem como fundamentais.

O princípio essencial que se funda a jurisdição transnacional se baseia nesse caráter único de inteligência que adquiriram os direitos humanos. Existem valores comuns que subministram um objetivo e uma idéia principal na qual convém subordine-se sob a tutela de um tribunal supranacional.

Os pressupostos, por sua parte, obram como mecanismo de reservas dos Estados. Por exemplo, para designar a jurisdição interna como última expressão que obtém o jurisdicionado, se requer na contraparte reciprocidade no submetimento. Tal é o caso da nação Argentina ao aceitar a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Assim mesmo, é comum encontrar como requisito de admissibilidade da proteção internacional o requisito de haver esgotado os recursos internos, de modo tal que, o Estado denunciado tenha oportunidade efetiva para sanear em seu meio a violação de que se trate.

Problemas processuais da jurisdição transnacional

Na Argentina os direitos e liberdades reconhecidos pelo Pacto de São José da Costa Rica foi incorporado a legislação interna através da edição da Lei 23.054 pela qual se reconhece a competência da Comissão Interamericana de Direitos

¹⁴“Entretanto, a união pretendida pelos países do MERCOSUL, ainda que limitada simplesmente a um mercado comum, necessita de instituições comuns permanentes que superem o atual estágio de instituições intergovernamentais de coordenação do processo de integração e, mais (1) de um conjunto de normas jurídicas com características supranacionais, de caráter vinculante para os Estados e cidadãos, ao lado de (2) um Tribunal de Justiça que possa aplicar as normas jurídicas supranacionais com independência e imparcialidade, de maneira a dar segurança jurídica as relações entre governos, empresas e particulares no MERCOSUL..... O Direito Comunitário apresenta também institutos próprio, como o *reenvio prejudicial* (*reenvoi prejudiciel*), através do qual uma magistrado local, se tiver dúvidas quanto a aplicação de uma norma comunitária, pode enviar uma consulta ao Tribunal da Comunidade Européia, em Luxemburgo, antes de decidir.” Cf. LEWANDOSKI, Enrique Ricardo. Conferência citada.

Humanos por *tempo indefinido*, e da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre todos os casos relativos a interpretação e aplicação da Convenção, sob condições de reciprocidade.

No Brasil, ao que consta, não reconhecida a submissão a Corte Interamericana, levando a impossibilidade de apreciação pela mesma de casos polêmicos que estão na jurisprudência, em especial, julgados do Supremo Tribunal Federal em relação a aplicação do art. 366 do Código de Processo Penal, liberdade provisória, prisão civil e outros.

Na Argentina a nova instância de jurisdição supraestatal¹⁵ provocou algumas mudanças em institutos processuais de tradição conhecida, ao ponto de comover suas estruturas para encontrar o caminho acertado que define a transnacionalidade.

Jurisdição

A Corte Nacional argentina tem entendido que, a exegese da Convenção Americana sobre Direitos Humanos constitui – em princípio – uma questão federal, dado que envolve uma matéria que corresponde aos poderes próprios do Congresso Nacional, como é a regulamentação da liberdade pessoal mas ao estritamente processual; assinalando que ao incorporar-se o Pacto de São José da Costa Rica ao direito interno e prevendo aquele a intervenção de organismos internacionais nos assuntos internos do País, *‘puede dar origen a cuetiones que comprometen la personalidad internacional de la Nación cuyo arreglo corresponderá, evidentemente, al gobierno faderal’*.¹⁶

A presença de um tribunal jurisdicional, ao que se lhe reconhece competência para interpretar e aplicar as normas da Convenção, leva a dilucidar se não se está conferindo uma prorrogação de jurisdição oposta ao princípio constitucional da Constituição argentina, então em vigor, que nos falava da improrrogabilidade da jurisdição federal.

Dado que a Carta Fundamental de 1853 possibilitava ao Estado submeter-se a tribunais quando estes fossem criados pela própria Constituição; quando o reconhecimento da competência externa fosse voluntária; o problema está centralizado em resolver se existe contradição na norma superior ao outorgar uma competência federal improrrogável e conferir voluntariamente a própria.

Com sérios fundamentos se responde que – como princípio – *‘no resulta*

¹⁵ BIDART CAMPOS, Germán J. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Tomo II, p. 495

¹⁶ C. S. julio 28/987, Firmenich Mario Eduardo, en La Ley, sup. 13.11.87.

inconstitucional que por via de ratificación de un tratado internacional el Estado federal se someta en forma voluntaria a tribunales que no han sido creados por la Constitución; es decir, que no pertenecen a nuestro Poder Judicial, máxime teniendo en cuenta que en el caso que nos ocupa, la adhesión al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisdicción de la Corte Interamericana no es plena, sino que está subordinada a la condición de reciprocidad. Cabe acotar que si bien la Constitución no prevé expresamente la sumisión a un tribunal internacional, tampoco lo prohíbe, por eso es que puede admitirse que nuestro Estado se someta a tribunales internacionales de modo similar a como lo hace con la jurisdicción de los tribunales de Estados extranjeros.¹⁷

O artigo 100 da Constituição argentina em vigor à época, impedia prorrogar a jurisdição quando se trate de interpretar os tratados internacionais subscritos por aquele País, entretanto, necessariamente, há que se ambientar a circunstância em que se expressa a Carta Magna, pois a seu tempo dita prorrogação somente poderia se estabelecer em favor de tribunais estrangeiros, ou seja, de outro Estado, e nunca de tribunais internacionais como a Corte Americana de Direitos Humanos.¹⁸

Se a ele agregamos que a intervenção deste Tribunal está condicionada ao conhecimento prévio da jurisdição nacional e ao esgotamento dos recursos internos que sejam efetivos para assegurar o devido processo que lhe assiste ao denunciante, pode coligir-se que não há verdadeira prorrogação, porque *“la prórroga supone que en vez de ser juzgado un caso por tribunales argentinos, lo sea por tribunales no argentinos. Acá no se da la sustitución de nuestra jurisdicción por outra, sino que se abre una jurisridición internacional ‘después’ de agotada la argentina, a la que nos se le sustrae la decisión interna.¹⁹*

Supremacia da norma transnacional²⁰

17 BIDART CAMPOS, Germán J. *La jurisdicción internacional prevista por el Pacto de San José de Costa Rica, viola la Constitución Argentina?* ED, 118/980.

18 *Ibíd.*, p. 981.

19 *Ibíd.*, p. 981.

20 In LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS COMO DERECHO INTERNO, Eduardo Jiménez de ARÉCHAGA afirma que “La pregunta que se plantea en el título del presente estudio – la Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno – suscita de inmediato la cuestión más vasta de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno. Bajo esse rótulo común de ‘Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno’ se estudian en general dos problemas diferentes: la independencia o la interconexión entre ambos sistemas jurídicos, por un lado, y por el otro la jerarquía respectiva entre las normas internacionales y las internas. Se trata, sin embargo, de dos cuestiones que, del punto de vista lógico, pueden perfectamente distinguirse y el estudio gana en claridad si se analizan separadamente. Lo que contribuye a la confusión es el uso común e indiscriminado de la dicotomía ‘monismo – dualismo’ respecto de estas dos cuestiones diferentes. La primera cuestión consiste en determinar si el Derecho Internacional y el Derecho Interno son dos sistemas jurídicos tan separados e incommunicados que, a falta de una norma legislativa interna que opere una “transformación”, los individuos no pueden ser alcanzados por las reglas del Derecho

A hierarquia ‘legal’ dos tratados que se incorporam ao direito interno de um país, da origem a que disputem na doutrina duas conclusões bem diferenciadas: a) o *monismo* e b) o *dualismo*. Segundo a primeira, entre o direito internacional e o direito interno existe unidade de ordem jurídica e, por consequência, unidade do sistema de fontes, com o que, as fontes de direito internacional automaticamente quedar-se-iam convertidas em fontes de direito interno. Para a segunda, “*en cambio, los órdenes jurídicos nacional e internacional funcionan en forma independiente e in-comunicada, de manera que las fuentes del segundo no funcionan directamente como fuentes del primero sino que hace falta una fuente interna de recepción al derecho internacional.*”²¹

De acordo com cada uma das orientações, se deduz a prevalência dos acordos internacionais sobre as normas fundamentais.

Sobre tal tema, qual seja, ao da adoção dos direitos e garantias, decorrente dos tratados internacionais, em que nosso País seja parte, vale lembrar magnífico voto do Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE,²² onde S. Ex^a. nota:

...as Leis Uniformes adotadas pelas Convenções de Genebra incorporam-se ao nosso direito interno e encontram-se em vigor, no Brasil, a contar dos Decretos que as promulgaram.

Tais decisões reforçaram e atualizaram, em nossos dias, antiga orientação de nossa jurisprudência no sentido do primado do direito internacional sobre o direito interno...” ...Dá assim, o Supremo Tribunal Federal primazia às fontes internacionais nos termos que antes expusemos.

O saudoso professor Haroldo VALLADÃO²³ nos ensina, lembrando o Ministro

Internacional o si, por el contrario, existe una inter-conexión entre ambos sistemas jurídicos, admitiéndose entonces la posibilidad de una incorporación automática y una aplicación directa de las normas de Derecho Internacional por los tribunales judiciales y las autoridades administrativas internas. La etiqueta de ‘dualismo’ debe reservarse para la primera posición y el término ‘monismo’ para la Segunda. La segunda cuestión, que es totalmente distinta, no concierne la separación o inter-conexión entre ambos sistemas jurídicos, sino su jerarquía: en caso de conflicto entre normas de Derecho Interno, cuál es la que prevalece? Aquí nada tiene que ver la dicotomía monismo- dualismo.” ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez de. (Prof. de Derecho Internacional Público e ex-Presidente da Corte Internacional de Justiça) *Normas Vigentes en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*. Motenvidéu : FCU, 1988, pp. 27-8.

21 HYNES, Luísa Maria. *La operatividad de los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos*, in *Revista de Derecho Público*, n.º 2, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1987, p. 98.

22 (RE n.º 80.004-SE, “in” RTJ 83, páginas 803/817).

23 *Direito Internacional Privado*. 3ª Ed., 1971, p. 96.

do Supremo Tribunal Federal PHILADELPHO AZEVEDO (que, após aposentar-se, tornou-se Juiz da Corte de Justiça Internacional):

A referência que faz à Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, usa-a o mestre já citado para apoiar a assertiva de que a norma internacional tem sua forma própria de revogação, a denúncia, só podendo ser alterada por outra norma de categoria igual ou superior, internacional ou supra nacional, e jamais pela inferior, interna ou nacional.

KELSEN, em sua magnífica obra *Das problem der souveränität und die theorie des völkerrechtes*, publicada, originalmente, em 1920, tratou de dimensionar a questão da soberania nacional, perante o Direito Internacional. Segundo o grande mestre, os adeptos da perspectiva monista sustentam a unicidade da ordem jurídica, com a integração entre o Direito Interno e o Direito Internacional Público. A doutrina monista apresenta duas ramificações: o monismo internacionalista e o monismo nacionalista. No primeiro caso, a unicidade se dá sob o primado do Direito Internacional, ao qual se ajustariam todas as ordens jurídicas internas. Já o outro ramo supõe o primado do direito nacional de cada Estado soberano, sob cuja ótica, a adoção dos preceitos de direito internacional decorre de faculdade discricionária.

KELSEN, claramente, com convicção, de forma absolutamente objetiva, escolheu a visão monista internacionalista.²⁴

Diante de tais ensinamentos, pode-se concluir, com razoável tranquilidade, que os princípios emanados nos tratados internacionais, a que o Brasil tenha ratificado, equivalem-se às próprias normas constitucionais.

O fundador da escola dualista, o jurista alemão TRIEPEL, comparava o Direito Internacional a um marechal de campo, que pode dar ordens aos generais, porém, não aos soldados. Em sua tese, os indivíduos não podem jamais ser obrigados, nem beneficiados pelas normas de Direito Internacional: somente o Estado é o obrigado ou favorecido por elas, em suas relações com outros Estados.

A fim de alcançar ao indivíduo a norma de Direito Internacional deve ser transformada em disposições de Direito Interno, sejam leis ou medidas administrativas. A determinação de se um Estado segue esta doutrina dualista ou, pelo contrário, admite a incorporação automática de normas internacionais em seu ordenamento interno, não é questão regida pelo Direito Internacional Público, senão

24 Cf. Antonio Carlos MALHEIROS, Declaração de Voto Vencedor, Ag. Inst. n.º 672.264/5, S. J. Rio Pardo – 1º TAC-SP.

que resulta de uma opção que faz o Direito Constitucional de cada Estado. O estudo comparativo das normas vigentes no Direito Constitucional contemporâneo a respeito do tema evidenciam uma preferência definida na maioria dos Estados pela doutrina monista da incorporação automática das normas internacionais no direito interno, sem necessidade da transformação que queira TRIEPEL. E isto ocorre tanto a respeito das normas internacionais que emanam de tratados, como das regras de Direito Internacional consuetudinário.

O Direito Constitucional comparado revela distintos métodos para alcançar este objetivo. É freqüente que as Constituições da segunda pós-guerra contenham uma disposição estabelecendo que os tratados, ou com maior latitude, as regras gerais de Direito Internacional são parte do Direito do Estado. Em outros países, a falta de norma constitucional expressa, tem sido a jurisprudência quem a tem estabelecido no princípio de que o ***direito internacional é parte do direito do país*** (“*part of the law of the land*”). Na maioria dos Estados, hoje em dia, as normas de Direito Internacional podem alcançar diretamente o indivíduo, de maneira que cabe dizer que o Direito Internacional não só rege entre os Estados, senão também dentro dos Estados. Hoje há países que permanecem atados à escola dualista e outros:

*ya sea respecto de todas las normas internacionales o, por lo menos, respecto de aquellas que se originan en tratados, pues requieren un acto legislativo de transformación a fin de aplicarlos internamente. Es así posible que un Estado adopte la posición monista respecto de las normas de origen consuetudinario y la tesis dualista con respecto a los tratados, como sucede en Inglaterra, por ejemplo. Es también lógicamente posible adoptar la posición opuesta. En el Uruguay ha primado la posición monista, tanto respecto de las normas internacionales de origen consuetudinario como de aquellas que emanan de tratados. Respecto de las primeras, la Suprema Corte ha hecho aplicación directa de normas internacionales de origen consuetudinario, por ejemplo las que consagran la inmunidad jurisdiccional de los diplomáticos extranjeros, a fin de excluir al Embajador de Francia de los efectos de una moratoria judicial. (La Justicia Uruguaya, t. II, p. 312-318) Y esto se hizo en una época en que no había ley interna ni tratado en la materia.*²⁵

Norberto BOBBIO, em seu primoroso Dicionário de Política, contrapõe-se

25 ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez. Op. cit., pp. 28-9.

ao apego conceitual verificado no monolítico entendimento das funções e atribuições tradicionais do Estado moderno:

No nosso século, o conceito político-jurídico de Soberania entrou em crise, quer teórica, quer praticamente. Teoricamente, com o prevalecer das teorias constitucionalistas; praticamente, com a crise do Estado moderno, não mais capaz de se apresentar como centro único e autônomo de poder, sujeito exclusivo da política, único protagonista na arena internacional.

Para o fim desse monismo contribuíram, ao mesmo tempo, a realidade cada vez mais pluralista das sociedades democráticas, bem como o novo caráter dado às relações internacionais, nas quais a interdependência entre os diferentes Estados se torna cada vez mais forte e mais estreita, quer no aspecto político, quer no ideológico. Está desaparecendo a plenitude do papel estatal, caracterizado justamente pela Soberania; por isso, o Estado acabou quase se esvaziando e quase desapareceram seus limites.(...) O movimento por uma colaboração internacional cada vez mais estreita começou a desgastar os poderes tradicionais dos Estados soberanos. (...) As autoridades 'supranacionais' têm a possibilidade de conseguir que adequadas Cortes de Justiça definam e confirmem a maneira pela qual o direito 'supranacional' deva ser aplicado pelos Estados em casos concretos.²⁶

Citando aquela frase de BOBBIO, no sentido de que, hoje, os direitos humanos estão muito mais relacionados a uma questão política do que a uma questão filosófica; ou seja, hoje, não se trata mais de justificar os direitos humanos filosoficamente, senão de, politicamente, cobrar a aplicação das normas relacionadas com os direitos humanos.

O Supremo Tribunal Federal, não prolatou decisão recente a respeito do assunto. O *leading case* (Rec. Ext. 80.004), que reiteradamente é citado na doutrina, **é de 1977** – portanto, por evidente, em muito anterior à Constituição de 1988 e sob um regime de exceção -, **em questão que não envolvia propriamente Direitos Humanos**, mas, a questão dos tratados internacionais. O *leading case* afirma a convicção de que tratados internacionais são equivalentes a leis, ou seja, que aqueles não têm status constitucional. Este julgado tem sido alvo de diversas críticas, críticas contundentes e procedentes, tanto para Dyrceu Aguiar DIAS CINTRA JR,²⁷

26 BOBBIO, Norberto e outros. Dicionário de política. v. 2. Brasília : Universidade de Brasília, 1995. p. 1187.

27 Cf. Conferência citada.

sobretudo por parte do Professor Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE, conforme veremos adiante.

Na Argentina, a estrutura constitucional e alguns princípios fundamentais esboçados nesta, antes da derradeira reforma, permitiam afirmar que a supremacia estabelecida no art. 31, não cede ante as normas de direito internacional.

Aclara BIDART CAMPOS, que *“nuestra Corte sostiene, por su parte, que entre tratados y leyes internas no existe prioridad de rango, y que tratándose de normas de igual nivel dentro de orden jurídico interno, debe aplicarse el principio de que las posteriores derogan a las anteriores.”*²⁸

OSVALDO GOZAÍNI, contudo, afirma:

Sin embargo, discrepa el eximio profesor, con quien compartimos estas conclusiones:

Si tenemos un tratado anterior y una ley posterior, ésta no puede prevalecer, porque el principio básico del ‘pacta sunt servanda’ impide que nuestro país altere unilateralmente el tratado, lo que equivaldría a una denuncia del mismo.

No resultaría suficiente que, dando prioridad a la ley en tales condiciones, aceptaríamos asumir la responsabilidad internacional de nuestro estado frente ao outro o a los outros.’

Ahora, ‘si tenemos una ley anterior y un tratado posterior también prevalece el tratado, en cuanto es la última expresión de voluntad normativa del Estado.’ La incorporación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos incide materialmente en la escala jerárquica que se asigna a los derechos fundamentales. Materialmente porque, cuando el art. 2º del Pacto de San José establece que los derechos y libertades mencionados en el artículo precente – que son todos los que consagra la propia Convención – deben ser específicamente incorporados al derecho interno de los Estados partes, y, en caso de no encontrar-se ya garantizados en ellos, debe hacerse mediante las disposiciones legislativas o de outra índole que han de adoptar-se com arreglo a los procedimientos constitucionales de cada país; se están dando instrucciones para crear derecho o bien para aplicar directamente las normas del Pacto sin necesidad de reglar com medidas internas.

²⁸ Tratado elemental de derecho constitucional argentino, tomo I, p. 104.

En uno u outro caso los articulos de la Convención que declaran un derecho o una libertad se elevan sobre la Constitución, pero no agreden su supremacia, pues la relación normativa entablada se ofrece en el marco del derecho comunitario, es decir, de la integración de un Estado en una comunidade supraestatal, debiendo armonizarse el derecho interno com las reglas transnacionales; y permitiendo a los jueces en el campo de la interpretación constitucional establecer la justa expresión y alcance del derecho internacional.²⁹

Deste modo poderiam conciliar-se, sem alterar o respeito a Carta Fundamental as normas da Convenção com aqueles princípios infraconstitucionais de direito interno; ou com qualquer situação jurídica objetiva ou subjetiva que freqüentam ambos tipos de declaração – constitucional ou supraconstitucional.

A Convenção sobre Tratados, assinada em Havana em 1929, promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 18.596, de 22 de outubro de 1929, também diz em seu artigo 10:

Nenhum Estado pode se eximir das obrigações do tratado ou modificar suas estipulações, senão com o acordo pacificamente obtido dos demais contratantes.

Conforme assevera a Procurador Regional da República (São Paulo) Sylvia Helena STEINER MALHEIROS, “isto de não cumprir tratados internacionais é coisa séria”.³⁰

No art. 11, deste mesmo Tratado, assinado em Havana em 1929, e lei aqui no Brasil está escrito:

Os tratados continuarão a produzir seus efeitos ainda quando se modificar a Constituição interna dos Estados contratantes.

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que entrou em vigor em 1980, tem dispositivo expresso no seu artigo 27:

Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado.

A respeito da autoexecutividade da Convenção Americana sobre Direitos

²⁹ Ver a respeito a série de casos exemplificativos de sucessos desta ordem que mostra BIFART CAMPOS, in *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdiccional*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1987, pp. 61 e segs.

³⁰ Cf. Conferência *A Prisão Civil e os Tratados Internacionais*, de Antonio Carlos Malheiros, no TRF da 3ª Região.

Humanos – Pacto de São José da Costa Rica -, Eduardo Jiménez de ARÉCHAGA afirma:

Otra materia que por su naturaleza se presta por sí misma a ser ejecutable (“self-executing”) es la relativa a derechos humanos.

Esto no significa que todas las disposiciones de una Convención sobre Derechos Humanos sean ejecutables por sí mismas (“self-executing”). Hay a menudo disposiciones programáticas, especialmente en el campo de los derechos sociales y económicos, que no pueden ser ejecutadas sin una acción legislativa del Estado, como, por ejemplo, el artículo 26 de la Convención Interamericana. Hay también otros derechos que, debido a su naturaleza, o la fraseología de la Convención, carecen de una exigibilidad inmediata y plena en ausencia de normas internas o de otras medidas complementarias, a adoptar por el Estado. Es el caso de los artículos 13(5), 17(4), 17(5), 19 y 21(3) de la Convención Interamericana, cuyos textos reclaman expresamente la existencia de una ley o de medidas complementarias. Para los demás, la conclusión debe ser en favor del carácter ejecutable por sí mismo (“self-executing”) de las disposiciones de una convención de esta especie y de su exigibilidad directa e inmediata. Ello es así porque el objeto y razón de ser de una Convención de Derechos Humanos, así como la clara intención de sus autores, es reconocer en favor de individuos, como terceros beneficiarios, ciertos derechos y libertades fundamentales, y no regular las relaciones entre los Estados partes.

A Corte Interamericana já explicou muito bem a razão de ser de toda Convenção sobre Direitos Humanos, na sua opinião consultiva de 24.09.1982, sobre a entrada em vigor da Convenção. Disse a Corte:

los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado, como frente a los otros contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.

Como relembra a mesma opinião consultiva, o caráter especial destes tratados tem sido igualmente reconhecido pela Comissão Européia de Direitos Humanos, que disse:

el propósito de las Altas Partes contratantes no fue concederse derechos y obligaciones recíprocas con el fin de satisfacer sus intereses nacionales, sino realizar los fines e ideales del Consejo de Europa... y establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideas y régimen de derecho.

Os Estados Unidos da América, contudo, sustenta que os preceitos da Parte I da Convenção Interamericana de Direitos Humanos não são executáveis por si mesmos (“self-executing”). Fundam esta tese no texto do Artigo 2 da Convenção que diz:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

No informe da delegação dos Estados Unidos na Conferência de São José de Costa Rica que adotou a Convenção Interamericana se disse, ao comentar o artigo 2, que “no es la intención de los Estados Unidos interpretar los artículos del Tratado en la Parte I como siendo ejecutables por sí mismos”.³¹

Com base nesta disposição do Artigo 2, o Poder Executivo dos Estados Unidos, ao enviar a Convenção ao Senado, requerendo seu consentimento prévio na ratificação, assinalou que:

la Convención comienza con una disposición general sobre no discriminación (Artículo 1) y continúa con la obligación de adoptar las medidas legislativas que sean necesarias para conferirle efecto a los derechos y libertades protegidos por la Convención. (Artículo 2). Mientras la última disposición indica que las disposiciones sustantivas de la Convención no se aplican directamente, con el fin de evitar posibles discrepancias

31 L. B. Sohn y Th. Buergenthal, International Protection of Human Rights, p. 1365.

y con el objeto de dejar la implementación sustantiva a la jurisdicción y legislación doméstica, se recomienda la siguiente declaración: Los Estados Unidos declaran que los Artículos 1 a 32 de esta Convención no se aplican directamente”, esto es, no son “self-executing”.

A respeito do entendimento sustentado pelos Estados Unidos ARÉCHAGA afirma peremptoriamente: “Esta tese é inadmissível.³²” Segundo ele:

La declaración que se propone al Senado no sería una declaración interpretativa, sino una reserva, pues altera el efecto jurídico de las obligaciones asumidas en la Convención. Estados Unidos se colocaría en la cómoda situación de ser parte de la Convención, con todos los derechos que esa calidad apareja, incluida la facultad de denunciar violaciones en otros Estados Partes, y en cambio, no quedaría obligado sino en la medida que su legislación interna se fuera ajustando a las exigencias de la Convención. Conforme al Artículo 75 de la Convención, serían aplicables a esa eventual declaración de Estados Unidos los artículos 19 y siguientes de la Convención de Viena sobre Tratados.

Estos preceptos exigen que la reserva sea compatible “con el objeto y el fin del tratado” y requieren además que ella sea aceptada por los demás Estados partes.

A opinião consultiva da Corte Americana de Direitos Humanos de 29.08.1986 trata da “la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta” estabelecido pelo Artigo 14, inciso primeiro, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

O Governo de Costa Rica solicitou a Corte uma opinião consultiva sobre a interpretação e alcance do Artigo 14(1) em relação com os Artigos 1.1 e 1.2 da Convenção. O Artigo 14(1) dispõe o seguinte:

Toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

Costa Rica explicou à Corte que solicitava a opinião consultiva “debido a

32 Op. cit., p. 41.

*que existe una situación de duda que exige ser definida en cuanto a si en Costa Rica es dable alegar por cualquier persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de los medios de difusión, el derecho de rectificación o respuesta que establece el Artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o si tal derecho sólo es exigible una vez que se emita una ley formal que establezca las condiciones en que tal derecho pueda ser correctamente ejercido.*³³

Como se vê, o Governo de Costa Rica planteou claramente na Corte a questão do caráter executável por si mesmo (“self-executing”) do Artigo 14(1) da Convenção.

Contra o caráter executável por si mesmo (“self-executing”) deste preceito se invocava o argumento de que a frase “en las condiciones que establezca la ley” somente facultaria aos Estados partes a criar por lei o direito de retificação ou resposta, sem obrigações a garanti-lo enquanto seu ordenamento jurídico interno não o regule.

A Corte rechaçou este argumento, e afirmou que a Convenção consagra um direito de retificação ou resposta em favor de toda pessoa, em base a que “*el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo*” Chegou assim à opinião unânime no sentido de que o Artigo 14(1) “*reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible*”

A opinião consultiva agrega que a frase “*en las condiciones que establezca la ley*” no Artigo 14(1) *in fine*, se refere a questões tais como “*si los afectados tienen derecho a responder en espacio igual o mayor, cuándo debe publicarse la respuesta una vez recibida, en qué lapso puede ejercerse el derecho, qué terminología es admisible*. etc.” (Ibid., p. 14, § 27).

Assinala a Corte que:

el hecho de que los Estados partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al Derecho Internacional de las obligaciones que aquellos han contraído según el Artículo 1.1 ... En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por “toda persona” sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, ello constituiría una violación de la Convención (Ibid., p. 15, § 28).

33 Texto da Opinião Consultiva, publicada pela Corte Interamericana de Derechos Humanos, pp. 34-5, § 8.

Como se vê, a resposta unânime da Corte Interamericana de Derechos Humanos foi categórica enquanto ao caráter executável por si mesmo (“self-executing”) do Artigo 14(1) da Convención.

Como o demonstra esta opinião consultiva n.º 9, não é suficiente que um artigo faça referência a lei, para que perca auto-executividade. Para que o ocorra, é necessário que a realidade e a vigência sejam expressamente recomendadas pelo preceito ao ditado de uma lei ou de medidas complementares. Com este critério, que é o justo, somente carecem de auto-executividade os Artigos 13(5) sobre propaganda a favor da guerra e apologia do ódio; 17(4) sobre igualdade de direitos dos cônjuges; 17(5) sobre igualdade dos filhos: sejam legítimos ou naturais; 19, sobre direito da criança a medidas de proteção; 21(3) sobre proibição da usura e 26, sobre direitos econômicos, sociais e culturais.

Todos os demais preceitos da Parte I tem caráter executável por si mesmos. É sumamente importante determinar com precisão se as disposições da Parte I da Convención Interamericana são executáveis por si mesmas (“self-executing”), como o são todas, salvo as indicadas mais acima.³⁴

34 “LA OPINION SEPARADA DEL JUEZ URUGUAYO GROS ESPIELL. La opinión separada del Juez uruguayo, Prof. Gros Espiell, en el caso relativo al derecho de rectificación y de respuesta va más lejos que la opinión de la Corte por cuanto contesta el argumento estadounidense en el sentido de que el Artículo 2 de la Convención privaría de carácter ejecutable por sí mismo (“self-executing”) a toda la Parte I de la Convención. Gros Espiell contrapone al Artículo 2, (cuya inserción sin duda constituyó un desacuerdo que se cometió en la última etapa de elaboración de la Convención) el Artículo 1.1., que dispone: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquiera otra situación social” El Juez uruguayo manifestó que es evidente que el Artículo (2) de la Convención “impone el deber a los Estados partes de adoptar las medidas requeridas para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos por la Convención. El ser de estos derechos no está condicionado a la existencia de normas pertinentes en el derecho interno de los Estados Partes....Se trata de una obligación adicional, que se suma a la impuesta por el Artículo 1 de la Convención... la obligación que resulta del Artículo 2, complementa, pero de ninguna manera sustituye o suple, a la obligación general y no condicionada que resulta del Artículo 1”. Una conclusión diferente sería “inadmisibles porque paralizaría todo el sistema aceptable de aplicación de la Convención, y quitaría prácticamente efecto, con respecto a las personas humanas protegidas, a la obligación esencial que resulta para los Estados partes del Artículo 1 de la Convención” (26). En el mismo sentido ha comentado Monroy Cabra, miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que: “lo que quiso decir el Artículo 2 de la Convención fue únicamente que los Estados Partes se comprometen a eliminar en el ámbito de su jurisdicción, todos los obstáculos que se opongan a la aplicación de la Convención, pero en ningún momento se adoptó la tesis dualista ni puede deducirse de su texto que los Artículos 1 al 32 no se apliquen directamente como lo pretende la interpretación de los Estados Unidos... Si la Convención Americana busca garantizar derechos de las personas individuales debe interpretarse de suerte tal que pueda aplicarse inmediata y directamente a los particulares...” Monroy CABRA, *Aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el Orden Jurídico Interno*, na obra coletiva *Derechos Humanos en las Américas a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, Washington D. C., OEA, 1984, p. 141.

Segundo alerta o Prof. René Ariel DOTTI,³⁵ os redatores do projeto que resultou na Lei n.º 9.271/96, aprovaram uma exposição de motivos que expõe alguns fundamentos no designio de legge que viria a receber, na Câmara dos Deputados o n.º 4.897, de 1995, publicada no DOU, de 25.11.1994, Seç. I, p. 17860, a qual reconhece que a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica – é “*integrante do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro*”.

O nosso entendimento, é como o de certos autores,³⁶ que é o caso de todos os chamados *direitos fundamentais do homem*, os quais constituem normas imperativas de direito internacional geral (*‘jus cogens’*), com o alcance prescrito no artigo 64º da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, de 23 de maio de 1969.³⁷

No seminário *A Proteção Nacional e Internacional dos Direitos Humanos*,

35 **A ausência do Acusado e a Suspensão do Processo.** RT, 730, p. 402.

36 “LA CUESTION DE JERARQUIA. Tampoco la cuestión de cuál norma prevalece en caso de conflicto entre las reglas de Derecho Internacional y las de Derecho Interno, es regida por el Derecho Internacional sino que depende del Derecho Constitucional de cada país. Y en esa materia hay grandes diferencias. Hay Estados que acueldan a las normas internacionales la más alta jerarquía, al punto que pueden incluso modificar las normas de la Constitución; otros equiparan las normas internacionales con las disposiciones de la Constitución; un tercer grupo de países admite que las reglas del Derecho Internacional, aunque no pueden modificar la Constitución, prevalecen sobre las disposiciones legislativas. Finalmente, la posición más difundida, y a la que está afiliado el Uruguay, es la que coloca en un pie de igualdad las disposiciones de los tratados, así como las normas consuetudinarias, con los actos legislativos. Esto significa que habrá de prevalecer la regla adoptada con posterioridad, sea interna o internacional. La norma posterior desplaza a la anterior en el tiempo. Así lo ha decidido el Tribunal de Apelaciones del Trabajo y la Suprema Corte, “sosteniendo la posición jurisprudencial de que la ley ordinaria posterior deroga tácitamente al Tratado” Es en esta última hipótesis que reaparece entonces la escuela dualista para sostener que la existencia simultánea de dos normas contradictorias - una de Derecho Internacional y otra de Derecho Interno en conflicto con la anterior- demuestra que se está en presencia de dos órdenes jurídicos diferentes. Hay autores que comparan esta situación con la de dos ordenamientos jurídicos internos, uno nacional y otro extranjero, que pueden contener normas jurídicas diferentes y hasta contradictorias. Esa comparación, que intenta reintroducir el dualismo, olvida que del punto de vista internacional, el acto legislativo en conflicto con una norma de Derecho Internacional no es sino un hecho equivalente a cualquier otra violación del Derecho Internacional, que origina la responsabilidad internacional del Estado. Si el juez nacional acuerda prioridad al acto legislativo posterior en el tiempo sobre el tratado o la norma consuetudinaria de Derecho Internacional pre-existente, ello sólo significa que el Estado queda obligado a cumplir su obligación internacional a través de un conducto diferente. Como dijo la Corte Suprema de los Estados Unidos en el Caso Whitney versus Robertson, hace ya un siglo, al negar la aplicación de un tratado en conflicto con una ley del Congreso: “Si el país con el cual se ha concluido el tratado queda insatisfecho por la acción del cuerpo legislativo, puede presentar su queja a la autoridad ejecutiva del Gobierno y adoptar las otras medidas que estime esenciales para la protección de sus intereses. Los Tribunales no pueden proporcionarle un remedio” (124 US 190,194 – 1888 -). Esto demuestra que la norma de Derecho Internacional no ha sido, en rigor, derogada por la norma legislativa contradictoria. La norma internacional subsiste, así como queda en pie la obligación internacional que de ella deriva, aunque no sea ejecutable por los tribunales internos o las autoridades administrativas, pero sí es ejecutable ante los tribunales internacionales.” ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez. Op. cit., pp. 31-3.

37 Cf. T. VAN BOVEN, *Aperçu du droit international positif des droits de l'homme, in Les dimensions internationales des droits de l'homme*, p. 118.

realizado em Brasília e promovido pelo Fórum Interamericano de Direitos Humanos - FIDEH e Centro Santo Dias de Direitos Humanos da Arquidiocese de São Paulo, em dezembro de 1994, Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE, expondo sobre o assunto, declarou:

*Trata-se de uma meta premente, porquanto não se pode professar o universalismo dos direitos humanos no plano conceitual ou normativo, e continuar aplicando ou praticando a seletividade no plano operacional. Os direitos humanos se impõem e obrigam os Estados, e, em igual medida, os organismos internacionais e as entidades ou grupos detentores do poder econômico, particularmente aqueles cujas decisões repercutem no cotidiano da vida de milhões de seres humanos. Os direitos, em razão de sua universalidade nos planos tanto normativo quanto operacional, acarretam obrigações erga omnes.*³⁸

E em outra oportunidade já afirmou o emérito Professor:

*Nas raízes do próprio pensamento constitucionalista mais esclarecido se encontra apoio para a proteção internacional dos direitos humanos. Há pouco menos de duas décadas, Mauro Cappelletti ressaltava que a proteção dos direitos humanos, no plano do direito interno, requer instrumentos processuais adequados, e é tamanha sua importância que transcende o sistema ordinário de proteção judicial; assim, em caso de ameaça aos direitos constitucionalmente reconhecidos, há que prover meios processuais extraordinários de proteção. E é quando nem mesmo esses são disponíveis que as garantias consagradas nos tratados e instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos operam em favor dos que necessitam de proteção. E segundo esses tratados de direitos humanos não é suficiente que os Estados-Partes contem com sistemas de tutela jurídica de caráter genérico; encontram-se eles na obrigação de prover instrumentos processuais adequados e eficazes para a salvaguarda dos direitos constitucionalmente consagrados. Há, entre os constitucionalistas, os que revelam sensibilidade para as afinidades e a interação entre o direito internacional e o direito interno no tocante à proteção dos direitos humanos.*³⁹

38 Organização: MARIANO, Benedito Domingos e FECHIO FILHO, Fermino. **A proteção nacional e internacional dos Direitos Humanos**.

39 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos – fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo : Saraiva, 1991. p. 624.

CLÈMERSON MERLIN CLÈVE,⁴⁰ enfrenta a questão da inserção do Pacto de São José da Costa Rica em nosso ordenamento jurídico, com especial abordagem em relação a impossibilidade de prisão por dívida (civil e criminal).

Afirma que à Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de São José da Costa Rica*), tratado internacional concluído no seio da Organização dos Estados Americanos (OEA), o Brasil aderiu ao tratado internacional, sem formular, no instrumento respectivo, qualquer reserva em relação ao direito em questão. Por força do que dispõe o art. 5.º, § 1.º, da Constituição de 1988, que assegura a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, e o Pacto de São José da Costa Rica tem por objeto nada mais nada menos do que direitos e garantias, conclui-se que suas normas demandam aplicação imediata. Daí porque tem razão Antonio Augusto CANÇADO TRINDADE,⁴¹ quando afirma que:

se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar as suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais nele garantidos, consoante arts. 5.º (2) e 5.º (I) da Constituição de 1988, passam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.

Prossegue, ou seja, com a Constituição de 1988 o Brasil que tradicionalmente vinha aceitando a tese da necessidade da intermediação legislativa (recepção) como meio de incorporação do direito internacional ao direito interno (*concepção dualista*), passa a adotar um sistema misto, segundo o qual a sistemática anterior permanece em relação a todos os tratados, salvo aqueles envolvendo direitos humanos. Neste caso, diante do que especifica o art. 5.º, §§ 1.º e 2.º, da Lei Fundamental da República, ocorrerá incorporação automática do tratado internacional concluído pelo país (*concepção monista*).

Por outro lado, tendo em conta o disciplinado no art. 5.º, § 2.º, segundo o

40 Professor Doutor dos Cursos de Mestrado e Doutorado da Universidade Federal do Paraná. Ex-Procurador da República. *Contribuições Previdenciárias, não recolhimento. Art. 95, c, da Lei 8.271. Inconstitucionalidade. RT/Fasc. Penal*, Ano 86, v. 736, fev. 1997, pp. 503-532.

41 *A interpretação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos*. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, v. 46, n. 182, p. 27-54, jul.-dez./93), ex-Consultor-Geral do Ministério das Relações Exteriores e, hoje, Juiz brasileiro com assento na Corte Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos, com sede em São José da Costa Rica.

qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, **a Constituição Federal atribui aos direitos humanos definidos em tratado internacional o status de norma constitucional** – grifo nosso -.

E, conforme assevera, não é outra a conclusão alcançada por Flávia PIOVESAN. Com efeito, esta jurista dotada de aguda percepção demonstra que:⁴²

A Carta de 1988 inova, assim ao incluir dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário.

Ora, ao prescrever que ‘os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais’, a contrario sensu, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Este processo de inclusão implica a incorporação pelo texto constitucional destes direitos. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Esta conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional”.

Comunga com o pensamento, entre outros, de Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.⁴³

Concorde-se, afirma MERLIN CLÈVE, neste particular, que os tratados internacionais, dos quais o Brasil faça parte, diante da determinação constitucional, integram, juntamente com a Constituição Formal, o bloco de constitucionalidade (sobre o conceito: Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 2.a ed., Paris, Montcherestien, 1992, p. 91-103) compreendido enquanto plexo

⁴² *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo : Max Limonard, 1996, p. 110.

⁴³ *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo, Saraiva, 1991.

normativo determinante heteronômico de nível superior do Estado brasileiro. Diz:

Desde esta perspectiva, derivada dos deslocamentos teóricos mais recentes em matéria de Direito dos direitos humanos, a norma plasmada no art. 95, d, da Lei 8.212/91 é, também por este motivo (ofensa a direito fundamental previsto em tratado internacional e incorporado ao bloco de constitucionalidade), manifestamente inconstitucional. Sim, porque o programa normativo contemplado no tratado proíbe inequivocamente qualquer sorte de prisão por dívidas (civil ou criminal).

Haverá, não obstante, aqueles que pretenderão que os tratados não assumem o mesmo regime dos direitos fundamentais contemplados na Constituição, inscrevendo-se, sim, em território de menor estatura hierárquica. Pretenderão, com isso, demonstrar, ademais, que o direito previsto no tratado referido colide com o disposto na Constituição, daí porque deve prevalecer o texto constitucional. Neste caso, apegados a uma interpretação literal e empobrecida do art. 5.º, LXVII, da Carta de 1988 (“garantia apenas contra prisão civil por dívida”), e do regime dos direitos fundamentais, advogarão que norma de menor hierarquia não pode colidir com a Constituição. Já foi demonstrado que o direito previsto no art. 5.º, LVII, não pode ser amesquinçado em face de uma interpretação literal e, ademais, descompromissada com a força vinculante dos direitos fundamentais. Mas, ainda que se admita que aquele artigo apenas protege o cidadão contra a prisão civil por dívida, não o eximindo de prisão penal (hipótese de fraude constitucional e de quebra do princípio da proporcionalidade, como antes afirmado), mesmo assim não há como defender que o tratado, ao proibir qualquer sorte de prisão por dívida, por mais generoso que seja, resida em estado de inconstitucionalidade. Ora, tratasse de restrição, poderia, com efeito, ser tido como inconstitucional. Tratando-se porém, de direito, de extensão de uma garantia mínima inscrita no catálogo dos direitos fundamentais, é evidente que não é inconstitucional. A Constituição, com os direitos fundamentais, nomeadamente com os direitos de defesa, cria uma zona de incompetência para o Poder Público, inclusive o legislador, de modo que ele não poderá saltar o muro construído, impedido de restringir a garantia constitucional, não ficará, entretanto, impedido de ampliá-la, daí porque não seria absolutamente inconstitucional uma lei federal que dispusesse a respeito da proibição da prisão de natureza penal por dívida. É desde esta ótica que precisa ser visto o tratado internacional.

Incorporado ao direito interno, seja automaticamente (como pretende a nova doutrina), seja em virtude de ato expresse de recepção (o que já ocorreu no Brasil, como se sabe), ele comprime o poder de conformação e de restrição legislativa do Estado-legislador, ampliando a garantia já plasmada no texto constitucional, completando-a, sim, mas sem jamais confrontá-la. Por isso, ainda que os direitos fundamentais protegidos pelo Pacto de São José da Costa Rica não se inscrevam no bloco de constitucionalidade (que nesta hipótese estaria reduzido apenas ao corpo da Constituição formal), não usufruindo, então, do mesmo regime jurídico daqueles direitos referidos pelo texto constitucional porque residentes em lugar hierárquico de menor estatura, nem por isso deixam de produzir importantes efeitos na ordem jurídica interna.⁴⁴

Em matéria de direitos fundamentais os argumentos fundados na hierarquia de normas passam atualmente por severo questionamento. Apele-se, outra vez, para o pensamento de Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE:⁴⁵

No presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno, longe de operarem de modo estanque ou compartimentalizado, se mostram em constante interação, de modo a assegurar a proteção eficaz do ser humano. Como decorre de disposições expressas dos próprios tratados de direitos humanos, e da abertura do direito constitucional contemporâneo aos direitos internacionalmente consagrados, não mais cabe insistir na primazia das normas do direito internacional ou do direito interno, porquanto o primado é sempre da norma - de origem internacional ou interna - que melhor proteja os direitos humanos. O Direito dos Direitos Humanos efetivamente consagra o critério da primazia da norma mais favorável às vítimas.

No mesmo sentido se inclina o pensamento de Flávia PIOVESAN:⁴⁶

Logo, na hipótese de eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno, adota-se o critério da prevalência da norma mais favorável à vítima. Em outras palavras, a primazia é da norma que melhor proteja, em cada caso os direitos da pessoa humana. Ressalte-se que o Direito Internacional dos Direitos

44 Op. cit., pp. 528-9.

45 Apresentação, in Flávia PIOVESAN, Op. cit., p. 19.

46 Op. cit., p. 129.

Humanos apenas vem a aprimorar e fortalecer o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo interno. A escolha da norma mais benéfica ao indivíduo é tarefa que caberá fundamentalmente aos Tribunais nacionais e a outros órgãos aplicadores do direito, no sentido de assegurar a melhor proteção possível ao ser humano.

E, conforme assevera MERLIN CLÈVE:⁴⁷

Assim também se pronuncia Celso D. de Albuquerque Mello (Direito constitucional internacional, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 188). Aliás, rememore-se que o próprio Pacto de São José da Costa Rica conta com dispositivo a respeito (art. 29. b), confirmando o princípio da prevalência da norma mais favorável.

Haverá, por fim, aqueles que, à luz da posição do STF adotada no RE 80.004 (RTJ (1978), v. 83, p. 809-848), que configura leading case na matéria, pretenderão que os tratados envolvendo direitos fundamentais não se distinguem dos demais tratados no que se refere as suas relações com o direito interno. Daí porque, aduziriam, uma vez aprovados pelo Congresso, ratificados e, então, promulgados pelo Executivo, passariam a se incorporar a ordem jurídica interna no mesmo patamar hierárquico da lei ordinária federal. Neste caso, lei ordinária posterior poderia perfeitamente afastar a eficácia da normativa internacional.

O raciocínio, todavia, não é suficiente para afastar a incidência da norma internacional no presente caso. Sim, porque, admitindo-se que o tratado (incorporado no direito brasileiro em 06.11.1992, através do Dec. 678) reside no mesmo nível hierárquico da lei ordinária federal (e à luz do novo texto constitucional não se pode admitir esta tese em relação aos tratados envolvendo direitos do homem), e sendo certo que ele proíbe modalidade de prisão admitida pela Lei 8.212 (art. 95, d), é indisputável que, tratando-se de normativa mais recente, terá revogado a norma anterior. Trata-se de mera aplicação de mezinheiro princípio do direito intertemporal segundo o qual a norma mais recente, na hipótese de antinomia, prevalece sobre a anterior.

Por este fundamento, então, se o disposto no art. 95, d, da Lei 8.212, não é inconstitucional (e foi já, exaustivamente, demonstrado que é), restou inaplicável em função da suspensão de sua eficácia (revogação)

⁴⁷ Op. cit., pp. 529-30.

determinada implicitamente pela entrada em vigor no direito interno do Pacto de São José da Costa Rica. Daí porque, com a incorporação ao direito interno do tratado referido, nenhum brasileiro poderá ser condenado penalmente pelo inadimplemento de obrigação tributária.”

Concluindo, afirma que diante de todo o exposto, o direito de defesa plasmado do art. 5º, LXVII, da CF, configura um verdadeiro direito fundamental, submetido ao regime dos direitos fundamentais dedutível da Lei Fundamental da República. Tratando-se de um direito fundamental, deve ser interpretado de modo ajustado. A interpretação literal e apressada do dispositivo não dá conta de seu sentido, sendo certo que, ademais disso, contribui para o seu amesquinhamento.

Ressaltamos, finalmente, que por força do disposto no artigo 5º, parágrafos 1º e 2º, a Carta Magna de 1988 atribui aos direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos natureza de norma constitucional, incluindo-os no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata.

Enfatizo que, enquanto os demais tratados internacionais têm força hierárquica infra-constitucional (na interpretação do Supremo Tribunal Federal), nos termos do art. 102, III, ‘b’ do texto – que admite o cabimento de recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado – os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos detêm natureza de norma constitucional (ao menos).

Finalmente, concluímos nos termos do que afirmou a Profª. Flávia PIOVESAN, por ocasião de conferência proferida no Congresso promovido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (já anteriormente citado), portanto, que o Direito brasileiro faz opção por um sistema misto que combina regimes jurídicos diferenciados – um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e um outro aplicável aos tratados tradicionais. Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do artigo 5º, parágrafos 1º e 2º - apresentam natureza de norma constitucional e aplicação imediata, os demais tratados internacionais apresentam natureza infra-constitucional e se submetem à sistemática da incorporação legislativa.

Súmula Vinculante: Figura do Common Law?

Teresa Arruda Alvim Wambier

Livre-docente, doutora e mestre em Direito pela PUC-SP. Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da mesma instituição. Professora no curso de mestrado da UNIPAR. Professora Visitante na Universidade de Cambridge (2008). Professora Visitante na Universidade de Lisboa (2011). Presidente do IBDP. Membro da International Association of Procedural Law, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, do Instituto Panamericano de Derecho Procesal, da International Bar Association, da Academia de Letras Jurídicas do Paraná e São Paulo, do IAPR e do IASP, da AASP, do IBDFAM. Advogada.

Sumário: 1. A relevância crescente dos precedentes no Brasil - 2. O fenômeno “súmula” - 3. Jurisprudência uniforme e estável são pressupostos de aplicação do princípio da isonomia - 4. Objeto da súmula vinculante - 5. Conclusões

1. A relevância crescente dos precedentes no Brasil

A adoção da súmula vinculante pelo direito positivo brasileiro tem gerado a impressão de que, por isso, nosso sistema processual-constitucional se estaria aproximando do que existe nos países de *common law*. Esta impressão, na nossa opinião, é equivocada. Estamos, isto sim, buscando a realização dos mesmos valores por estes sistemas prezados, habitualmente referidos pelas expressões: *equality*, *uniformity*, *stability*, *predictability*, mas por caminhos diversos, que, a nosso ver, são típicos do *civil law*.

O valor do precedente judicial e, portanto, também das súmulas e da súmula vinculante, se liga à ideia de autopoiese.¹ O direito é um sistema que se “autonutre”: acórdãos citam precedentes, e, assim, se legitimam, no sentido de adquirirem respeitabilidade. Do mesmo modo ocorre com a doutrina: autores citam outros autores. Doutrina e jurisprudência são capazes de gerar alteração da lei. O direito, então, nasce de si mesmo.

Pensamos que já era claramente visível no sistema, uma tendência a que se viesse a adotar no direito brasileiro, a súmula vinculante, pois na própria lei já havia indícios de ser esta a vontade da comunidade. Vejam-se, por exemplo, os arts. 557 e 555, § 1.º do CPC.

¹ Autopoiese é um conceito “emprestado” da biologia, de autoria dos biólogos Maturana e Varela. Deriva de autos (do grego, por si próprio) e poiesis (do grego, produção). Luhmann viu este fenômeno no direito (Niklas Luhmann, *Sociologia do direito*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1983). Sobre autopoiese, consultar, com imenso proveito, Willis Santiago Guerra Filho, *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, *passim*.

O curioso é que, paralelamente a esta preocupação do legislador, que desembocou na concepção de dispositivos como estes apenas referidos, e também como os arts. 285-A, o 518 1.º do CPC, e outros, que prestigiam o papel da jurisprudência uniforme, pacificada ou predominante, ora tornando-a critério “facilitador” de decisões, ora ensejando a sua formação, os tribunais brasileiros vêm demonstrando, infelizmente, em assuntos muito relevantes, pouca inclinação a respeitar decisões reiteradas das Cortes Superiores, conforme exemplos abaixo.

Depois de muitos julgados estabelecendo que a multa do artigo 475-J do Código de Processo Civil incidiria automaticamente a partir do trânsito em julgado da condenação, independentemente de nova intimação do advogado ou do devedor para cumprir a obrigação, o Superior Tribunal de Justiça alterou seu entendimento. Passou a considerar necessário o requerimento do credor de nova intimação do devedor, na pessoa do seu advogado, para ter ciência do montante apurado. A partir desta intimação, concede-se a oportunidade para o pagamento voluntário no prazo de 15 dias. Não ocorrendo o pagamento neste prazo, incidirá a multa de dez por cento. Nesse sentido: AgRg no AgRg no Ag 1.056.473/RS e EDcl no Ag. (DJe 30.06.2009).

Destaca-se, ainda, outro caso relevante em que houve divergência entre os Tribunais Superiores: recolhimento de Cofins pelas sociedades simples. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 2003, julgando questão Federal entendeu que essas empresas estavam isentas da cobrança do tributo. Sumulou a matéria (Súmula 276 – STJ). Todavia, em 2008, o Supremo Tribunal Federal (STF) no exercício de sua função de interpretação a Constituição Federal, decidiu que as sociedades simples são obrigadas a recolher a Cofins, alterando entendimento do Tribunal.

Benefícios previdenciários: entende o Supremo Tribunal Federal que eles são regulados pela lei vigente ao tempo em que tenham sido preenchidos os requisitos necessários à sua concessão. No mesmo sentido, decide a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais Processo nº 2008.70.51.00.0495-8. Em sentido contrário, o Superior Tribunal de Justiça entende que o art. 86, 1º, da Lei 8.213/91, alterado pela Lei 9.032/95, tem aplicação imediata e, atinge todos os segurados que estiverem na mesma situação, no que tange a benefícios pendentes de concessão ou, aos já concedidos. Segundo o STJ, “a aplicação da majoração do auxílio-acidente apenas aos benefícios concedidos após a instituição da Lei 9.032/95, consubstancia tratamento diferente a segurados na mesma situação” (STJ, REsp 1.096.244).

Quanto à prisão civil, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal modificou-se no sentido de afastar a possibilidade de prisão civil por dívida, uma vez

que o Brasil é signatário do Pacto de San José da Costa Rica, que dispõe em seu artigo 7º, inciso VII que: “ninguém deve ser detido por dívida”.

Este pacto foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com *status* de Emenda Constitucional, conforme preceitua o parágrafo 3º do Art. 5º da CF (acrescentado pela EC/45). Cabe, ainda, ressaltar que foi revogada em 2008 a súmula 619 STF que previa a possibilidade de ser decretada a Prisão do Depositário Infel, no próprio processo em que se constituiu o encargo. Tal revogação se deve diretamente ao fato de concordarem os Ministros quanto à impossibilidade de prisão civil de depositário infiel (C 92.566/SP, pag. 470). Há, hoje, ainda, a Súmula Vinculante n. 25, que dispõe: “***É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito***”.

Um caso interessante é o da incidência do ISS sobre operações de arrendamento mercantil (*leasing*). Neste caso, houve rápida mudança na jurisprudência do STJ, que, num primeiro momento, no início da década de 1990, não admitia a incidência do tributo sobre os contratos de leasing; para logo em seguida, em meados da mesma década, passar a admiti-la apenas após a LC 56/87, vindo, inclusive, a sumular a matéria (Súmula 138). Contudo, posteriormente, no início da década de 2000, passou a considerar a matéria substancialmente constitucional e a declarar-se incompetente para seu julgamento, remetendo-a ao STF (REsp 2646/SP. Rel. Min. Peçanha Martins. Órgão Julgador: T2 – Segunda Turma. Julgamento: 17/04/1991. Publicação/Fonte: DJ 03/02/1992 p. 450; e Resp 5438/SP. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins. Órgão Julgador: S – Primeira Seção. Julgamento: 25/04/1995. Publicação/Fonte: DJ 14/08/1995 p. 23971; REsp 37578/RS. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Órgão Julgador: T2 – Segunda Turma. Julgamento: 12/09/1996. Publicação/Fonte: DJ 07/10/1996 p. 37624; REsp 220635/RS. Rel. Min. Milton Luiz Pereira. Órgão Julgador: T1 – Primeira Turma. Julgamento: 16/05/2000. Publicação/Fonte: DJ 07/08/2000 p. 98; STJ – Resp 162741/SP. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins. Órgão Julgador: T2 – Segunda Turma. Julgamento: 01/03/2001. Publicação/Fonte: DJ 23/04/2001 p. 126; REsp 797948/SC. Rel. Min. José Delgado. Rel. p/ Acórdão: Min. Luiz Fux. Órgão Julgador: T1 – Primeira Turma. Julgamento: 07/12/2006. Publicação/Fonte: DJ 01/03/2007 p. 240; AgRg no REsp 912388/SC. Rel. Min. José Delgado. Órgão Julgador: T1 – Primeira Turma. Julgamento: 08/05/2007. Publicação/Fonte: DJ 31/05/2007 p. 403; REsp 914421/RS. Rel. Min. Eliana Calmon. Órgão Julgador: 5 T2 – Segunda Turma. Julgamento: 09/02/2010. Publicação/Fonte: DJe 24/02/2010; AgRg no REsp 1102016/RS. Rel. Min. Castro Meira. Órgão Julgador: T2 – Segunda Turma. Julgamento: 26/10/2010. Publicação/Fonte: DJe 11/11/2010).

Pode-se imaginar o mal estar que criam, na sociedade brasileira, tanto as divergências concomitantes que há entre Tribunais, quanto as alterações bruscas de seus próprios entendimentos.

Esta é mais uma razão que nos faz ver com bons olhos a inclusão da súmula vinculante no nosso sistema jurídico, já que, como veremos mais adiante, *a existência de uniformidade na jurisprudência é pressuposto para que se realize, no plano dos fatos, o princípio da isonomia*.

A adoção da súmula vinculante, com a Emenda Constitucional 45/2004 (cf. art. 103-A da Constituição Federal), portanto, não significou, sob nenhum aspecto, um salto histórico no direito brasileiro. Trata-se da cristalização de uma tendência. Ao contrário, pois, conforme observou, com seu senso de humor único, Barbosa Moreira, ao comentar a alteração do art. 557 pela Lei 9.756/98: “Emenda Constitucional para estabelecer que as súmulas, sob certas condições, passarão a vincular os outros órgãos judiciais? Ora, mas se já vamos além e ao custo – muito mais baixo – de meras leis ordinárias (será que somente na acepção técnica da palavra?! O mingau está sendo comido pelas beiradas, e é duvidoso que a projetada emenda constitucional ainda encontre no prato o bastante para satisfazer seu apetite...”²

A doutrina comenta que mesmo nos países da Europa Continental a transcendência dos precedentes vem sendo observada. Diz-se que a *jurisprudência consolidada* garante a certeza e a previsibilidade; garante a igualdade dos jurisdicionados; evidencia a submissão moral de respeito à sabedoria acumulada pela experiência; e constrói uma presunção em prol do acerto do precedente.³

No que diz respeito ao discurso jurídico, é relevante que se diga também que tem o ônus de justificar minuciosamente sua posição aquele que pretende afastar-se de uma posição firmada em jurisprudência dominante, pois o natural é que esta seja respeitada.

A força persuasiva que deve ter a jurisprudência não vinculante se confunde saudavelmente com a consciência da inexorabilidade de que a questão seja, afinal, decidida em conformidade com o entendimento dos tribunais superiores. E deve ter, como de fato tem, em alguns casos, o condão de gerar *condutas e decisões* judiciais (de 1.º e 2.º grau de jurisdição), já de acordo com o que se espera venha a ser a decisão do STJ ou do STF.

Assim, se de um lado não existe, no sistema brasileiro, a obrigatoriedade de

2 José Carlos Barbosa Moreira, Algumas inovações da Lei 9.756, em matéria de recursos cíveis, in Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Junior (coords.), Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98, São Paulo, RT, 1999.

3 José Rogério Cruz e Tucci, Precedente judicial como fonte do direito, São Paulo, RT, 2004, p. 296 e 297

respeito à jurisprudência pacificada dos tribunais superiores, pode-se dizer que *é insita à própria estrutura do Judiciário e à função de cada Tribunal, principalmente a dos tribunais superiores*,⁴ a necessidade de que estas decisões orientem os demais órgãos do Poder Judiciário. Com isto, pretendemos dizer que o nosso sistema não seria o que é, nem seria como é a estrutura do Judiciário, se não houvesse, subjacentemente à criação deste modelo, a ideia de que as decisões dos tribunais superiores devessem ser respeitadas pelos demais, principalmente quando se forma jurisprudência reiterada em determinado sentido.⁵

É claro que, se os próprios tribunais superiores alteram com frequência indesejável suas próprias posições, a respeito de temas jurídicos importantes, fica quase impossível eleger-se a sua jurisprudência “pacificada” como um *norte*.

Por outro lado, não se pode, rigorosamente, dizer que os precedentes dos Tribunais Superiores realmente vinculam, pois o nosso sistema, não admite que o juiz decida senão com base, pelo menos, fundamentalmente, *na lei*. Orienta a atividade decisória do juiz o princípio do livre convencimento motivado: há liberdade para analisar as provas, formar a convicção e decidir, com base na interpretação da lei que se entenda correta. O juiz tem, portanto, no sistema brasileiro, segundo a opinião que predomina, a possibilidade de optar pela interpretação da lei que lhe

4 A do STF como sendo a de dar a última palavra sobre temas constitucionais; a do STJ a de dizer, de forma definitiva, o que diz a lei infraconstitucional.

5 Calmon de Passos, sempre afirmou que a jurisprudência dos tribunais superiores sempre vinculou. Diz ele, em magnífico texto: “Coisa bem diversa ocorre, a meu ver, quando se trata de decisão tomada pelo tribunal superior em sua plenitude e com vistas à fixação de um entendimento que balize seus próprios julgamentos. O tribunal se impõe diretrizes para seus julgamentos e necessariamente as coloca, também, para os julgadores de instâncias inferiores. Aqui a força vinculante dessa decisão é essencial e indescartável, sob pena de retirar-se dos tribunais superiores justamente a função que os justifica. Pouco importa o nome de que elas se revistam – súmulas, súmulas vinculantes, jurisprudência predominante ou o que for, obrigam. Um pouco à semelhança da função legislativa, põe-se, com elas, uma norma de caráter geral, abstrata, só que de natureza interpretativa. Nem se sobrepõem à lei, nem restringem o poder de interpretar o direito e valorar os fatos atribuídos aos magistrados inferiores, em cada caso concreto, apenas firmam um entendimento da norma, enquanto regra abstrata, que obriga a todos em favor da segurança jurídica que o ordenamento deve e precisa proporcionar aos que convivem no grupo social, como o fazem as normas de caráter geral positivadas pela função legislativa. (...) “Talvez só porque, infelizmente, no Brasil pós-1988 se adquiriu a urticária do ‘autonomismo’, e todo mundo é comandante e ninguém é soldado, todo mundo é malho e ninguém é bigorna, talvez por isso se tenha tornado tema passionai o problema da súmula vinculante. E isso eu percebi muito cedo, quando, falando para juízes federais sobre a irrecusabilidade da força vinculante de algumas decisões de tribunais superiores, um deles jovem, inteligente, vibrante me interpelou: Professor Calmon, e onde fica a minha liberdade de consciência e o meu sentido de justiça? Respondi-lhe, na oportunidade, o que aqui consigno. Esta mesma pergunta não seria formulável, validamente, pelos que, vencidos, sofrem os efeitos da decisão que lhes repugna o senso moral e lhes mutila a liberdade? Por que os juízes poderiam nos torturar e estariam livres de ser torturados por um sistema jurídico capaz de oferecer alguma segurança aos jurisdicionados?” (Súmula vinculante, v. 9, n. 1, jan.-mar. 1997, p. 163-176; destaques nossos).

pareça a mais acertada.

Então como sustentar dever a jurisprudência dominante, principalmente a dos tribunais superiores, ser respeitada?

É que esta liberdade, não pode ser levada às últimas consequências, sob pena de gerar o comprometimento da forma sistemática do direito e o afastamento integral da possibilidade de se tratarem *isonomicamente* os jurisdicionados.

De fato, esta liberdade de interpretação não pode ser ilimitada. Afinal “todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais, quando substanciais”.⁶

É familiar à nossa época a ideia de que *não há direitos ilimitados*. Até a *propriedade*, hoje, há de exercer sua *função social*. A noção de *abuso do direito* tem-se estendido a todos os campos, até ao próprio processo.

E aqui, veja-se, a liberdade do juiz está sendo limitada em nome de princípios cuja aplicação tem expressivo alcance social, principalmente os da *previsibilidade* e da *segurança jurídica*.

A súmula vinculante é, sem dúvida, uma das formas de por limites à liberdade de decidir do juiz. E de, paradoxalmente, *dar mais valor ao Judiciário como um todo*, que, agindo sem coesão e harmonia, demonstra sua fragilidade e perde a respeitabilidade, decepcionando a sociedade.⁷

2. O fenômeno “súmula”

O fenômeno *súmula*, como se sabe, identifica-se com um resumo das ideias contidas em reiteradas decisões de um tribunal, proferidas num mesmo e determinado sentido. Na verdade, trata-se da apreensão do *conteúdo jurídico essencial* de decisões num mesmo sentido. Resume-se, no enunciado da súmula, a posição jurídica que se adotou, repetidamente, num mesmo sentido, em certo tribunal. Espera-se da súmula que seja *clara, sintética, objetiva* e que a compreensão de seu núcleo independa, o quanto possível, dos acórdãos que lhe deram origem (embora seja sempre útil e proveitoso analisarem-se os acórdãos que foram base da súmula).

6 Mauro Cappelletti, *Juízes legisladores?*, trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 24.

7 A esse respeito observa Alfredo Buzaid: “Na verdade, não repugna ao jurista que os tribunais, num louvável esforço de adaptação, sujeitem a mesma regra jurídica a entendimento diverso, **desde que se alterem as condições econômicas, políticas e sociais**; mas repugna-lhe que sobre a mesma regra jurídica deem os tribunais interpretação diversa e até contraditória, quando as condições em que ela foi editada continuam as mesmas. O dissídio resultante de tal exegese **debilita a autoridade do Poder Judiciário**, ao mesmo passo que causa profunda **decepção às partes** que postulam perante os tribunais” (Uniformização de jurisprudência. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul 34, jul. 1985, p. 192). (Grifos nossos)

A súmula vinculante foi um modo encontrado pelo legislador constituinte brasileiro para tornar obrigatório o respeito (= obediência) a *uma série de precedentes do STF, cujo sentido essencial seja o mesmo*; quando esta série, desde que preenchidos os demais pressupostos, desemboque na formulação do enunciado.

É, portanto, uma forma veemente de valorização dos precedentes do STF.

A esta altura é oportuno que se repise ser este um fenômeno tipicamente de *civil law*. Nos países de *civil law* é que a jurisprudência pacificada ou predominante dos tribunais são ou tendem a ser respeitadas, em virtude talvez de uma atitude (de todos) culturalmente enraizada. É o que ocorre, por exemplo, na Alemanha e na França.

Isto acontece em muitos países de *civil law*, *sem a necessidade de que haja súmulas formalmente vinculantes*. E é natural que ocorra, como observamos antes. Se não ocorre no Brasil, isto consiste numa deformação do sistema e se deve provavelmente a algum tipo de razão política, sociológica, mas não jurídica.

Já nos países de *common law* a situação é diferente. Respeita-se o *precedente*. Na verdade, *um* único precedente. No Brasil, se respeita um precedente, quando se trata de um *leading case*. E, de rigor, só se saberá que um caso é um *leading case*, *a posteriori*. Ou seja, só quando, depois de proferida certa decisão, acontece de ela ser real e efetivamente respeitada, ela se terá tornado um *leading case*.

Nos países de *common law* ao contrário se diz que *like cases should be decided alike*. Um, apenas um, precedente já vincula.⁸ O primeiro. E foi só em 1966 que a House of Lords⁹ decidiu que poderia deixar de respeitar seus próprios precedentes. Embora este grau de rigidez não exista em todos os países de *common law*, com certeza o que nestes sistemas ocorre nada tem a ver com a súmula vinculante, a não ser muito remotamente, como dissemos no início deste texto, exclusivamente na medida em que tanto o *stare decisis*,¹⁰ quanto a súmula vinculante, têm o objetivo último de gerar estabilidade, previsibilidade, em suma, segurança jurídica.

A rigidez do sistema inglês é tamanha, no que diz respeito à necessidade de respeito aos precedentes, que a doutrina inglesa cita casos em que, por exemplo,

8 "A single decision of a higher court is enough to qualify that decision as a binding precedent which may not be disregarded on substantive grounds by a lower court". (P. S. Atiyah and R. S. Summers, *Form and Substance in Anglo American Law, A Comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions*, Clarendon Press, Oxford, 1987, p. 120).

9 Rupert Cross and J. W. Harris, *Precedent in English Law*, Clarendon Law Series, Clarendon Press, Oxford, 4th ed., 1991, p. 107

10 Expressão cuja origem está no latim: "stare decisis et quia non movere" José Rogério Cruz e Tucci, *Precedente...* cit., 2004, p. 160.

se usaram precedentes de mais de 400 anos: em ([1932] 1K. B458), precedentes de 1409 e 1425 foram citados e usados para que se determinasse de quem era a responsabilidade por um vazamento de gás. Só este exemplo já demonstra de forma gritante que o sistema de respeito ao precedente que existe no *common law* é parente distante... mas muito distante... do que aqui começa agora (felizmente!) a se instalar.

3. Jurisprudência uniforme e estável são pressupostos de aplicação do princípio da isonomia

Como observamos antes, a jurisprudência no Brasil não é uniforme e falta “norte”, já que, muito frequentemente, os tribunais superiores, principalmente o STJ, altera brusca e rapidamente posições firmadas.

Este é um dos aspectos dos sistemas jurídicos que vem preocupando os estudiosos: a insegurança que gera nos jurisdicionados o fato de pessoas em *situações absolutamente idênticas* sofrerem efeitos de *decisões completamente diferentes*. Bons exemplos de casos que acontecem no Brasil foram dados anteriormente.

A manutenção de jurisprudência estável nas Cortes Superiores gera segurança jurídica e se consubstancia, como já observamos, até mesmo em *pressuposto* para que esta jurisprudência seja respeitada. Esta é a única forma de se dar plena aplicação ao princípio da isonomia.

O *princípio da legalidade* e o da *isonomia*, verdadeiros pilares da civilização moderna, *levam a que se considerem adequadas soluções que tendam a evitar que ocorram estas discrepâncias*. É a necessidade de uniformizar a jurisprudência. Um destes “métodos” é o da extensão ampla que se empresta à eficácia da sentença e à respectiva coisa julgada nas ações coletivas *lato sensu*. Outro, a possibilidade de o Poder Legislativo suspender a eficácia de determinado texto legal, tido como inconstitucional *incidenter tantum*. O mesmo se deve dizer, evidentemente, diga quanto às súmulas vinculantes.

Estabelece o art. 5.º, II, da CF: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Trata-se da formulação, adotada pelo legislador constituinte brasileiro, para o princípio da legalidade.

O princípio da isonomia se encontra no *caput* do mesmo art. 5.º, acima citado, e está nos seguintes termos formulado: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)”.

Elencamos, propositadamente, os princípios da legalidade e da isonomia

nesta ordem.¹¹

Importante observar-se que o direito à igualdade está entre os direitos invioláveis, no art. 5.º da Constituição Federal.¹² Trata-se de princípio umbilicalmente ligado ao Estado de Direito e ao regime democrático, e tem estado presente nas preocupações dos povos ocidentais de forma nítida desde a Revolução Francesa.¹³

O fato de o sistema “tolerar” decisões diferentes acerca de situações absolutamente idênticas não significa que este fenômeno seja desejável. O mesmo se há de dizer quanto à tolerância a respeito de entendimentos diferentes que se possam ter sobre o sentido de um texto legal. Trata-se de fenômeno inexorável, principalmente nesta quadra histórica, em que em textos de lei estão cada vez mais presentes conceitos vagos e cláusulas gerais.

Sempre nos pareceu desejável, para os fins de se gerar dose mais elevada de previsibilidade, que se estimule a tendência de que certo texto de lei venha efetivamente a comportar um só entendimento, que se considere correto.¹⁴

Interpretação correta é aquela que, predominantemente, emana dos órgãos superiores. Não se trata, pois, de um juízo de valor sobre a *correção ontológica e substancial* da interpretação. Celso Ribeiro Bastos observa que o princípio da isonomia implica que, ao aplicar a lei, deva o juiz fazê-lo *igualmente*, quando de casos *iguais* se tratar, o que acaba por fazer com que se sobreponham o princípio da isonomia e o da legalidade, perdendo aquele, em casos assim, todo e qualquer conteúdo próprio. Somente se aplicando *isonomicamente* a lei a *casos iguais* é que se estará, *realmente*, respeitando o princípio da *legalidade*.¹⁵

O princípio da isonomia significa, *grosso modo*, que todos são iguais perante

11 Fátima Nancy Andrighi, Ministra do STJ, faz acertadíssima observação sobre a circunstância de ser o Judiciário um dos principais destinatários do princípio da isonomia: “Por isso, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de mecanismos visando a uniformização de decisões judiciais divergentes sobre questões jurídicas idênticas. Nesse sentido é a razão de ser (i) do recurso especial com fundamento na divergência jurisprudencial (cf. o art. 105, III, c, da CF); (ii) do instituto da uniformização da jurisprudência (art. 476 do CPC); (iii) dos embargos infringentes (art. 530 do CPC); (iv) dos embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário (art. 546 do CPC); (v) do pedido de uniformização da interpretação de lei federal nos Juizados Especiais Federais (art. 14 da Lei 10.259/2001); e, em breve, também do pedido de uniformização de interpretação de questões de direito material nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, se e quando aprovado o Projeto de Lei 4.723/2004” [Primeiras reflexões sobre o pedido de uniformização de interpretação no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, in Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.), *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo, RT, 2006, p. 461-467, especialmente p. 462].

12 Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1, p. 26.

13 Idem, p. 27.

14 De fato, não há como dizer que a interpretação “incorreta” da lei não se constitua numa ilegalidade.

15 Celso R. Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 8-9.

a lei, logo, a lei deve a todos tratar de modo uniforme e assim também (sob pena de esvaziar-se o princípio) devem fazer os tribunais, respeitando o entendimento tido por correto e decidindo de *forma idêntica casos iguais*,¹⁶ num mesmo momento histórico.

De nada adiantaria um princípio constitucional, cujo destinatário é o legislador, se o Judiciário não tivesse de seguir idêntica orientação. O princípio da isonomia recomenda que não se decida diferentemente, em face de casos iguais. Só assim será proporcionada a plena aplicabilidade do princípio da legalidade, funcionando ambos *engrenadamente*.

O sistema da súmula vinculante talvez seja um dos métodos mais eficientes para esta finalidade. O Estado de Direito pode ser visto como uma conquista dos povos civilizados, que gera segurança, previsibilidade, e se constitui numa defesa contra a arbitrariedade. Devem-se, portanto, prestigiar os princípios que estão em sua base.

A lei é uma só (necessariamente *vocacionada* para comportar um só e único entendimento, no mesmo momento histórico, e nunca dois ou mais entendimentos simultaneamente válidos...). Todavia, no plano dos fatos, decisões podem ser diferentes, porque os tribunais podem decidir diferentemente. William Santos Ferreira comenta com acerto que é muito preocupante o sentimento do jurisdicionado de ter sido atingido negativamente por uma decisão judicial, verificando que, em hipótese idêntica, outro não o foi.¹⁷

Sidnei Agostinho Beneti,¹⁸ acrescenta argumento interessante a esta discussão, quando acentua que a dispersão jurisprudencial alimenta os grandes números, e estes, por sua vez, acentuam a dispersão. Trata-se, pois, de uma bola de neve.

16 Exatamente nesse sentido assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho que “o princípio da igualdade que, como se viu, se impõe ao próprio legislador, a fortiori obriga o Judiciário e a Administração na aplicação que dão à lei”. Observa em seguida que “a igualdade perante a lei não exclui a desigualdade de tratamento indispensável em face da particularidade de situações”. No caso em tela não existe particularidade alguma a justificar a permanência da disparidade de interpretações (op. cit., p. 27).

17 Súmula vinculante – Solução concentrada: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (*amicus curiae*), in Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Júnior, Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coords.), *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*, São Paulo, RT, 2005, p. 799-823, especialmente p. 802.

18 Sidnei Agostinho Beneti, Doutrina de precedentes e organização judiciária, in Luiz Fux, Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.), *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo, RT, 2006, p. 473-487, especialmente p. 482. Neste artigo, depois de lúcidas observações sobre a realidade brasileira, faz interessantes sugestões para resolver alguns problemas, como, por exemplo, a criação de uma espécie de *fast track* de relevância.

4. Objeto da súmula vinculante

É absolutamente imprescindível que se identifique, a esta altura, campo em que se deseja haja estabilidade da jurisprudência, principalmente a do STJ e do STF, com a possibilidade de que se editem súmulas e súmulas vinculantes, até para que, como se observou antes, possam servir de norte aos demais órgãos do Poder Judiciário.

A mudança brusca da jurisprudência,¹⁹ que, infelizmente, ocorre com indesejável frequência, no Brasil, acontece mesmo quando *não* se trata de leis cuja interpretação possa e deva legitimamente variar ao longo do tempo, em função de alterações no plano sociológico. Pense-se, por exemplo, nas expressões *injuria grave*, *mulher honesta*, *função social do contrato ou cláusula abusiva*. Nestes casos, *não é recomendável a imobilidade da jurisprudência, que é o termômetro mais sensível das alterações da sociedade*. A variação quanto à interpretação da lei que se entenda por correta, nesses casos, é saudável para o sistema e, portanto, desejável. Isso sem que se possam criticar os resultados interpretativos, que se tenham alterado ao longo do tempo, tachando-os de equivocados, mesmo quando diferentes uns dos outros. Valeram e desempenharam seu papel, em determinado momento histórico.

Portanto é importante ressaltar que há casos em que, efetivamente, se justifica a mudança na interpretação do texto de direito positivo, principalmente quando se trata de textos legais que contenham o que a doutrina chama de conceitos vagos ou indeterminados ou cláusulas gerais, cuja função, talvez principal, embora não a única, seja justamente a de possibilitar decisões diferentes (*e corretas!!*) ao longo

19 Outro exemplo elucidativo deu-se num caso em que o STF entendeu autoaplicáveis os §§ 5.º e 6.º do art. 201 da CF, que dispõem sobre benefícios previdenciários. A espécie é assim referida pelo advogado Saulo Ramos: 'O TRF da 5.ª Região considerou o STF errado na interpretação da Constituição Federal e, à falta de lei de concreção, continuou a negar esses direitos fundamentais, embora mínimos na expressão econômica, para os aposentados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, enquanto todos os demais brasileiros, na mesma situação jurídica, passaram a tê-los respeitados no resto do território nacional'. Parece evidente que para casos como esses as técnicas voltadas à fixação de um julgado paradigma – como são as súmulas obrigatórias, os enunciados normativos – teriam indiscutível utilidade, até porque nas demandas dessa natureza os elementos considerados apresentam unidade conceitual, não se alterando em função de tempo e espaço (v.g., 'aposentado', 'provento', 'benefício previdenciário'), de modo que a proliferação de respostas judiciais qualitativamente discrepantes, além de trazer desprestígio ao Judiciário, acaba promovendo deplorável injustiça, tratando desigualmente os iguais. No ponto, posiciona-se Paulo Roberto de Gouvêa Medina: 'O problema se coloca, especialmente, em face de certos atos emanados do Estado, que lesam, a um só tempo, direitos de uma multiplicidade de cidadãos e em virtude dos quais tendem a reproduzir-se em grande escala, perante órgãos distintos do Judiciário, ações com assemelhadas características, em que a causa petendi remota é a mesma e o objeto de igual natureza, só variando, a rigor, as partes, num dos polos da relação processual'. Adiante, prossegue: 'A ocorrência de julgamentos díspares em tais ações é mais chocante e, em vista das repercussões que provocam na opinião pública, causam, em geral, perplexidade, chegando a comprometer a confiança dos jurisdicionados no Poder Judiciário' (Rodolfo de Camargo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: RT, 1999, p. 111-112).

do tempo, sem que haja necessidade de se alterar a lei. Mas nunca de modo brusco.

Nestas hipóteses, sim, é que a sumulação significaria estagnação e morte da jurisprudência e comprometimento, portanto, do desenvolvimento do próprio direito.

Isto não se aplica, porém, a questões como a de saber se certo reajuste salarial abrange ou não profissionais inativos, ou a saber se certo tributo pode ser (ou não ser) cobrado por ser (ou não ser) inconstitucional.

Aqui, em casos assim, não se pode deixar de aplicar o princípio da *legalidade* e da *isonomia*, como antes se disse, “engrenados”.

Na nossa opinião, firmada a jurisprudência em hipóteses em relação às quais alterações sociais não *justificam mudanças de entendimentos*,²⁰ deve esta linha permanecer, e, se se desejar alterar a regra jurídica incidente naquela situação, é a lei que deve ser claramente alterada e não o modo de compreendê-la. Assim, nestes casos, o ideal é que a jurisprudência se fixe e que haja súmula. Sendo preenchidos os demais pressupostos, vinculante.

Diz a Constituição Federal que a súmula vinculante “terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas” e apenas será oportuna e adequada quando houver reiteradas decisões²¹ em determinado sentido e em relação a tais normas houver “controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (art. 103-A, § 1.º, da Constituição).

A primeira observação que cumpre seja feita é a de que, embora o art. 2.º desta Lei aluda a matéria constitucional, assim como faz o art. 103-A da Constituição Federal, talvez tenha querido o legislador dizer mais do que disse, já que as súmulas podem versar matéria constitucional, *no sentido amplo*. De fato, a súmula pode versar sobre matéria infraconstitucional e dispor, por exemplo, sobre a compatibilidade do texto da lei, ou de determinada interpretação, com a Constituição Federal. E o objeto da súmula não será propriamente matéria constitucional.

20 E há, de fato, muitos casos em que a lei é redigida propositadamente de modo mais vago, justamente com o objetivo de proporcionar a possibilidade de que mude a jurisprudência, adaptando-se o direito à realidade, sem que seja necessária a alteração da lei.

21 “Como se exigem decisões reiteradas, não poderá haver súmula vinculante para *prevenir* controvérsia”, observa com razão Gustavo Santana Nogueira [Das súmulas vinculantes – Uma primeira análise, in Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Junior, Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coords.), *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*, São Paulo, RT, 2005, p. 269-282, especialmente p. 272], nos moldes do instituto processual denominado afetação ou deslocamento de competência, previsto no art. 555, § 1.º do CPC. Este incidente processual do tribunal permite que um órgão colegiado do tribunal, a 1.ª Turma do STF, por exemplo, desloque a competência para julgar um recurso extraordinário para o Pleno, quando perceber que a matéria a ser discutida pode se tornar controvertida (ou já for controvertida). A afetação, ou o deslocamento da competência, serve, assim, para evitar que surja (ou se perpetue) uma controvérsia (já existente)”. Nos parênteses, acréscimos nossos.

O art. 5.º chama atenção para um aspecto que entendemos relevante, e que confirma o que dissemos, no parágrafo anterior: diz que, revogada ou alterada a lei em que se fundou a súmula vinculante, poderá o STF, de ofício ou por provocação, rever ou cancelar a súmula.

Este dispositivo nos leva a afirmar que, de acordo com a lei, as matérias sobre as quais deverão versar as súmulas vinculantes não são constitucionais, no sentido estrito. São, em conformidade com o art. 103-A da Constituição Federal, matérias constitucionais em sentido amplo. A súmula vinculante do STF poderá, sim, abranger a lei, dizendo respeito, por exemplo, a como deva ser entendida ou interpretada para que seja compatível com a Constituição Federal. De fato, este é um tipo de ofensa à Constituição (que se faz por meio de decisão que aplica lei inconstitucional) objeto de recurso extraordinário, e, por conseguinte, satisfeitos os demais requisitos, pode dar origem a uma súmula vinculante.

A propósito, das trinta e uma súmulas vinculantes criadas²², treze delas dizem respeito à observância de garantias constitucionais²³, enquanto nove referem-se à inconstitucionalidade de lei federal, lei ou ato normativo estadual ou distrital e

22 Até julho de 2011.

23 Súmula Vinculante n. 1: “Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar 110/2001”; Súmula vinculante n. 3: “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”; Súmula vinculante n. 4: “Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial”; Súmula vinculante n. 5: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”; Súmula vinculante n. 6: “Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial”; Súmula n. 7: “A norma do § 3.º do art. 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional n. 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar”; Súmula n. 9: “O disposto no art. 127 da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do art. 58”; Súmula n. 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”; Súmula vinculante n. 14: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”; Súmula vinculante n. 22: “A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional no 45/04”; Súmula vinculante n. 23: “A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ação possessória ajuizada em decorrência do exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada”; Súmula vinculante n. 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”; Súmula vinculante n. 27: “Compete à Justiça estadual julgar causas entre consumidor e concessionária de serviço público de telefonia, quando a ANATEL não seja litisconsorte passiva necessária, assistente, nem oponente”.

ainda atos administrativos²⁴, e dez são normas reguladoras de condutas não legisladas de forma expressa²⁵.

Um exame destas súmulas já revela que, por vezes, a compreensão do seu sentido é impossível só pela sua leitura, o que é indesejável. Poucas são claras como a 25, por exemplo. São vários os aspectos a serem considerados, quanto à edição de uma súmula vinculante. Os cuidados vão desde se saber exatamente *o que pode ser*

24 Súmula vinculante n. 2: “É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias”; Súmula n. 8: “São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5.º do Decreto-lei 1.569/77 e os arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”; Súmula vinculante n. 12: “A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal.”; Súmula vinculante n. 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”; Súmula vinculante n. 21: “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”; Súmula vinculante n. 28: “É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário”. Súmula vinculante n. 31: “É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis”; Súmula vinculante n. 32: “O ICMS não incide sobre alienação de salvados de sinistro pelas seguradoras”.

25 Súmula vinculante n. 11: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”; Súmula vinculante n. 15: “O cálculo de gratificações e outras vantagens do servidor público não incide sobre o abono utilizado para se atingir o salário mínimo”; Súmula vinculante n. 16: “Os artigos 7º, IV, e 39, § 3º (redação da EC 19/98), da Constituição, referem-se ao total da remuneração percebida pelo servidor público”; Súmula vinculante n. 17: “Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos”; Súmula vinculante n. 18: “A dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no § 7º do artigo 14 da Constituição Federal”; Súmula vinculante n. 19: “A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal”; Súmula vinculante n. 20: “A Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico- Administrativa – GDATA, instituída pela Lei nº 10.404/2002, deve ser deferida aos inativos nos valores correspondentes a 37,5 (trinta e sete vírgula cinco) pontos no período de fevereiro a maio de 2002 e, nos termos do artigo 5º, parágrafo único, da Lei nº 10.404/2002, no período de junho de 2002 até a conclusão dos efeitos do último ciclo de avaliação a que se refere o artigo 1º da Medida Provisória no 198/2004, a partir da qual passa a ser de 60 (sessenta) pontos”; Súmula vinculante n. 24: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei no 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.”; Súmula vinculante n. 26: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”; Súmula vinculante n. 29: “É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra”.

sumulado (e este nos parece ser o principal problema de que se tratou antes), indo até como se redigir uma *súmula*.

Nem tudo pode ser objeto de *súmula*, mas exclusivamente *teses jurídicas*. Ousamos, correndo o risco de imprecisão, definir tese jurídica como sendo uma *verdade jurídica, que não deixa de sê-lo em virtude de especificidades dos casos concretos que lhe são subjacentes*.²⁶

Pensamos que as *súmulas* só devem conter enunciados de *teses jurídicas*, e é por isso que asseveramos antes que, em nosso sentir, a essência da regra contida na *súmula* – que deve ser a essência das decisões que lhe serviram de base – *deve ser possível de ser substancialmente compreendida independentemente do estudo dos precedentes que a geraram*.

Evidentemente, as *súmulas*, uma vez que a elas deva ser atribuído efeito vinculante, devem passar a ser elaboradas com muito mais critério e de forma a não gerar, na medida do possível, problemas interpretativos *mais complexos do que os gerados pela própria norma constitucional de que derivam*.

Para serem consideradas questões de direito – *teses jurídicas puras* – as regras que podem ser objeto de *súmula* devem se aplicar a fatos *cujos aspectos que têm consequências jurídicas* possam ser resumidos em uma ou duas frases, porque não envolvem peculiaridades relevantes para sua qualificação ou para a indicação do respectivo regime jurídico.

Aqui nos parece oportuno abrir um parênteses para chamar a atenção para mais um aspecto em que as diferenças entre *common law* e *civil law* são abissais. No *common law*, o precedente vinculante (e, *grosso modo*, todo o precedente de Tribunal Superior é vinculante para órgão inferior) é: a) pauta de conduta originária, b) não tem como conteúdo questões de direito relativas ações repetitivas ou que tenham a potencialidade de sê-lo. Tem como conteúdo *qualquer questão de direito*, mesmo que seja daquelas dificilmente identificáveis, em meio a situações fáticas bastante complexas.

Por isso é que uma das tarefas mais difíceis enfrentadas pelos operadores do direito no *common law* é encontrar a *rule* ou a *ratio decidendi*, no precedente. Sim, porque a parcela do precedente que vincula é a *rule*: a proposição de direito considerada necessária para a decisão em si, que pode ou não estar formulada na decisão. O resto da decisão é obter *dictum*: “dito para morrer”. Não exerce função vinculativa.

²⁶ Essas observações, aliás, se aplicam, a nosso ver, perfeitamente, aos casos que podem ser submetidos ao regime do art. 543 B e C do CPC. Casos julgados neste regime, devem todos, ter como *núcleo* a mesma tese jurídica, sendo desimportantes as peculiaridades dos casos em si considerados.

A *ratio decidendi* é o core do precedente e nem sempre é fácil identificá-la. Esta preocupação não é da Corte de que emana o precedente, mas daquela que, posteriormente, deverá usá-lo como base de outra decisão.²⁷

A tarefa de interpretar o precedente “isolado” a *rule* é do órgão que vai aplicá-lo, e a regra, é claro, deve ser compreendida à luz dos fatos, embora estas não integrem, propriamente, a proposição vinculativa.²⁸

Ora, deve-se forçosamente reconhecer que a súmula vinculante, nem qualquer outro método de uniformização de jurisprudência, no sentido *lato*, existente no Brasil, chega sequer perto da forma de funcionamento do sistema de precedentes vinculativos. Aqui, está-se, ainda tentando uniformizar decisões em *casos absoluta e rigorosamente idênticos*, em que o que há de diferente são, praticamente, só as partes. E quando nos referimos à expressão *uniformizar*, estamos, como observamos antes, querendo significar também as formas de julgamento conjunto de demandas como, por exemplo, as ações coletivas ou o procedimento dos arts. 543 B e C, que também são uma forma de uniformizar jurisprudência, otimizando a atividade jurisdicional.

Por outro lado, *Dworkin* chega mesmo a dizer que, no *common law*, quando um juiz aplica um precedente, este precedente é interpretado, e o juiz “*might well use the techniques of statutory interpretation to decide wheather the rule composed of these words embraces a novel case*”.²⁹

Percebe-se, portanto, que se trata de fenômenos razoavelmente distantes e distintos.

No nosso sistema, é imprescindível, por outro lado, que a súmula vinculante seja menos “geral” do que a lei e *deve ser redigida de molde a gerar menos dúvidas interpretativas do que a própria lei*.

O processo interpretativo que desemboca na súmula é equiparável a um processo de *refinamento* pelo qual passa o entendimento do sentido da norma, semelhante à transformação de areia grossa em talco. São de se rejeitar, portanto, proposições que pretendem esclarecer o sentido da norma e que são mais genéricas que a própria norma.

Se a súmula é a interpretação predominantemente dada à norma por certo tribunal, é evidente que há de ser mais específica do que a norma em si, *como o talco*

27 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, 1978, p. 111.

28 Zenon Bankowski and Neil MacCormick, Precedent in the United Kingdom. In: Neil MacCormick; Robert S. Summers (coords.), *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Sudbury, MA: Dartmouth Publishing Company, 1997, p. 315 to 353, especially 333 and 337.

29 Ronald Dworkin, *Taking Rights... cit.*, p. 112.

é mais fino do que a areia grossa.

Uma das formas de se evitar que a súmula gere problemas de interpretação – e, portanto, de incidência – é que esta não contenha, em seu enunciado, conceitos vagos.

E aqui, então, se repete a ideia de que devem existir súmulas exclusivamente em relação a situações concernentemente às quais se possa privilegiar o valor *segurança*. Além disso, a situações que não sofrem modificações no plano sociológico, por estarem apenas remotamente ligadas aos usos e costumes sociais ao longo do tempo e em relação às quais a lei despreza peculiaridades do caso concreto.

Em relação a estas situações, que envolvem valores passíveis de sofrer alterações na sociedade, a diversidade de decisões e a *modificação do entendimento dos tribunais*, como se observou antes, *é extremamente salutar e desejável*, com o passar do tempo.³⁰

Consideramos que as noções de previsibilidade e segurança são inerentes à ideia de direito. Pode-se, de fato, constatar, como já se observou, que, de algum modo, em todas as épocas históricas, por meio do direito, se procurou obter algum tipo de estabilidade. Têm variado os graus de estabilidade que se tem pretendido obter e as técnicas jurídicas pelas quais se tem pretendido sejam estes níveis alcançados.

A adoção do sistema da súmula vinculante, neste contexto, pode ser vista como uma das técnicas eficientes que tendem a levar àquele resultado, no sentido de se chegar perto da previsibilidade que todos desejam.

Estas considerações conduzem a outro importante aspecto, a que faz alusão o art. 103-A, § 1.º, da Constituição e o art. 2.º, § 1.º, da Lei 11.417/2006: deve a

30 Nesse sentido, Arruda Alvim: “Entretanto, na medida em que se entenda a lei diversamente, a própria inteligência do texto compromete a *certeza* do Direito. Daí a necessidade de sistemas corretivos. A diversidade de interpretações implica que um dos valores funcionais do Direito, a *certeza*, seja abalado. E, quanto mais variadas forem as correntes de pensamento a respeito de uma mesma lei, tanto mais seriamente ficará despida de *certeza* aquela lei, e, conseqüentemente, nessa escala essa circunstância contribui para que o direito não tenha o grau de *certeza* desejável, pois que, como se sabe, a linguagem do direito é a lei. Assim, é igualmente de todos os tempos a preocupação dos sistemas jurídicos em encontrar técnicas conducentes a se conseguir, o quanto isto seja possível, um só entendimento a respeito de um mesmo texto de lei. *Pode-se dizer que a lei é vocacionada a ter um só entendimento, dentro de uma mesma situação histórica. A diversidade de entendimentos, na mesma conjuntura histórica, compromete o valor da certeza (do Direito)*. Aliás, tais técnicas correspondem ao mais comezinho princípio de filosofia, ou mesmo de bom senso: uma coisa não pode ser e deixar de ser ao mesmo tempo e sob as mesmas condições. Quer dizer: a lei não poderá ter sentidos diversos, num mesmo momento histórico. Ademais, o problema ora considerado tem como pressuposto fundamental a diversidade, num mesmo instante, a qual diversidade reclama a volta à uniformidade” (O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens, in Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.), *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*, São Paulo, RT, 1998, p. 33).

súmula vinculante ter por objeto “controvérsia [...] que acarrete grave insegurança jurídica”.

Na justificação da criação das primeiras súmulas vinculantes, a propósito, o STF, além de destacar a existência de recursos julgados naquele Tribunal a respeito dos temas escolhidos, enfatiza que os mesmos têm “inegável potencial na multiplicação de processos”, ou, ainda, que são capazes de “acarretar, inegavelmente, grave insegurança jurídica”.³¹

Porque existe esta tendência no sentido de se proporcionar à sociedade maior grau de segurança e previsibilidade é que as decisões dos tribunais superiores desempenham papel de extrema relevância, mesmo se proferidas em casos concretos, cujas decisões sejam desprovidas de eficácia *erga omnes*. Desde que sejam reiteradas em determinado sentido, significam indubitavelmente orientação para os demais tribunais, exercendo papel verdadeiramente paradigmático.³²

Nos casos em que vier a incidir a súmula vinculante, desde logo o juiz terá de se curvar àquela interpretação que terá sido sumulada. Observe-se, todavia, que não estará deixando de decidir de acordo com a lei. Estará decidindo *de acordo com a lei*, na sua interpretação “oficial”.

5. Conclusões

A súmula vinculante, como se viu, apresenta uma vantagem, que pode ser analisada sob duas dimensões: “Ainda, se as partes tiverem alguma *previsibilidade* no resultado do litígio ou do processo, evitar-se-á o ajuizamento de muitas demandas ou a interposição de recursos, em razão de já saberem que, ao final, terão ou não sucesso. A súmula, nesse ponto, serviria também como vacina à multiplicação de demandas de idêntico teor”.³³

Esta vantagem é resultado, em maior ou menor grau, de todas as formas de uniformização da jurisprudência. Portanto, consideramos a súmula vinculante boa para os jurisdicionados – já que gera maior segurança e previsibilidade – e boa para

31 DJ 13.08.2007, p. 18 ss.

32 Diz Rodolfo de Camargo Mancuso: “É absolutamente indispensável que à isonomia teórica se junte uma *isonomia prática*, representada por uma *razoável previsibilidade*, a ser oferecida ao jurisdicionado, no sentido de que sua pretensão receberá resposta judiciária qualitativamente análoga às demais de seu gênero e espécie” (*Divergência jurisprudencial...* cit., p. 212, item 2.4.3).-B etc.

33 Sérgio Seiji Shimura, Súmula vinculante, in Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Junior, Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coords.), *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*, São Paulo, RT, 2005, p. 760-766, especialmente p. 762.

o Poder Judiciário – que provavelmente ficará menos sobrecarregado, o que, como se sabe, indiretamente, representa benefício para os próprios jurisdicionados.³⁴

Espera-se, pois, que a súmula vinculante, trazida pela Emenda Constitucional 45 e disciplinada pela Lei 11.417/2006, produza bons resultados, ligados à qualidade da prestação jurisdicional, e, como efeito colateral, acabe por gerar também o desafogamento do Supremo Tribunal Federal e dos demais órgãos integrantes do Poder Judiciário brasileiro.

³⁴ Carlos Mário Velloso apresenta dados estarrecedores sobre a evidente insuficiência de juizes brasileiros em relação à população do país e menciona também a *explosão de processos*, trazendo números inquietantes, que demonstram que, a cada ano, cresce o resíduo de processos. “O Poder Judiciário não consegue julgar os processos, pelo que é transferido, para o ano seguinte, um número cada vez maior de processos” (Carlos Mário Velloso, Problemas e soluções na prestação da justiça, *Temas de Direito Publico*, 1. ed., 2.^a tir., Belo Horizonte, Del Rey, p. 57 e §§).

A Mitigação do Processo Civil no Direito de Família

Denise Damo Comel¹

Resumo: Reflexão a respeito das normas do processo civil quando aplicadas nos processos que tramitam nas varas de família, considerando a natureza, a relevância e a especialidade das questões tuteladas. Inicia com rápidas considerações conceituais sobre o Direito de Família e o Direito Processual Civil, analisa situações em que o processo civil oferece soluções diferenciadas para as demandas do foro familiarista e refere ao posicionamento da jurisprudência a respeito. Na sequência, pontua sobre o poder geral de cautela do juiz, a postura do advogado, a questão da interdisciplinariedade, concluindo que os princípios gerais do processo civil devem ser mitigados sempre que houver confronto entre o formalismo, o rigor da norma processual e o direito de natureza pessoal, familiar e social a ser tutelado.

Todo homem, quando nasce, ensina Washington de Barros Monteiro, “torna-se membro integrante de uma entidade natural, o organismo familiar. A ela conserva-se ligado durante toda a existência, embora venha a constituir nova família. O entrelaçamento das múltiplas relações, estabelecidas entre os componentes da referida entidade, origina um complexo de disposições, pessoais e patrimoniais, que formam o objeto do Direito de Família”.²

Diz-se que o Direito de Família é o mais sensível dos ramos do Direito Civil, pois além de conter as normas que protegem a família, como base da sociedade (CF, 226, *caput*), regulamenta o estado da pessoa, desde o nascimento (inclusive antes) até a morte. Com efeito, no Direito de Família estão regulados, dentre outros, o casamento e o divórcio, a união estável, o parentesco, o poder familiar e todas as situações dele decorrentes, como guarda, visitas e alimentos aos filhos menores. É possível dizer, portanto, que seu objeto é a existência das pessoas.

Destarte, vários são os princípios constitucionais que norteiam as relações familiares, dentre os quais se destacam o da dignidade da pessoa humana, como fundamento da República (CF 1º, III), da proteção integral da criança e do adolescente (CF 227, *caput*), da igualdade entre homem e mulher (CF, 5º, I; CF, 226, 5º), da igualdade entre os filhos (CF, 227, § 6º), como, também o princípio da entidade

1 Doutora em Direito. Juíza de Direito da 1ª Vara da Família e Anexos da Comarca de Ponta Grossa. Professora na Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Ponta Grossa. Especialista em Metodologia do Ensino Superior e em Psicologia da Educação. Autora dos livros: *Do Poder Familiar* (São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003) e *Manual Prático da Vara de Família : roteiros, procedimentos, despachos, sentenças e audiências* (Curitiba, Juruá, 2010).

2 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito de família*. 37.ed. rev. atual. São Paulo : Saraiva, 2004. p. 1.

familiar plural, não mais singular (CF, 226, 3º).

Já o processo civil é instrumento da jurisdição. Consiste, “por sua própria natureza e finalidade, um instrumento a serviço do direito material”, sendo que todos os seus institutos básicos são concebidos e justificam-se no quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico.³ Tem a finalidade de assegurar o direito objetivo ao caso concreto, na eventual lesão. É um meio de proteção do direito individual.

Por sua vez, embora não haja um processo civil próprio para as questões de família, senão que um corpo único, aplicável, de regra, a todos os conflitos no âmbito do Direito Civil, com exceção, por evidente, das leis esparsas, o legislador, em algumas situações, oferece soluções diferenciadas para as demandas do foro familiarista.

É o caso, no Código de Processo Civil, do privilégio de foro da mulher para a ação de divórcio e do alimentando para as ações de alimentos (art. 100, I e II); a regra de citação pessoal e de intervenção obrigatória do Ministério Público nas ações de estado (art. 222, “a” e art. 81, II); o segredo de justiça nas demandas que dizem respeito a casamento, filiação, divórcio, alimentos e guarda de menores (art. 155, II), como exceção ao princípio da publicidade dos atos processuais, dentre outros. Já na legislação esparsa igualmente são encontradas situações de quebra de paradigmas processuais, como por exemplo, o arbitramento de alimentos provisórios ainda que não haja pedido expresso (Lei nº 5.478/68, art. 4º), norma que, num primeiro exame, afigura-se violação do princípio da inércia da jurisdição, além da relativização da coisa julgada na ação de alimentos (Lei nº 5.478/68, art. 15).

Os tribunais têm seguido a mesma linha, não sendo raro encontrar decisões que implicam em quebra de regras processuais. Colhe-se, por exemplo, da jurisprudência dominante do Tribunal de Justiça do Paraná, a possibilidade de a mulher reclamar, em nome próprio, alimentos para filho comum em ação de divórcio (“Na ação de divórcio, a mulher é parte legítima para pleitear, em favor dos filhos menores, a pensão alimentícia” - TJPR, ac. 2524/7ª), solução que viola, em tese, o princípio da ação.

Ainda, a possibilidade de homologar acordo em que uma das partes não esteja representada por advogado (“É válido acordo firmado pelas partes, homologado pelo juiz, que põe fim à ação de investigação de paternidade, mesmo que não seja assinado pelo advogado de uma das partes” - TJPR, cf. acórdãos nºs. 2332/7ª

3 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo e Outros. *Teoria Geral do Processo*. 6. ed. ampl. atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1988. p. 15.

e 318/8ª), o que implica em reconhecer capacidade postulatória com violação do princípio da indispensabilidade do advogado à administração da justiça (CPC, 36; CF, 133).⁴ Mais, a condenação em alimentos em ação de investigação de paternidade sem que haja pedido expresso (“Sempre que for julgada procedente a ação de investigação de paternidade, o juiz deve conceder alimentos, mesmo não havendo pedido formulado na inicial” - TJPR, cf. acórdãos n.ºs. 2475/7ª e 1816/8ª), consistindo a hipótese, em última análise, em decisão *extra petita*.⁵

Veja-se que os julgados citados tratam de jurisprudência dominante, quer dizer, não consistem em situações isoladas, mas em decisões reiteradas, por entendimento consolidado no Tribunal de Justiça do Paraná que, seguramente, não diverge da jurisprudência nacional.⁶

Nesse contexto, firma-se cada vez mais o entendimento de que quando se trata de conflito no âmbito do Direito de Família, há necessidade de sobrepor questões de caráter material em face de regras de natureza formal e instrumental.

A propósito, então, o poder geral de cautela do juiz, instituído no art. 798, do CPC, pode ser concebido mais como um dever do que uma faculdade, impondo-se-lhe maior obrigação de atuação de ofício, até mesmo para tomar postura mais ativa na gestão processual. Aliás, é do conhecimento dos que militam nas varas da família que em ações que tecnicamente deveriam seguir o rito ordinário, a designação prévia e imediata de audiência preliminar de conciliação (que bem pode ser fundamentada no art. 125, IV, do CPC), postergando-se o oferecimento de defesa para momento posterior, afigura-se solução mais adequada e muitas vezes suficiente

4 “A Constituição de 1988 erigiu a princípio constitucional a indispensabilidade e a imunidade do advogado, prescrevendo em seu art. 133: ‘O advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei’”. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo : Saraiva, 1998. p. 437.

5 CAMBI, Accácio. Jurisprudência predominante, em matéria de família, pesquisada nos julgados das 7ª e 8ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Paraná, no período de 1º/8/03 a 1º/8/04. Paraná Judiciário, Curitiba : Imprensa Oficial, v. 54, jul./dez. 2004. p. 65/77.

6 A propósito, em rápida pesquisa na internet, foram encontrados dois julgados do Superior Tribunal de Justiça que também revelam quebra de paradigmas processuais, quais sejam: STJ - REsp. 1046130/MG, em que foi reconhecida legitimidade da mãe para pleitear em nome próprio alimentos aos filhos menores em ação de reconhecimento e dissolução de união estável; STJ - AgRg-RMS 30.752/SP, que refere a atribuição de efeitos de decisão cautelar de separação de corpos após a extinção do processo. Novamente no Tribunal de Justiça do Paraná, encontrou-se hipótese de concessão de cautelar de separação de corpos após o divórcio (TJPR – AI 0650291-8). Há, até mesmo, enunciados do Tribunal de Justiça de São Paulo para as Varas da Família, a respeito de medidas cautelares típicas, dando conta de que os efeitos da liminar não cessam se não foi ajuizada ação principal no prazo de 30 dias, nos termos do que prescreve o art. 808, I, do CPC (En. 38: A liminar concedida em ação cautelar de separação de corpos não se submete à perda de eficácia prevista no art. 808 I do Código de Processo Civil; En. 36: A liminar concedida em ação cautelar de busca e apreensão de menor não se submete à perda de eficácia prevista no art. 808 I do Código de Processo Civil).

para resolver intrincados conflitos, evitando a demora do processo formal, além de maiores desgastes da família, até mesmo sob o aspecto financeiro.⁷ Também na produção da prova, deverá intervir de modo mais ativo, particularmente diante da parte manifestamente hipossuficiente e nos casos que versam sobre direitos indisponíveis, de modo a assegurar às partes igualdade de tratamento (CPC, 125, I).

O advogado, indispensável à administração da justiça, de profissional litigante na defesa dos interesses de seu constituinte, pode, e até deve, ter uma postura de agente negociador, atuando nos interesses da família como um todo, mais do que focado apenas no êxito da pretensão de seu cliente. Mesmo porque, no fundo e na forma, nos litígios de família não há vencedor ou vencido, tudo girando em torno da reconstrução da família em crise, administrando os recursos que ela tem, dentro de suas possibilidades reais e concretas. Desempenha, assim, relevante papel para a Justiça, notadamente quando diante do princípio da prevalência dos interesses dos filhos, crianças e adolescentes.

Sobressai, ainda, a questão da interdisciplinariedade, uma vez que muitos conflitos de natureza familiar não são passíveis de solução apenas na esfera técnico-jurídica, condicionados que estão ora a aspectos eminentemente pessoais (questões emocionais, doenças psíquicas, como neurose e depressão, drogadição, alcoolismo, dentre outros), ora a questões sociais ou financeiras. Não raro, há necessidade de que sejam buscadas soluções fora do Direito, para as quais nem sempre o processo civil oferece o melhor caminho e a necessária solução. Sem dizer, da sólida formação humana e equilíbrio emocional que se exige do operador do direito, para que sua condição pessoal não interfira negativamente em sua atuação profissional/funcional.

Com efeito, por onde quer se olhe, a conclusão que se tem é de que o processo civil deve, efetivamente, ser visto com outros olhos pelo operador do Direito de Família. A natureza, a relevância e a especialidade das questões tuteladas, autorizam, seguramente, a mitigação dos princípios gerais do processo civil, sempre que houver confronto entre o formalismo, o rigor da norma processual e o direito de natureza pessoal, familiar e social a ser tutelado.

⁷ Inclusive é o novo rito do procedimento comum, na proposta de alteração do Código de Processo Civil, conforme substitutivo aprovado pelo plenário do Senado Federal em sessão realizada em 15.12.2010, Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010. O direito projetado prevê que o juiz, ao receber a inicial, designará audiência de conciliação (art. 323), sendo que na hipótese de não haver composição amigável o réu poderá oferecer contestação no prazo de quinze dias, contados da audiência (art. 324). (MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil Comentado* : com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011).

Medidas Provisórias: - Mutação da Constituição?

Clèmerson Merlin Clève

Professor Titular das Faculdades de Direito da UniBrasil e da UFPr.

Autor de Medidas provisórias. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010.

As medidas provisórias foram incorporadas ao direito brasileiro pela Constituição de 1988. Entendeu o Constituinte que num regime democrático não haveria lugar para o decreto-lei tão utilizado durante o regime militar. Importou-se, assim, um instrumento normativo já conhecido pelos italianos e espanhóis, instrumento este que integra o quadro das relações entre o Executivo e o Legislativo no contexto do regime parlamentarista de governo. Entre nós, diante do modo pouco cuidadoso como foi redigido o artigo 62 da Lei Fundamental e, mais do que isso, em função da timidez do Judiciário, particularmente do Supremo Tribunal Federal, que se recusou, num primeiro momento, a exercer o controle dos pressupostos autorizadores de sua edição, entendendo, como no período da ditadura, em relação aos antigos decretos-lei, que incumbia apenas ao Executivo zelar pela ocorrência deles, verificou-se uma inflação de tais medidas, preferindo o Executivo legislar por meio da normativa excepcional. Ora, o controle judicial das medidas de urgência no presidencialismo deve ser ainda mais forte do que no parlamentarismo. Além disso, como não havia proibição expressa para a reedição das medidas de urgência, embora do Texto Constitucional a vedação pudesse ser extraída sem maior dificuldade, esse expediente foi utilizado pelo Executivo, quase sem resistência. Aliás, é preciso lembrar que a primeira medida provisória reeditada decorreu exatamente de ingênua solicitação do Legislativo, já que não conseguira no prazo curto de trinta dias (prazo vigente à época) apreciar a normativa editada pelo Presidente da República. O abuso das medidas provisórias, embora o protesto da melhor doutrina e da sociedade, vinha, no início do presente século, pondo em risco as conquistas democráticas. O Supremo Tribunal acordou, passando a exercer um controle mais rigoroso, embora ainda insuficiente, sobre os pressupostos de relevância e urgência. As sucessivas medidas provisórias, algumas delas reeditadas dezenas de vezes, impunham um quadro de insegurança jurídica inadmissível no Estado de Direito.

Em 2001, por meio da Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro (fática data), depois de ampla negociação, o Congresso Nacional mudou o texto constitucional. A idéia era restringir o uso das medidas provisórias, deixando-as apenas para as circunstâncias realmente excepcionais. A Emenda Constitucional

em questão (i) definiu com clareza as matérias insuscetíveis de tratamento pela normativa de urgência, (ii) elasteceu o prazo de vigência (de trinta para sessenta dias), definindo, ademais, que o prazo suspende-se por ocasião do recesso parlamentar, (iii) proibiu a reedição, embora autorizando, por uma vez, a prorrogação da medida, (iv), exigiu a manifestação prévia do Congresso sobre os pressupostos constitucionais de edição, e (v) constitucionalizou a previsão da Comissão Mista encarregada de oferecer parecer sobre a normativa antes da apreciação pelo Pleno das duas Casas, que votarão, agora, em separado. Mas não ficou por aqui a reforma. Dando solução ao problema da insegurança gerada pelas medidas rejeitadas ou que caducaram em função do esgotamento do prazo constitucional de vigência, o Constituinte reformador definiu em parágrafo do art. 62 que não disciplinadas, por decreto legislativo, as relações jurídicas nascidas sob a égide da legislação de urgência, após a sua rejeição ou perda de eficácia, elas, assim como os atos jurídicos praticados com fundamento nela, conservar-se-ão por ela regidas. Justa ou injusta a previsão, a verdade é que agora temos solução constitucional para o problema de grave insegurança jurídica decorrente da omissão do Congresso Nacional. Por outro lado, para compelir o Congresso Nacional a apreciar a matéria, resolvendo logo sobre a rejeição da normativa extraordinária ou sobre a sua conversão em lei, o Constituinte estabeleceu que “se a medida provisória não for apreciada em até quarenta em cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando”. Imaginava-se que com estas alterações, o regime constitucional da medida provisória ficaria mais claro. Além disso, prestigiava-se o princípio da segurança jurídica, além de compelir o Congresso a apreciar a matéria no razoável prazo constitucional. O próprio Executivo haveria de ser mais comedido no uso do instrumento normativo de urgência, diante do custo político que ela implica. Uma prévia negociação seria necessária entre os Poderes para permitir a apreciação sem custos maiores.

De 2001 até agora, o dispositivo constitucional vinha sendo interpretado de modo a, ultrapassado o prazo de quarenta e cinco dias de sua publicação, permanecer a medida provisória na pauta do Congresso, sobrestadas todas as demais deliberações, até que se ultimasse a votação. Determinado Presidente da Câmara dos Deputados sugeriu, porém, assim que tomou posse, interpretação no sentido de que, nas sessões extraordinárias, apenas os projetos de lei teriam sua apreciação sobrestada, e ainda assim aqueles projetos de lei ordinária que não estejam a cuidar de matérias insuscetíveis de tratamento por meio de medida provisória. Em relação

a estes, porque sobre tais conteúdos normativos não pode o Executivo dispor por meio da medida extraordinária, poderia, assim como todas as demais proposições, inclusive aquelas envolvendo projetos de emenda à Constituição, de lei complementar, de resoluções, o Legislativo deliberar, mesmo havendo medida provisória pendente de apreciação.

Argumenta-se que a interpretação é a única capaz de homenagear o princípio da separação dos poderes e, mais do que isso, a igualdade entre os poderes proclamada pelo texto constitucional. Uma suposta interpretação sistemática do discurso constitucional, mais inteligente, inclusive, do que a simples inteligência literal da disposição residente no artigo 62 da Magna Carta. A interpretação, provisoriamente, foi aceita pelo Supremo Tribunal Federal, que indeferiu medida liminar em mandado de segurança impetrado por parlamentares irrisignados. O mérito da impetração ainda não foi enfrentado.

A prática adotada pela Câmara dos Deputados configura uma mutação constitucional. Uma mutação da Constituição tal como vinha sendo experimentada deste o ano de 2001. Trata-se, porém, diga-se, logo, a permanecer tal entendimento, de uma mutação inconstitucional da Lei Fundamental. Ora, não há esforço de interpretação sistemática que possa resistir ao cerco do texto. A Constituição, reafirme-se, diz que na hipótese de superados quarenta e cinco dias da publicação sem apreciação da medida, ficarão sobrestadas “*todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando*”. Os juristas sabem que o limite da interpretação é o texto. Pois o texto se reporta a “*todas as demais ...*”. Não há interpretação que resista à eloquência da expressão. *Todas* não são algumas. Por outro lado, o sobrestamento das demais deliberações ocorrerá apenas se a medida provisória, em cada Casa do Congresso, não for apreciada em até quarenta e cinco dias após a publicação. A idéia, aqui, é exigir que o Executivo brasileiro utilize a medida com parcimônia, sempre após exaustivas negociações com o Legislativo, tal como ocorre na Espanha e na Itália. Não há nenhuma outra disposição no texto constitucional estabelecendo exceção ao disposto no parágrafo sexto. Não se pode deduzir do princípio da separação de poderes a inteligência agora praticada. Ora, o regime das medidas provisórias afirmado pela Emenda Constitucional 32 compõe a arquitetura da separação dos poderes. Mais do que isso, sugere diálogo, debate, persuasão. Por isso mesmo, harmonia entre o Legislativo e o Executivo. E tal regime não subordina o Legislativo ao Executivo. Apenas impõe ao Legislativo, assim como ocorre em relação à apreciação de vetos apostos pelo Presidente e de projetos de lei em regime de urgência, um ônus na circunstância de desatendimento ao prazo constitucional determinado. Aliás, é preciso que se diga que a nova interpretação

agrada ao Executivo, que vê a pauta do Legislativo desimpedida para apreciação de projetos de seu interesse (a maior parte dos projetos de lei que tramitam no Congresso são provenientes do Executivo), sem nenhum prejuízo. Ora, assim como não apreciou no prazo de quarenta e cinco dias, dificilmente o Congresso cuidará da medida provisória que, sem conversão em lei, terá as relações jurídicas e os atos praticados sob sua égide, integralmente preservados. A nova interpretação, portanto, não atende aos interesses do Legislativo propriamente, mas antes àqueles da maioria (Governo e base de apoio no Congresso).

Diga-se que se correta a interpretação adotada pela presidência da Câmara dos Deputados, então haveria de valer não apenas para as sessões extraordinárias, mas também para as ordinárias. Qual o fundamento da distinção, do ponto de vista estritamente constitucional (não me refiro aqui a eventual prática parlamentar)?

Na verdade, o Constituinte reformador ao aprovar, depois de muita negociação, a Emenda Constitucional 32, sabia o que fazia. Inaugurava um novo regime para as medidas provisórias, exigente de mais cooperação e diálogo entre os Poderes. Isso não vem sendo feito. O número de Medidas Provisórias continua exagerado. O controle da pauta (agenda) do Congresso tem residido nas mãos do Executivo, que vai pagando um preço por isso. A nova interpretação, festejada pelo Governo e pela maioria, não é a melhor, todavia. Ao contrário, vai estimular o uso ainda maior da competência normativa extraordinária do Executivo. A maioria parlamentar certamente sabe disso. O problema não é, nesse particular, a Constituição, mas antes a omissão do Legislativo.

A reforma do regime das medidas provisórias exige Emenda Constitucional e não solução hermenêutica jeitosa. Talvez fosse o caso de, através de Emenda, restringir ainda mais o uso da normativa extraordinária ou, quem sabe, num futuro quadro de maturidade política, extingui-la. Ocorre, porém, que, enquanto vigente o artigo 62 da Lei Fundamental tal como ele ora se apresenta, nenhuma solução jurídica poderá, sem artificialismo, impedir o sobrestamento de todas as deliberações legislativas até que se ultime a votação da legislação de urgência, uma vez ultrapassado, sem apreciação, o prazo constitucional de quarenta e cinco dias. Aliás, o especificado no art. 64, parágrafo segundo da Constituição, ao cuidar dos projetos de lei em regime de urgência confere idêntica consequência na circunstância de não ser apreciado no prazo constitucional, estabelecendo uma exceção: *as deliberações que tenham prazo constitucional determinado (entre elas as medidas provisórias)*. Ora, aqui, tratando da lei, o Constituinte reformador (o mesmo da Emenda Constitucional 32) previu exceção. Lá, todavia, quando cuidou da medida provisória, não contemplou, como vimos, exceção alguma. Como a dizer: editada medida

provisória, este instrumento gravíssimo e excepcional de legislação de urgência, o Congresso Nacional deve se reunir para, com absoluta precedência, cuidar do assunto, dando resposta clara e urgente ao assunto. Este é o papel do Congresso que o Constituinte reformador imaginou. Mais do que soluções imaginativas, talvez o que o Congresso precise mesmo é de mais trabalho.

Democracia, Sigilo, Direitos Fundamentais e o Princípio do Inquérito Parlamentar Eficaz

Yuri Carajescov¹

1. Introdução

As comissões parlamentares de inquérito são órgãos não-permanentes do parlamento, com prazo determinado de duração, criados por decisão deste para inquirirem, mediante poderes extraordinários, sobre fato certo de interesse público relevante, tendo em vista o exercício de uma atividade de fiscalização e controle ou inovação legislativa, insita a esse mesmo parlamento².

Esses organismos parlamentares, por força de autorização constitucional, são dotados de “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais” (art. 58, §3º, CF), o que denota a excepcionalidade de sua existência.

O exercício desses poderes – que são os mesmos poderes de instrução de um juiz, conforme delineados nas leis processuais – permite que as comissões parlamentares de inquérito, atendidos determinados pressupostos, tenham acesso a informações e dados protegidos pelo sigilo fiscal, bancário e telefônico, os quais, somente em situações excepcionais chanceladas pela supremacia do interesse público, podem ser revelados, sob pena de infringência ao direito à intimidade e à reserva da vida privada.

O dever de colaboração em relação aos trabalhos de uma CPI imposto aos demais órgãos do Estado, inclusive ao Poder Judiciário, que decorre do **princípio da investigação parlamentar eficaz**³, autoriza uma comissão parlamentar de inquérito a acessar informações e dados produzidos no âmbito de um procedimento de natureza administrativo-inquisitorial sigiloso (inquérito policial, por exemplo) ou de um contencioso judicial submetido ao segredo de justiça (art. 93, inc. IX, CF). Certo que, uma vez detentora desse repertório de informações secretas na

1 Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra, Portugal. Advogado e Procurador da Assembleia Legislativa de São Paulo. Professor da Direito GV/SP.

2 CARAJELES COV, Yuri. *Comissões Parlamentares de Inquérito à luz da disciplina constitucional, legal e jurisprudencial luso-portuguesa e brasileira*. Curitiba: Ed. Juruá, 2007, pág. 68.

3 Este princípio radica no discurso constitucional do §3º do art. 58 da Lei Fundamental, ao prefixar determinados poderes dotados de excepcionalidade a esses organismos parlamentares, com vistas a prover o parlamento de determinadas informações necessárias ao exercício de suas atribuições institucionais. É certo que a aplicação legítima desse princípio em um caso concreto exigirá um juízo de ponderação levando-se em conta outros princípios igualmente prestigiados pela ordem constitucional, (princípio da dignidade humana, princípio do *substantive due process of law*, entre outros).

origem, a comissão parlamentar de inquérito passa a ser responsável pela manutenção do sigilo.

Há, ainda, diligências probatórias levadas a efeito por comissão parlamentar de inquérito que pela sua natureza se afigurariam inúteis e se teriam por frustradas caso publicizadas, o que permite sejam debatidas e adotadas em reuniões secretas, das quais participariam apenas os parlamentares membros do órgão, cujas atas, durante o determinado período de tempo, não poderiam ser livremente acessadas e teriam de ser reunidas em instrumento apartado aos autos do inquérito parlamentar.

De sigilo também se revestem as informações reunidas por comissão parlamentar de inquérito, que, a seu juízo, são aptas a colocar em risco a segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, inc. XXXIII, CF).

Como agentes do Estado, essas comissões devem atuar, no entanto, segundo o princípio da publicidade⁴, dado que no Estado Democrático o poder deve ser exercido de forma transparente. Nas palavras de BOBBIO, um poder sem máscara, donde o ideal de governo democrático se assenta na premissa do máximo de controle do poder por parte dos cidadãos e não no máximo de controle dos súditos por parte do poder⁵.

Por isso as situações acima enunciadas, em que, ao revés, o segredo é a regra de ouro, sugerem um estado de tensão aparente (ou não) em relação a direitos e garantias fundamentais, como o direito de acesso à informação amealhada e processada pelo Estado, o direito à ampla defesa, ao contraditório, assim também sobre os limites de ação do Poder Judiciário, uma vez convocado a dirimir os conflitos decorrentes dessas zonas de atrito.

O problema se intensifica, na medida em que uma comissão parlamentar de inquérito é, inegavelmente, fruto e instrumento de disputa política, subjacente à relação dialética entre minoria e maioria parlamentar, na qual se busca revelar

4 NUNO PIÇARRA menciona a existência de dois modelos de inquérito parlamentar baseada na dicotomia secretismo/publicidade, aquele o francês, este o de origem anglo-saxão. No entanto, afirma que esta diferenciação tem um valor meramente histórico, uma vez que atualmente vigora uma generalização do modelo que adota o princípio da publicidade como regra e o secretismo como exceção. Para o autor, por meio do prestígio ao princípio da publicidade se garante: 1. maior eficácia do inquérito parlamentar, uma vez que os parlamentares, por razões de uma maior exposição à opinião pública, mais se empenham no desempenho de suas funções (o lado negativo, dizemos nós, é, por evidente, uma indesejável espetacularização da atuação legislativa, que, no limite, pode colocar em xeque direitos fundamentais daqueles que tenham alguma relação com os trabalhos da comissão); 2. maior transparência e assim um maior controle por parte do eleitorado sobre a coerência dos comportamentos dos atores políticos. (PIÇARRA, Nuno. *O inquérito parlamentar e os seus modelos constitucionais*. O caso português. Coimbra: Almedina, 2004, págs. 398-399).

5 BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 11ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 2009, págs. 42-43.

(ou silenciar) sobre fatos e situações que possam comprometer a imagem de certos atores políticos perante o corpo eleitoral. Disso decorre que o revelar ou não determinadas informações pode estar submetido à lógica exclusiva da luta política e não necessariamente ao respeito aos direitos fundamentais e ao interesse público.

2. O direito à informação e as comissões parlamentares de inquérito

Segundo BOBBIO, um dos parâmetros fundamentais diferenciadores do Estado constitucional do Estado absoluto reside no fato de que naquele ambiente o exercício do poder é não-secreto. Disso resulta que o governo (da democracia) é o “governo do poder público em público”, ou seja, se apresenta sob a face de “um poder sem máscara”⁶.

Na democracia, o caráter público da ação estatal é a regra e o segredo a exceção, justificável apenas se limitado no tempo, no caso de informações sigilosas que possam colocar em risco a higidez da sociedade e do Estado, e para resguardar direitos fundamentais albergados explícita ou implicitamente pelo ordenamento constitucional.

Nesse contexto, o direito à informação, corolário da ideia de um Estado democrático, configura um direito público subjetivo titularizado pelos cidadãos ativos ou não no processo político, por meio do qual esta coletividade exerce um controle mediato sobre a atuação de seus representantes, isto porque “somente um cidadão informado está em condições de formar um juízo próprio e cooperar, na forma intentada pela Lei Fundamental, no processo democrático”⁷.

E por outro lado, um dever tributado aos órgãos do Estado de prestar as informações de particular interesse ou do interesse coletivo e geral, cuja essencialidade tem a ver com a proteção das oportunidades e direitos democráticos fundamentais não apenas na qualidade de condição logicamente necessária ao próprio sistema democrático, mas como condição empiricamente necessária para a existência da democracia⁸.

Como ensina MÜLLER, uma democracia que se conforma ao Estado de Direito, tem “o povo como destinatário de prestações civilizatórias do Estado [*zivilisatorische Staatsleistungen*]”⁹, dentre as quais viceja o dever de o Estado prestar informação.

6 BOBBIO, Norberto. *O futuro...* Ob. cit. págs. 98-101.

7 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, pág. 305.

8 DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, 2009 (reimpressão), pág. 63.

9 MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pág. 61.

A dimensão coletiva do direito à informação encontra-se expressamente prevista nos incisos XIV e XXXIII do artigo 5º da Constituição Federal, sendo que no inciso XXXIII do precitado dispositivo constitucional reluz que esse direito é exercitável em face do Estado, cujo dever inafastável, salvo as exceções contempladas pela própria Lei Fundamental, impõe o *deixar* acessar as informações.

A Constituição Federal cuidou de preestabelecer um instrumental apto a garantir a concretização desse direito, na medida em que deixou aberta a possibilidade de responsabilização jurídica da autoridade recalcitrante, não se contentando apenas com a censura política porventura laborada diretamente pelo titular do poder, o Povo, nos processos eleitorais, o que não deixa, entretanto, de ser importante.

Nesse sentido, relevante assinalar a previsão constante do texto constitucional acerca de meios processuais específicos, que se congregam como “garantias das garantias”, por exemplo, o *habeas data* e o mandado de segurança, pelos quais o Estado jurisdicional deverá garantir, no plano da realidade fática, a efetividade do direito à informação.

Disso decorre que as comissões parlamentares de inquérito, enquanto órgãos estatais, em regra, devem manter reuniões abertas ao público em geral e acessíveis aos meios de comunicação de massa, sobretudo os públicos (estatais ou não), do tipo “Rádio e TV Senado”, que se dedicam exclusivamente ao acompanhamento das atividades parlamentares e não se submetem à lógica de mercado, logo não se encontram premidos pelos compromissos comerciais, razão pela qual não se furtam em transmitir na íntegra as ações dessas comissões, o que se afigura fundamental para garantir a plenitude do direito à informação e para evitar ruídos de comunicação com prejuízo à imagem das pessoas ou distorções sobre a realidade fática sob investigação, limitando, com isso - o que é positivo - o *poder de agenda* exercido pela mídia comercial¹⁰, cujos propósitos e interesses nem sempre são coincidentes com o interesse público, quando não escancaram *lobby* a favor de agentes econômicos ou político-partidários¹¹.

10 Para DAHL a verdadeira democracia (democracia poliárquica) exige, entre outros elementos, fontes de informações diversificadas, de sorte que os cidadãos devem ter livre acesso a fontes de informações que não estejam sob o controle do governo ou que sejam dominadas por qualquer grupo monopolista, porque sem isso seria impensável a real participação dos cidadãos na vida pública e a sua influência no denomina “planejamento público” (DAHL, Robert A. “Sobre...” Ob. cit. pág. 111).

11 ANTONIO GRAMSCI afirmava que os jornais eram os “modernos partidos da burguesia”. VENÍCIO LIMA considera, na mesma linha, que nos dias atuais a grande imprensa, que nasceu vinculada à política e aos partidos políticos, volta a desempenhar papel marcadamente partidário, fazendo uma espécie de “retorno invertido” às suas origens, no contexto da reação histórica conservadora do final do século XIX. (http://www.cartamaior.com.br/templates/colunaMostrar.cfm?coluna_id=4465, em 29.10.2009, 15h). Esse diagnóstico explica a decisão do Presidente dos Estados Unidos, Barack Obama, em clara reação aos ataques sistemáticos recebidos dos “neocon” lá abrigados, de tratar a rede de TV americana “FoxNews” de Rupert Murdoch como partido de oposição, que, segundo o juízo do ocupante da Casa Branca, funciona como apêndice do Partido Republicano.

A ideia motriz que toca à democratização da informação encontra amparo tecnológico nas novas mídias desenvolvidas no âmbito da rede mundial de computadores, as quais oferecem um novo instrumental de comunicação entre representantes e representados, permitindo, v.g., a transmissão “online” das reuniões dessas comissões com grande abrangência, oportunidade que não pode ser malbaratada, de modo que, ao lado das transmissões via TVs e rádios e das publicações nos diários oficiais das gravações das sessões, constituem elas um instrumental apto a realizar o ideal anunciado por BOBBIO de um “governo do poder público em público”.

Não sobeja referir que a regra geral de livre acesso aos documentos produzidos pela comissão parlamentar de inquérito, geralmente encartados em autos de inquérito parlamentar, também é corolário desse direito à informação, que é projeção da própria democracia.

Os documentos (públicos), como abordado por BADIN, são objetos que conferem suporte às informações e, nesta seara, “o objeto da proteção jurídica constitucional é um bem maior, o direito de saber a verdade sobre as coisas de interesse comum, estejam ou não documentadas. Daí porque é preferível entender o direito de acesso a documentos públicos apenas como uma das modalidades de exercício do direito à informação”¹².

É certo que este jogo de direitos e deveres encontra algumas limitações porque a própria democracia não contempla direitos absolutos,^{13,14}. Os limites decorrem da concordância prática, em uma situação concretamente delineada, entre direitos individuais ou entre estes e valores comunitários contemplados pelo

12 BADIN, Luiz Armando. *O direito fundamental à informação e o sigilo por razões de interesse público. Tese de doutoramento*. FADUSP. 2007. São Paulo.

13 Como bem asseverou o E. Ministro CELSO DE MELLO, “Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de **caráter absoluto**, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades **legitimam**, ainda que **excepcionalmente**, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, **desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição**”. Para o E. Ministro: “O **estatuto constitucional das liberdades públicas**, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerando o **substrato ético** que as informa – **permite** que sobre elas **incidam** limitações de ordem jurídica, **destinadas**, de um lado, a proteger a integridade do sistema social e, de outro, a **assegurar** a coexistência harmoniosa das liberdades públicas, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido **em detrimento** da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.” (STF – Pleno, MS nº 23.452-1/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 12.05.00)

14 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, págs. 111-114.

ordenamento jurídico¹⁵.

Se de um lado a regra geral da publicidade dos trabalhos da comissão parlamentar de inquérito deve indicar a realização de reuniões públicas, com ampla cobertura da mídia, por outro, esses eventos não podem se converter em puro espetáculo, como se de um vulgar “*talk show*” se tratasse¹⁶, em que direitos e garantias dos envolvidos nos trabalhos, seja em que condição for (testemunhas ou investigados), sobretudo a presunção de não-culpabilidade, venham a ser marginalizados.

No âmbito das investigações parlamentares, as situações em que o segredo se impõe geram um campo de tensão, aparente ou real, com o direito à informação, titularizado pela comunidade dos atores da democracia, e o dever de publicidade dos atos estatais.

Não obstante, é na generalidade do direito constitucional à informação que radica o pleito de acesso aos autos parlamentares e documentos a eles colacionados, bem como o direito de acompanhar os trabalhos da comissão amplificados pela cobertura das mídias.

3. Casos de limitação legítima ao acesso às investigações conduzidas por comissão parlamentar de inquérito

Em determinadas situações concretamente delineadas a resultante da ponderação entre direitos fundamentais sob tensão e entre estes e bens comunitários ou coletivos constitucionalmente tutelados¹⁷ indicará a (i) legitimidade de não se revelar determinada diligência ou prova produzida no âmbito de um inquérito parlamentar. São pressupostos dessa afirmação, o caráter irradiante e juridicamente vinculante (ou *judiciável*) dos direitos fundamentais e a metodologia da ponderação para a solução dessas colisões¹⁸, que assim são tomadas como colisões de

15 Segundo José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, “A doutrina designa, por vezes, as colisões entre direitos como ‘colisões autênticas’ e os conflitos entre direitos e valores comunitários como ‘colisões inautênticas.’ (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2001, pág. 277.). Para CANOTILHO, a colisão no âmbito dos direitos fundamentais e o conflito entre esses e bens jurídicos constitucionalmente protegidos reduzem-se a modalidades de colisão de direitos fundamentais. (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2001, pág. 1229).

16 FERREIRA, Jorge. *Regime Jurídico dos Inquéritos Parlamentares*. Coimbra: Almedina, 1999, pág.29.

17 Segundo ALEXY, o conceito de colisão de direitos fundamentais assume uma dimensão estrita ou ampla, conforme os direitos ou bens em oposição. A concepção estrita envolve a colisão entre direitos fundamentais. Em um sentido amplo, o confronto entre direitos fundamentais com quaisquer normas ou princípios, que têm como objeto bens coletivos. (ALEXY, Robert. “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático” in RDA nº 217, jul./set. 1999, pág. 68.)

18 ALEXY, Robert. “Colisão...” Ob cit. pág. 75.

princípios¹⁹.

Em outras palavras, no âmbito de uma investigação parlamentar, casos poderão se apresentar e, não obstante, *o direito de ser informado e o dever de informar*, como visto elementares à democracia, cederão passo ao segredo, sem que isso implique em desconformidade constitucional ou na invalidação de um direito fundamental.

Algumas situações concretas inerentes à prática parlamentar poderão impor legitimamente o sacrifício do acesso à informação e a restrição à publicidade dos atos estatais, seja porque predominantes bens comunitários prestigiados pela Constituição ou em respeito a outros direitos fundamentais.

3.1. Reuniões secretas. O segredo como condição de validade da investigação parlamentar ou como condição para o exercício de direitos fundamentais

Os regimentos internos das casas parlamentares atribuem à comissão parlamentar a faculdade de decidir sobre a realização de reunião secreta deliberativa ou instrutória do inquérito parlamentar (art. 110 do R.I.S.F. e art. 48 do R.I.C.D.). Essa decisão deve ser fundamentada, como o serão todas as que importarem em restrição a direitos.

É preciso a presença de razão de base constitucional forte para se acolher o hermetismo de uma reunião de comissão parlamentar de inquérito que, em regra, deve ser pública e potencialmente amplificada pelas mídias. A prevalência do princípio da investigação parlamentar eficaz sobre o direito à informação ou, em outras palavras, a preponderância de um bem comunitário sobre um direito fundamental, é admissível em situações excepcionais em que a publicidade coloca em risco o resultado útil da própria atuação estatal materializada no inquérito parlamentar.

Suponha-se que possa ser secreta a deliberação acerca de uma diligência da comissão parlamentar de inquérito, cujo pressuposto seja o inesperado ou o “efeito surpresa”, sem o qual informações relevantes às investigações parlamentares poderiam ser inutilizadas. Da mesma forma a oitiva de pessoas de uma mesma organização criminosa em público, em que umas pudessem ter acesso aos depoimentos das outras, frustrando a possibilidade de se explorar contradições²⁰ e de se obter

19 Para uma crítica da ponderação como exercício de pura discricionariedade e o “livre cometimento de ativismos”, o que não se defende neste estudo, ver STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – *decido conforme minha consciência?* 2ª edição rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, pág. 50 e seguintes.

20 SERRANO, Pedro Estevam. “O circo nas CPIs” in http://cartamaior.uol.com.br/templates/colunaImprimir.cfm?coluna_id=2292, consultado em 10.04.2007, às 12h40.

um retrato mais próximo possível da verdade real perseguida pela investigação parlamentar.

Reuniões secretas de comissão parlamentar de inquérito ainda se justificam sob o prisma constitucional quando visam a preservar direitos fundamentais de terceiros ou de pessoas convocadas para depor. É inquestionável a legitimidade de se realizar reunião secreta para a oitiva de pessoa, v.g., acolhida pelo programa nacional de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas (Lei federal nº 9.807/99). Aliás, em casos desse jaez, o segredo se impõe obrigatoriamente à comissão e constitui uma escusa legítima do convocado, que poderá legitimamente não atender ao chamamento da comissão, caso não obtenha garantias de que o evento não será publicizado.

Nessa hipótese, a colisão estrita de direitos fundamentais²¹ resolve-se pela prevalência dos direitos fundamentais à incolumidade (art. 144, CF) e à vida (art. 5º, *caput*, CF) do convocado frente ao direito fundamental de ser informado, titularizado por cada indivíduo enquanto membro ativo ou não da comunidade política. Essa situação permite também o seu desdobramento em uma colisão em sentido amplo de direitos fundamentais²², na medida em que o direito à incolumidade e o direito à vida das pessoas confrontam outro bem constitucionalmente tutelado, referenciado ao dever de publicidade da ação estatal, imanente ao princípio democrático.

Como consequência lógica dessa prática excepcional, os debates, pareceres e quaisquer outros documentos produzidos nesse ambiente de resguardo deverão ser de caráter secreto, inacessíveis a terceiros por um determinado período de tempo a ser definido pela própria comissão parlamentar, segundo os parâmetros legais.

O mesmo ocorre no caso de documentos ou informações reunidas pelo órgão parlamentar que coloquem em risco a segurança da sociedade e do Estado, que, mediante decisão fundamentada do plenário da CPI, não serão (legitimamente) acessíveis a terceiros²³, configurando a hipótese excepcional delineada no §2º do art. 23 da Lei federal nº 8.159/91.

21 ALEXY, Robert. "Colisão..." Ob cit pág. 68.

22 ALEXY, Robert. "Colisão..." Ob cit pág. 68.

23 O Regimento Interno da Assembleia Legislativa de São Paulo prevê: "Todos têm direito a receber informações de seu interesse particular contidas em documentos ou arquivos de Comissão Parlamentar de Inquérito, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível para assegurar o resultado dos trabalhos e investigações, à segurança da sociedade e do Estado, bem como (...)" (art. 34-B, §10, RIALESP – XIV Consolidação, 2011, grifos). É certo que essa hipótese deverá ser cautelosamente observada diante de situações concretas bem definidas para que não se constitua em pretexto para se negar ao público em geral, e a pessoas determinadas no particular, o direito à informação.

No âmbito da Câmara dos Deputados, o Regimento Interno prevê que a ata de uma reunião secreta, acompanhada de pareceres e emendas que foram discutidos e votados, bem como dos votos apresentados em separado, depois de fechados em invólucro lacrado, etiquetado, datado e rubricado pelo Presidente, pelo Secretário e demais membros presentes, será enviada ao Arquivo da Câmara com indicação do prazo pelo qual ficará indisponível para consulta (§6º, art. 48, R.I.C.D.), que não poderá ser superior aos definidos nos §§ 2º e 3º do artigo 23 da Lei federal nº 8.159/91.

O Senado Federal tem regra regimental similar, que, entretanto, não faz menção explícita ao prazo de restrição de publicidade (art. 3º, art. 116, R.I.S.F.), elemento que se afigura imprescindível para a sua validade constitucional, já que o segredo não pode ser eterno e se justifica enquanto persistir a causa legitimadora de sua decretação. O princípio democrático exige, a par da lacuna regimental, que a própria comissão fixe um prazo razoável durante o qual esses documentos, pareceres e transcrições estejam inacessíveis ao público, limitado ao previsto nos §§ 2º e 3º do artigo 23 da Lei federal nº 8.159/91.

Nem mesmo o relatório final, que é um documento mediante o qual a comissão expõe o seu retrato político do objeto investigado, inclusive podendo encaminhar e propor soluções, poderá revelar a identidade, o teor integral, os debates ou demais documentos referentes às pessoas que depuseram se disso decorrer um risco real à incolumidade e à vida, e também à segurança da sociedade e do Estado.

O segredo, portanto, poderá ser constitucionalmente justificável se objetivar a preservação da higidez da própria investigação, se constituir em elemento de preservação de direitos fundamentais e se for relevante para o resguardo da sociedade e do Estado, podendo ceder, no último caso, antes do prazo definido pela própria CPI, uma vez solicitado o documento ou a informação sigilosa pelo Poder Judiciário, que poderá determinar a sua exibição em caráter reservado, quando indispensável a medida à defesa de direito próprio ou esclarecimento de situação pessoal da parte²⁴.

3.2. Acesso a dados protegidos e o direito à intimidade

É corolário do princípio da investigação parlamentar eficaz o poder atribuído às comissões parlamentares de inquérito de acessar dados submetidos ao sigilo, malgrado a proteção constitucional do direito à intimidade. O primado do princípio da investigação parlamentar eficaz radica no discurso constitucional do §3º do art.

24 Art. 24 da Lei federal nº 8.159/91.

58 da Constituição Federal, que atribui poderes excepcionais às comissões parlamentares de inquérito, com vistas a prover o parlamento de determinadas informações necessárias ao exercício de suas atribuições institucionais.

Essas faculdades excepcionais, decorrentes da expressão “poderes próprios das autoridades judiciais” verbalizada pela norma constitucional, permitem que esses organismos legislativos conheçam informações sobre pessoas físicas e jurídicas acobertadas pelo sigilo fiscal, bancário e telefônico²⁵, enquanto projeção do direito à intimidade.

A *disclosure* conduzida por comissão parlamentar de inquérito se legitima pela presença cumulativa dos seguintes requisitos:

1. relação de pertinência temática entre a quebra do sigilo e o objeto da investigação parlamentar;

2. fundamentação da medida, mediante a exposição justificadora dos motivos da medida extrema, por aplicação extensiva do disposto no artigo 93, inciso IX, CF;

3. delimitação temporal do objeto da medida, uma vez que os dados solicitados devem ser contemporâneos ou guardar pertinência com o tempo dos fatos sob investigação;

4. respeito ao princípio da colegialidade, pelo qual a providência dependerá da aquiescência da maioria simples dos membros da comissão (art. 47, CF); e

5. obediência ao princípio da proporcionalidade, que se decompõe em três subprincípios, ou princípios parciais, a saber: o princípio da idoneidade do meio empregado para o alcance do resultado; o princípio da necessidade ou da menor ingerência, segundo o qual deve ser privilegiado pela ação estatal sempre o meio menos invasivo a direitos e garantias fundamentais; e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, assim compreendido por ALEX Y: “Quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam”²⁶;

6. demonstração individualizada do preenchimento dos requisitos anteriores, sendo vedadas as “quebras em bloco” de sigilo;

Como esse conjunto de dados obtidos pelas comissões parlamentares de inquérito revela aspectos da intimidade das pessoas deve merecer, por princípio, tratamento diferenciado em relação a outras informações reunidas pela comissão, que não agridem esse domínio. Esses dados, que não são *a priori* de conhecimento

²⁵ Esse é o sentido da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pelo menos desde o julgamento do HC nº 71.039-RJ, Rel. Min. PAULO BROSSARD, j. em 07.04.1994, que se deu à luz da CF/1988.

²⁶ ALEX Y, Robert. “Colisão...” Ob cit pág. 78.

público, devem ser disponibilizados somente aos membros da comissão e no que importar para desvelar o objeto das investigações, descartando-se o que lhe for inútil.

Levar tais informações ao conhecimento público, mesmo que no documento final dos trabalhos da comissão parlamentar de inquérito, sem a existência de uma justa causa legitimadora, amparada no princípio da proporcionalidade, no interesse público e no respeito à preservação de valores comunitários, importa na prática de crime de violação de sigilo funcional capitulado no artigo 325 do Código Penal, uma vez que aquele que recebe informação sob sigilo tem o dever de mantê-la nessa condição, passando a ser o seu guardião²⁷. Dada a gravidade da ação, a colocar em xeque direitos e garantias fundamentais, se cometida por parlamentar, não se lhe aproveitará a garantia da imunidade material prevista no “caput” do artigo 53 da Constituição Federal.

Como exceção, a reserva não se impõe à própria pessoa que teve os seus dados sigilosos alcançados pela investigação parlamentar, de modo que esta diretamente, ou por intermédio de advogado, tem o direito de se inteirar, mediante livre acesso aos autos, sobre as informações recolhidas a seu respeito²⁸. Disso decorre que o artigo 7º, inciso XIII, da Lei federal nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) deve merecer uma interpretação *conforme* para incluir em seu programa normativo o direito de o advogado, desde que devidamente representado, ter acesso às informações sigilosas que digam respeito exclusivamente ao seu constituinte.

3.3. Acesso de informações sob sigilo de justiça

Uma investigação parlamentar tem como objetivo fundamental dotar o órgão congressional de informações que permitam o adequado exercício de suas atribuições constitucionais de legislar, fiscalizar e controlar. Ao fim desse processo, uma comissão parlamentar de inquérito, em princípio, estará apta a apontar responsabilidades políticas e não jurídicas, entendidas como a faculdade de o Estado, valendo-se do monopólio do uso legítimo da força, impor limitações a direitos fundamentais, como a liberdade e a propriedade, tarefa assinada precipuamente ao Poder Judiciário.

²⁷Nesse sentido, STF, Tribunal Pleno, MS nº 23.452-RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 12.05.2000, pág. 20.

²⁸Em sentido contrário, na decisão monocrática proferida no HC nº 98.667-6-DF (j. 14.04.2009), o Min. MARCO AURÉLIO entendeu que o acesso da “parte envolvida” nas investigações parlamentares aos elementos já integrados ao processo em curso na comissão parlamentar deve ser amplo. Segundo o Ministro, a parte tem o direito de acessar **todas** as provas já produzidas pela referida Comissão, tese em relação a qual não compactuamos pelas razões já expostas.

Dada a diferença de finalidade entre as investigações ou atuações estatais, e considerando que um mesmo fato social é multifacetado e repercute em diversos campos da vida pública, é possível, e bastante comum, situações que, concomitantes, dão ensejo a uma investigação parlamentar e a atuação do Estado jurisdicional. É o que o Tribunal Constitucional de Portugal, na esteira da doutrina autóctone, denomina “inquéritos paralelos”²⁹. No plano ideal essas investigações ou atuações estatais não se sobrepõem e se legitimam sob o aspecto jurídico-constitucional pela desigualdade de escopos ou de finalidades.

A pluralidade de atuações mais do que sugere o intercâmbio de informações entre as diferentes esferas de atuação estatal, para impor, em homenagem ao princípio da eficiência e da racionalização do uso dos recursos públicos, um **dever de colaboração**, que se mostra mais transcendente em se tratando da relação entre uma comissão parlamentar de inquérito, constitucionalmente dotada dos mesmos poderes de instrução processual do Judiciário, e esse mesmo Poder.

Em decorrência disso, o Poder Judiciário não pode, em princípio, se negar a prestar informações que constem de autos de processos judiciais quando solicitadas por uma comissão parlamentar de inquérito.

O problema desponta, no entanto, quando uma comissão parlamentar de inquérito solicita informações que estão vertidas em autos de processos judiciais em andamento que tramitam sob sigilo de justiça, cuja disciplina é matéria de reserva legal, mas cujo fundamento radica na Constituição Federal³⁰.

O plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, em caso muito

29 Portugal. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 195/94, Conselheiro FERNANDO ALVES CORREIA.

30 O sigilo de justiça tem caráter excepcional em relação ao princípio da publicidade e instrumental em relação ao direito à intimidade do interessado no sigilo. O artigo 5º, inciso LX, da CF, prevê que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

Apesar disso, a partir da EC 45/2004, que conferiu nova redação ao art. 93, inc. IX, da CF, a garantia de preservação da intimidade decalcada pelo sigilo processual passou a ser condicionada ao “interesse público à informação”. De certo o constituinte derivado de 2004, vislumbrando a colisão entre o direito à intimidade e o direito à informação, tratou de impor ao legislador ordinário que conformasse a limitação à regra geral expressa na primeira parte da disposição constitucional concernente ao princípio da publicidade (“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos...”) tendo como parâmetro intransponível a prevalência do interesse público à informação frente ao direito à intimidade, que somente seria prestigiado na medida em que não implicasse em sacrifício ao legítimo direito comunitário à informação.

Ocorre que essa limitação ao direito fundamental à intimidade, do qual o segredo de justiça é instrumento de preservação, agora condicionada à atuação do legislador que deverá antes preservar o “interesse público à informação”, introduziu um desequilíbrio na equação delineada soberanamente pelo constituinte originário (art. 5º, inciso LX, CF), que toca ao estatuto dos direitos e garantias fundamentais, a enumerar, entre outros, interdições à ação estatal em prol da preservação dos domínios individuais. Por isso, o constituinte derivado, nesse ponto em que conferiu nova redação ao inciso IX, do artigo 93, da CF, incorreu em inconstitucionalidade porque desbordou o limite material de emenda à Constituição Federal previsto no artigo 60, §4º, inciso IV.

peculiar, entendeu que comissão parlamentar de inquérito não tem “*poder jurídico de, mediante requisição a operadoras de telefonia, de cópias de decisão nem de mandado judicial de interceptação telefônica, quebrar sigilo imposto a processo sujeito a segredo de justiça. Este é oponível a Comissão Parlamentar de Inquérito, representando expressiva limitação aos seus poderes constitucionais.*”³¹.

O precedente foi firmado em mandado de segurança impetrado por empresas operadoras de telefonia fixa e móvel contra determinação que lhes foi endereçada por Deputado Federal, presidente de CPI criada para investigar “Escutas Telefônicas Clandestinas”, para que fornecessem informações cobertas por sigilo judicial, que diziam respeito ao conteúdo de todos os mandados judiciais de interceptação telefônica, cumpridos no ano de 2007. Segundo as impetrantes, o acolhimento da ordem expedida pelo parlamentar impunha o sacrifício do segredo de justiça, que recaía sobre os mandados judiciais e processos em que os mesmos foram emitidos, e por consequência, a exposição indevida da intimidade das pessoas, esta tutelada pela regra excepcional do sigilo de justiça.

Com vistas a fixar uma concordância prática entre os poderes de investigação parlamentar previstos na CF e o direito à reserva da vida privada também de estofamento constitucional, o eminente Ministro Cezar Peluso, ao aditar o seu voto vencedor, tratou de balizar os limites da concessão da medida cautelar no “writ”, excepcionando certas informações solicitadas pela CPI e que deveriam ser prestadas pelas empresas de telefonia, que diziam respeito, por exemplo, a relação de cidades em que se situavam os terminais objeto das ordens de interceptação, à duração total de cada interceptação, etc. Entendeu o Ministro que a prestação dessas informações não teria o efeito prático de violar o sigilo judicial decretado em cada caso.

Parece evidente que uma comissão parlamentar não pode levantar o sigilo imposto por ordem judicial a um processo ou a um determinado conjunto de provas, o que evidentemente afrontaria a cláusula de reserva de jurisdição, nem expor indevidamente a vida privada das pessoas.

Algo bem distinto é se cravar que as informações constantes de procedimento judicial sigiloso não podem ser compartilhadas pelo Poder Judiciário com uma CPI, quando legitimamente solicitadas, isto é, segundo os mesmos parâmetros exigidos para o acesso a dados sigilosos (pertinência temática, fundamentação, delimitação temporal, obediência ao princípio da reserva de plenário, respeito ao princípio da proporcionalidade e individualização). Máxime nas hipóteses em que esses órgãos parlamentares, dotados que foram de poderes de investigação próprios

31 STF – Pleno – MS nº 27.483-REF-MC/DF, Rel. Min. CEZAR PELUSO, j. 14.08.2008.

das autoridades judiciais (§3º, art. 58, CF), estão autorizados, por suas forças e sem depender da intervenção do Poder Judiciário, a acessar informações, v.g., inerentes ao sigilo de dados telefônicos³². Ora bem, quem pode o mais – acessar diretamente esses dados –, haverá de poder o menos – compartilhá-los mesmo se autuados em processo judicial ou inquéritos policiais submetidos ao sigilo.

Igualmente inadmissível é reconhecer-se que uma comissão parlamentar de inquérito não está constitucionalmente habilitada a acessar determinadas provas, que a seu exclusivo juízo são relevantes para o curso de suas investigações, porque as mesmas já teriam sido fornecidas por quem de direito (companhias telefônicas, Receita Federal ou Banco Central) por força do cumprimento de determinação judicial e eventualmente já se encontrariam carreadas aos autos de um processo sob sigilo.

Nesse contexto, a decretação de sigilo judicial de autos importaria em uma interdição à atuação da CPI ou na própria suspensão dos poderes de investigação outorgados pela Constituição Federal a esses órgãos congressuais. A rigor, esse raciocínio deslocaria o eixo do inquérito parlamentar do órgão congressional para o Judiciário, na medida em que a este, por meio da decretação de sigilo de autos, restaria autorizado a definir *a priori* os limites da recolha de provas para formação da convicção política, roteirizando, segundo parâmetros estranhos à vida parlamentar, via reflexa, o curso dessas apurações, o que não encontra amparo no discurso constitucional, especialmente na ideia de preservação dos direitos das minorias parlamentares, bem como de independência e harmonia entre os Poderes.

Como a Constituição não prescreve uma gradação axiológica entre o inquérito parlamentar e o processo judicial, assinando-lhes apenas finalidades distintas, a decretação de sigilo judicial não pode empalidecer o princípio do inquérito parlamentar eficaz (e com ele o direito das minorias representadas no parlamento), de modo que tais informações ou provas sob sigilo não passam, em decorrência de sua decretação pelo Judiciário, a ser inalcançáveis ao crivo do juízo político levado a efeito por uma comissão parlamentar de inquérito.

A recíproca é verdadeira. Solicitados pelo Judiciário determinados documentos ou provas declarados sigilosos por uma CPI, esta não poderá legitimamente se escusar de fornecê-los, restando claro, no entanto, que tanto em um como em outro caso, quem recebe documentos sigilosos passa a ser portador e responsável pelo sigilo que sobre eles recai, não podendo divulgá-lo, a menos que, no caso concreto, justificadamente, prepondere outro princípio comunitário ou direito fundamental.

32 STF – Pleno – MS nº 24.817-DE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 03.02.2005.

Hipótese excepcional radica no caso das interceptações de comunicações telefônicas autorizadas por ordem judicial, que se submetem ao sigilo judicial (art. 8º, Lei federal nº 9.296/96). O envio de gravações ou de degravações frutos dessas interceptações deve ser recusado pelo Judiciário quando solicitado por uma CPI, isto por força, não propriamente do sigilo imposto por lei à prova, mas pelo aspecto finalístico dessa providência delineado na Constituição Federal, que somente autorizou a adoção de medida invasiva e sacrificante ao direito fundamental à intimidade se em risco bens juridicamente tutelados pela lei penal. Como não compete à CPI a apuração de responsabilidades jurídico-criminais, não lhe assiste o direito de acessar, nem mesmo indiretamente, essa realidade descortinada pela ação da jurisdição penal.

4. Direito ao contraditório e à ampla defesa e o acesso a informações sigilosas

Remanesce a questão se o direito de obter acesso a determinadas informações, ainda que decretadas sob sigilo por uma CPI, não residiria no direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa. Dito de outro modo, a *quaestio iuris* impõe investigar se esses princípios têm validade no âmbito de uma investigação parlamentar, especialmente diante do conteúdo da súmula vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal.

O escopo fundamental de uma comissão parlamentar de inquérito reside na recolha de informações que permitam firmar um diagnóstico de uma dada situação fática de relevância política, econômica ou social, a merecer correção pela atuação legislativa, administrativa ou jurisdicional do Estado.

Essas informações, que decorrem do exame de documentos, dados, testemunhos, isto é, da realidade de fato vertida em linguagem própria para os autos de uma investigação parlamentar, têm *prima facie* como destinatária a própria comissão parlamentar de inquérito, sujeito da decisão política materializada no documento final a ser por ela produzido.

Disso sobressai o caráter **unilateral** da investigação parlamentar. Em princípio, as informações levantadas se destinam única e exclusivamente à formação do juízo parlamentar, não se lhe aplicando o **princípio da comunhão da prova**³³.

33 Na exata concepção do princípio definida por José Carlos BARBOSA MOREIRA “(...) se a prova for feita, pouco importa a sua origem. (...) A prova do fato não aumenta nem diminui de valor segundo haja sido trazida por aquele a quem cabia o ônus, ou pelo adversário. A isso se chama o ‘princípio da comunhão da prova’: a prova, depois de feita, é comum, não pertence a quem a faz, pertence ao processo; pouco importa a sua fonte, pouco importa a sua proveniência” (Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O Juiz e a Prova” *in Revista de Processo*, nº 35, Ano IX, Abril/junho de 1984, p. 178-184). No mesmo diapasão, refere MIRABETE que: “A prova, levado ao processo, pode ser utilizada por qualquer dos sujeitos dele: juiz ou partes. É o princípio da comunhão dos meios

O problema se impõe quando a investigação parlamentar se depara com ações ou omissões aptas a, em tese, incriminar determinadas pessoas, que poderão ser nominalmente apontadas no próprio relatório final como responsáveis por determinadas situações que agridem a ordem jurídica.

É evidente que a comissão parlamentar de inquérito, que não é órgão dotado de função jurisdicional, não imputará *manu militari* responsabilidades jurídicas a essas pessoas, cabendo-lhe somente apresentar as suas conclusões ao Ministério Público, que é o titular da ação penal (§3º, *in fine*, art. 58, CF), ou a outros órgãos competentes para a promoção das demais medidas de recomposição da ordem jurídica violada (Lei federal nº 10.001/2001).

Disso emerge a seguinte questão: a unilateralidade da investigação parlamentar não estará a colocar em risco o princípio da dignidade humana, na medida em que torna inviável o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, ambos abrigados pela Lei Fundamental do país?

A resposta é negativa.

Primeiro porque, para além de se ter o parlamento como destinatário da prova, a ativação dessa ordem de princípios tornaria inviável o inquérito parlamentar, inquisitorial por natureza e impermeável a debates extracongressuais, ou converteria esse instrumento parlamentar em um tribunal *ad hoc*, constituído após e especialmente para apurar determinados acontecimentos, ou seja, o **fato** qualificado como **determinado** pelo §3º do art. 58 da Constituição Federal. Em nenhuma das hipóteses se realizaria o discurso constitucional que, por um lado, consagra o princípio da investigação parlamentar eficaz, e, por outro, inadmite tribunais de exceção ou, como imperativo de princípio, que órgãos não dotados de função jurisdicional exerçam atribuições típicas dos tribunais (princípio da reserva de jurisdição).

Depois porque, ao se recusar a aplicação imediata e direta ao inquérito desses cânones constitucionais, não se nega peremptoriamente um plexo de direitos e garantias àqueles cujas condutas omissivas ou comissivas são submetidas ao crivo de uma investigação parlamentar. Como no inquérito policial, a essas pessoas restam preservados, *v.g.*, o direito ao silêncio como projeção do direito a não auto-incriminação, o direito de ser assistido por advogado, de ter, em princípio, livre acesso aos autos parlamentares diretamente ou por advogado constituído na defesa de seus interesses, de assistir presencialmente ou não às reuniões da comissão,

de prova." (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 1997, pág. 237). Inaplicável o princípio da comunhão das provas, segundo as definições apresentadas, aos inquéritos parlamentares, ainda que a prova reunida por CPI possa vir a ser aproveitada por outros órgãos, inclusive o Ministério Público.

de somente ter o seu sigilo fiscal, telefônico e bancário vulnerado se presentes os requisitos legitimadores da medida, de ser intimado a prestar esclarecimentos que digam respeito apenas ao objeto da investigação parlamentar, tudo porque, como afirma o Ministro GILMAR MENDES:

“(...) a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial da realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. Como amplamente reconhecido o princípio da dignidade da pessoa humana impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais (Cf. MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz Kommentar*. Band I. München: Verlag C.H. Beck, 1990, II 18)³⁴.

Máxime porque, na hipótese de as provas reunidas por comissão parlamentar de inquérito subsidiarem contenciosos judiciais (§3º, *in fine*, art. 58, CF), aqueles que foram de alguma forma admoestados pela comissão parlamentar de inquérito sem poderem contraditá-la, dado que, como visto, isso inviabilizaria a própria investigação parlamentar e desvirtuaria seus propósitos constitucionais, poderão, agora, nesse novo ambiente, sobre as provas anteriormente reunidas, dizer e arrear, segundo os largos parâmetros subjacentes à cláusula do princípio do devido processo legal, a se concluir que, tratando-se de inquérito parlamentar, a aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa é **diferida** para outro momento da ação estatal, que poderá decorrer formal e logicamente das investigações congressuais³⁵.

Nesse contexto, aceder, aquele que se encontra jungido a uma investigação parlamentar, a determinadas informações submetidas ao segredo juridicamente tutelado não encontra amparo no direito ao contraditório e à ampla defesa.

Mas a *quaestio iuris* acerca da aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa no âmbito das comissões parlamentares de inquérito aparentemente ressurgiu com a edição pelo Supremo Tribunal Federal da súmula vinculante nº 14, assim vazada:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

34 Voto proferido na PSV nº 1/DF, j. 2.02.2009.

35 Lei federal nº 10.001/2000, que dispõe sobre a prioridade nos procedimentos a serem adotados pelo Ministério Público e por outros órgãos a respeito das conclusões das comissões parlamentares de inquérito.

Fora de disputa que o enunciado revela uma preocupação seminal da Suprema Corte³⁶ com a garantia, mediante a adoção de espécie jurídica dotada da mesma força geral e vinculante de uma lei declarada constitucional pela via concentrada³⁷, da aplicação de princípio constitucional que vinha sendo seguidamente amesquinhado por algumas autoridades do Estado, na medida em que negavam o acesso aos advogados (defensores privados ou públicos) aos autos de procedimentos não-judiciais investigatórios, sob o argumento de que neles se abrigavam provas sigilosas³⁸.

Ocorre, no entanto, que o verbete não tem aplicação no âmbito das comissões parlamentares de inquérito, conquanto estas se assemelhem, no que tange ao seu padrão inquisitorial, a um “procedimento investigatório”. São razões de ordem formal e material que conduzem a essa conclusão.

Sob o aspecto formal, a súmula vinculante nº 14 não opera efeitos sobre esses órgãos parlamentares uma vez que, em devoção ao sistema dos *checks and balances*, a atividade típica do parlamento – como é a desempenhada pelas comissões parlamentares de inquérito – não se submete ao caráter vinculante dos enunciados emitidos pelos STF. Basta que se examine o texto constitucional para se aportar a essa conclusão:

Art. 103-A – Os Supremo Tribunal Federal, poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

À luz da Constituição Federal, somente a função jurisdicional dos demais

36 Como pode se notar de seu conteúdo mesmo e dos debates que ensejaram a sua gênese. STF – Plenário - PSV nº 1-6-DF, Rel. Min. MENEZES DIREITO, DJ 27.03.2009.

37 Embora não seja objetivo deste estudo analisar a dimensão jurídico-formal das súmulas vinculantes no contexto do ordenamento jurídico, vale registrar que se a favor das leis, como de todo e qualquer ato emanado do poder público, milita a presunção relativa de constitucionalidade, em prol das leis declaradas constitucionais pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade e das súmulas vinculantes, que nesse sentido forte são mais do que as leis, milita a presunção absoluta de constitucionalidade, uma vez que nenhum outro órgão do Poder Judiciário (aqui excetuado o próprio STF) ou da administração pública direta ou indireta dos três entes de governo pode negar-lhes aplicação sob a pecha de eventual desconformidade com o molde constitucional.

38 Esta súmula vinculante foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 103-A, caput e § 2º e art. 2º, *caput* e art. 3º da Lei 11.417/2006). Ver ainda, MOTA PINTO, Henrique & ROSILHO, André Janjácomo. “A súmula vinculante 14 e o sigilo na jurisprudência constitucional brasileira” in http://www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=15, consultado em 29.09.2009, às 15h.

órgãos do Poder Judiciário, excetuado o próprio STF, e a atividade administrativa estatal estarão atadas aos enunciados das súmulas vinculantes, e não as atividades fins ou típicas dos Poderes Legislativo e Executivo.

Da mesma forma que o parlamento, mediante o devido processo legislativo, poderá reinserir no sistema lei julgada inconstitucional pela via do controle concentrado de constitucionalidade ou objeto de súmula vinculante, decalcando a não submissão da atividade legislativa parlamentar à atuação do Supremo Tribunal Federal, não estará vinculado, na sua face investigatória ou de controle, exercida por comissão parlamentar de inquérito, na medida em que esta também é instrumento de atuação tipicamente congressional³⁹.

Sob o prisma da materialidade do enunciado, denuncia a sua inaplicabilidade às comissões parlamentares de inquérito o fato de visar preponderantemente ao resguardo do direito de defesa, em relação ao qual são imunes esses organismos parlamentares.

Por outro lado, a súmula vinculante nº 14 se dirige aos procedimentos investigatórios realizados por órgão com competência de polícia judiciária, desses não tratam as comissões parlamentares de inquérito, que, tampouco, podem ser confundidos – ao menos no plano ideal do Direito - com órgãos policiais.

Ao que é importante para este estudo, é possível concluir que o direito de acesso a informações em geral e eventualmente as de caráter sigiloso produzidas no âmbito de uma investigação parlamentar não radica no direito ao contraditório e à ampla defesa, mas no direito à informação e no dever de informar.

5. Conclusão

No plano do regime democrático, a regra deve ser a publicidade dos atos estatais.

Comissões parlamentares de inquérito, que são órgãos do Estado e se constituem em importante instrumento de controle político da maioria parlamentar e do governo pela minoria, decalcando, nesse sentido e em si mesmo, o ideal democrático que se desdobra no respeito e no não isolamento dos grupos minoritários e na interdição à tirania da maioria, devem atuar de forma permeável e transparente em relação ao Povo, o titular do poder em uma democracia.

Este, o Povo, tem o direito de ser informado de maneira mais ampla e

39 Importa registrar que, no HC nº 986.667-6-DF impetrado perante o STF, o impetrante fundamentou o pedido da tutela de acesso a determinados documentos reunidos pela “CPI das escutas telefônicas” na súmula vinculante nº 14, no entanto, a decisão que deferiu a liminar sequer tangenciou esse tema. (STF, HC nº 986.667-6-DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. 15.04.2009).

completa possível e por diversificados canais de comunicação sobre a atuação de seus representantes, acerca dos fatos políticos e administrativos por eles averiguados, das propostas de correções de rumos eventualmente apresentadas e de como se alinham as forças políticas de situação ou oposição diante de determinadas circunstâncias conjunturais ou não.

Há situações, no entanto, marcadas pela nota da excepcionalidade, que autorizam o sigilo, que se impõe também a esses órgãos estatais congressuais, particularmente quando em risco a própria validade da atuação da comissão parlamentar de inquérito, a segurança da comunidade política ou direitos e garantias inalienáveis do Homem, porque, como ensina o professor BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *“os humanos têm todos o mesmo valor; e são o valor mais alto”*⁴⁰.

40 SANTOS, Boaventura de Sousa. “Cartas às esquerdas” in <http://anncol-brasil.blogspot.com/>, consultado em 28.08.2011, às 13h.

Honorários Advocatícios da Denúnciação da Lide

Dr. José Laurindo De Souza Netto

Resumo

O problema que se propõem no presente artigo é a análise dos honorários advocatícios na denúnciação da lide com casos em que há improcedência da lide primária, com atenção especial aos contratos de seguro. Passada a análise conceitual e as hipóteses de cabimento previstas no Código de Processo Civil (artigo 70 do CPC) evidencia-se a necessidade de mudança da posição processual do denunciado, para o fim de se fixar os honorários em conformidade com o princípio da causalidade, nos casos em que há a improcedência da demanda primária, restando assim prejudicada a demanda secundária. Após o reconhecimento da posição processual do denunciado como assistente simples (hipótese do inciso III) há de se reconhecer prejudicada a demanda secundária quando julgada improcedente a demanda primária, na qual se sugere uma regra de não cabimento de honorários advocatícios na denúnciação da lide.

PALAVRAS-CHAVE: DENÚNCIAÇÃO DA LIDE; HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – SUBCUMBÊNCIA – CONTRATOS DE SEGURO – PREJUDICIALIDADE

ABSTRACT

The problem we intend this article is to examine the application of attorney fees in impleader where there is dismissal of the suit primary, with special attention to insurance contracts. After the conceptual analysis and the assumptions of no place in the Code of Civil Procedure (Article 70 CPC) highlights the need for change in the procedural position of the termination, for the purpose of fixing the fees in accordance with the principle of causality, where there is demand the dismissal of the primary, leaving the affected side quest. After recognition of the procedural position of assistant denounced as simple (case of item III) one has to recognize the impaired side quest dismissed when the primary demand, which suggested a rule for legal fees does not belong in impleader.

KEYWORDS: IMPLEADER; LEGAL FEES - COLLAPSING - INSURANCE CONTRACTS - HARMFUL

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Fundamentos da denúnciação da lide e natureza jurídica - 3. Hipóteses de cabimento da denúnciação da lide - 4. Posicionamento processual do denunciado em relação ao denunciante - 5. Relação processual entre as partes e a formação da lide - 6. Fixação dos honorários advocatícios na denúnciação da lide - 7. Regras de aplicação dos honorários advocatícios na denúnciação da lide conforme posicionamento do denunciado como assistente simples - 8. Jurisprudência 9. Conclusão – 10. Referências.

1. Introdução

Uma das formas de intervenção de terceiros no processo civil, na qual um terceiro venha integrar a demanda, consiste na denúnciação da lide.

Segundo Humberto Theodoro Junior¹ a denunciação da lide:

“Consiste em chamar o terceiro (denunciado), que mantém um vínculo de direito com a parte (denunciante), para vir responder pela garantia do negócio jurídico, caso o denunciante saia vencido no processo”.

Como há certa dificuldade em apontar a quem caberia o ônus de sucumbência na relação entre denunciante e denunciado, o presente estudo volta-se especificamente para as hipóteses em que é feita a denunciação da lide de uma seguradora, para que seja exercido o direito de regresso pelo denunciante/segurado em sua eventual condenação.

É importante destacar que o presente estudo tem por escopo a análise específica do caso em que a denunciada é uma seguradora.

O seguro é um autêntico fenômeno de massa, com larga repercussão na atividade econômica, submetido a uma extensa legislação esparsa.

Sendo acionado judicialmente, sempre se dará ao segurado o direito de provocar a intervenção da seguradora.

Uma vez deferido o pedido de denunciação o processo passa a ter duas demandas: uma estabelecida entre autor e réu e outra estabelecida entre denunciante/réu e denunciado.

2. Fundamentos da denunciação da lide e natureza jurídica

A denunciação da lide tem natureza jurídica de demanda/ação e, por isso, há uma demanda secundária, cujo resultado dependerá do desfecho da ação “principal”.

Esta demanda tem como fim o reembolso e regresso pelos prejuízos sofridos.

Em suma, busca-se de um terceiro os prejuízos sofridos. É uma verdadeira ação de regresso (ação de garantia).

Com viés proeminente do direito Italiano, o instituto da denunciação da lide tem natureza incidental. Incidental porque permite a intervenção de terceiro que tem interesse processual no resultado da lide.

Todavia, para definir a natureza jurídica da denunciação da lide, necessário é, primeiramente, notar a definição e a finalidade do vocábulo “garantia” e, para

¹ Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Vol. I, 47ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 143.

tanto, importa-se o entendimento de dois grandes juristas italianos, CALAMANDREI² e CHIOVENDA³.

CALAMANDREI, em seu tempo, sustentou que a essência da relação de garantia estava na obrigação do denunciado (garante) em defender o denunciante das pretensões de terceiros.

Não obstante, CHIOVENDA⁴, em seu entendimento, excluiu da definição de garantia a obrigação de defesa em juízo e leciona:

“A parte que, no caso de perder, tem ação de regresso contra terceiro, pode denunciar-lhe a lide, para dar-lhe meio de intervir e coadjuvá-la em sua defesa e a fim de evitar a exceção de defesa negligente no processo posterior”.

Portanto, a denunciação da lide tem bases no processo incidental, posto que, com o decorrer do processo, irá surgir uma nova relação incidente (a denunciação), sendo esta decidida pelo juiz que julgar a demanda primária.

Na denunciação da lide, tanto o autor quanto o réu detém legitimidade para denunciar.

3. Hipóteses de cabimento da denunciação da lide

As hipóteses de cabimento da denunciação da lide estão previstas no Capítulo VI da Intervenção de Terceiros do Código de Processo Civil.

Já resta pacificado na doutrina o equívoco da legislação ao consignar no *caput* do artigo 70 do Código de Processo Civil a obrigatoriedade de denunciação da lide nas hipóteses elencadas nos incisos I, II e III, a saber:

Art. 70. A denunciação da lide é obrigatória:

I – ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta;

II – ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada;

III – àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

2 Calamandrei, Piero. Direito Processual Civil. Campinas:Bookseller, 1999. vol. 2, p. 266/269.

3 Chiovenda, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. 2.^a ed. Campinas:Bookseller, 2000. vol II, p. 291/299.

4 Chiovenda, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. 2.^a ed. Campinas:Bookseller, 2000. vol II, p. 294.

A legislação dá a entender que a denúncia da lide constitui um ônus absoluto imposto à parte, de modo que no caso de sua omissão, ficaria privado do direito subjetivo material.

Todavia, esta previsão ocorre somente no caso do inciso I⁵, que trata da evicção, pois o artigo 456 do Código Civil⁶, que cuida do direito puro substancial, impõe que a denúncia se faça sob pena de perda do direito de ressarcimento.

Nos demais casos (incisos II e III), aquele que não fizer a denúncia do terceiro manterá o direito subjetivo material de regresso.

No caso do inciso III do artigo 70 é que se encontra a possibilidade de denunciar a lide nos casos de contrato de seguro, justamente por ser o segurado denunciante contratante do denunciado-seguradora.

Ao denunciar da lide a seguradora a fim de se ver garantido é que aparecem os debates quanto ao posicionamento e uma possível condenação em honorários advocatícios.

Portanto, a qualidade do posicionamento do denunciado em relação à lide primária e a lide secundária é que influenciam a condenação do denunciante em honorários advocatícios.

4. Posicionamento processual do denunciado em relação ao denunciante

Quando da denúncia da lide, surge à dúvida quanto à posição processual que o denunciado ocupará, ou seja, qual a sua função e figura processual.

Existem três correntes quanto à posição processual do denunciado:

A corrente majoritária, de acordo com a literalidade do Código de Processo Civil, afirma que o denunciado é litisconsorte do denunciante em face do autor.

Neste caso, o denunciado forma um litisconsórcio ulterior, facultativo e unitário. É unitário porque um legitimado ordinário (réu/denunciante) se junta a um legitimado extraordinário (denunciado).

Na demanda secundária, o denunciado discute seus próprios interesses,

5 “O inc. I do art. 70 admite a denúncia da lide “na ação em que terceiro reivindica a coisa cujo domínio foi transferido à parte (parte, neste contexto, é o denunciante), a fim de que esta possa exercer o direito em que da evicção lhe resulta”. A denúncia é, nesses casos, a notificação que o art. 456 do Código Civil exige sob pena de se perder o direito ao ressarcimento por evicção (o parágrafo desse artigo fala expressamente em denúncia da lide). Por isso, tal litisdenúncia é indispensável e realmente a parte perderá o direito substancial à garantia se não a fizer.” (DINAMARCO, Cândido Rangel – Instituições de Direito Processual Civil. 6ª Ed. Ver. Atual. São Paulo: Malheiros, 1997 p. 411).

6 Art. 456. Para poder exercer o direito que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante imediato, ou qualquer dos anteriores, quanto e como lhe determinarem as leis do processo. Parágrafo único. Não atendendo o alienante à denúncia da lide, e sendo manifesta a procedência da evicção, pode o adquirente deixar de oferecer contestação ou usar de recurso.

enquanto na demanda primária ou “principal”, o denunciado discute os interesses do réu, mas não é parte na primeira demanda.

Logo, na demanda primária ou “principal” o denunciado é legitimado extraordinário e na segunda é ordinário, porque é réu. O litisconsórcio existe na primeira demanda, na segunda não.

De modo divergente posiciona-se o mestre Cândido Dinamarco⁷, e leciona que o denunciado é assistente litisconsorcial do denunciante na demanda principal.

Dessa forma, entende que não há litisconsórcio.

Para Dinamarco o litisconsórcio só existe quando se formula pedido ou contra si seja formulado um pedido.

Todavia, do ponto de vista prático não tem diferença entre assistência litisconsorcial e litisconsórcio unitário.

De outra banda, inaugura novo pensamento o douto Nelson Nery Junoir⁸ entende que o denunciado é assistente simples do denunciante.

Porém, ao asseverar tal posição, esta entra em rota de colisão com o Código de Processo Civil, que afirma ser litisconsorte.

Ocorre que tal doutrina parece ser a mais acertada quando se fala em posicionamento do denunciado em relação ao denunciante, pois tendo em vista que o desfecho da demanda secundária depende diretamente do resultado da demanda primária, ficará o denunciado no papel de assistente simples do denunciante, a fim de que este saia vencedor da demanda “principal”.

Portanto, ao ser julgada improcedente a demanda “principal”, fica prejudicada a demanda secundária, na qual denunciante e seu assistente simples denunciado (posição de garante) nada devem pagar para o autor da demanda tida como principal. Logo, não existe lide entre o autor e o denunciado, pois este vem a juízo apenas por interesse na decisão, sendo que sua atuação fica restrita a atuação do denunciante.

Mas para figurar como assistente simples, o assistente deve ter algum interesse na decisão.

Leciona com maestria a José Miguel Garcia Medina⁹, que não é qualquer tipo de interesse,

“O interesse que justifica a intervenção do assistente simples deve ser jurídico, e não meramente econômico ou moral”.

7 DINAMARCO, Cândido Rangel – Instituições de Direito Processual Civil. 6ª Ed. Ver. Atual. São Paulo: Malheiros, 1997 p. 407-409.

8 JÚNIOR, Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 307-309.

9 José Miguel Garcia Medina; Teresa Arruda Alvim Wambier. Parte geral e processo de conhecimento. 2ed. Re. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (processo civil moderno; v1) pg.101.

Assim, para se saber se existe ou não o interesse jurídico que autorize a assistência simples basta atentar-se a três requisitos, quais sejam: a) se o terceiro tem relação jurídica com uma das partes; b) se a relação é diferente da que está em discussão na demanda principal; c) se o resultado da demanda primária terá algum efeito em relação ao terceiro.

Encontrados os requisitos é porque existe o interesse jurídico, passando a figurar o denunciado como assistente simples.

Ou seja, o assistente simples é aquele que tem relação jurídica com uma das partes, diferente daquela travada na demanda primária, e que pode ser afetada pela decisão.

Na melhor doutrina Wambier¹⁰ assevera que o assistente simples:

“tem interesse jurídico, evidentemente diferente do interesse jurídico de parte. Esse interesse nasce da perspectiva de sofrer efeitos reflexos da decisão desfavorável ao assistido, de forma que sua esfera seja afetada. Na assistência simples o assistente tem interesse jurídico próprio, que pode ser preservado na medida em que a sentença seja favorável ao assistido. O assistente simples não tem qualquer relação jurídica controvertida com o adversário do assistido, embora possa ser atingido, ainda que indiretamente, pela sentença desfavorável a este”.

Alterando-se, a posição processual do denunciado de litisconsorte ou assistente litisconsorcial para assistente simples faz-se desaparecer a condenação do denunciante em honorários advocatícios, caso este saia vencedor da demanda primária, pois resta prejudicada a análise da demanda secundária, a qual nem será analisada, haja vista ambos serem vitoriosos da demanda primária, não restando dever de reparar nenhum dano.

5. Relação processual entre as partes e a formação da lide

Nessa toada, passa-se a analisar a relação jurídica criada entre as partes.

Imperioso destacar, em linha geral, a relação processual que surge entre as partes que envolvem os sujeitos da denunciação, para confirmar o que foi dito. Tanto a demanda primária como a demanda secundária, evidenciam algum tipo de relação jurídica.

¹⁰ Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini. Curso Avançado de Processo Civil, Volume 1, Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2002, p. 281.

Há existência de relação processual distinta entre a) autor e réu; b) denunciante e denunciado; c) autor e denunciado.

a) Quanto ao autor da demanda primária e o réu, resta incontroverso que há existência de lide entre autor e réu, observadas as peculiaridades e o momento em que se formam. Muito embora não seja esse o objetivo deste artigo, retratar as teorias do momento de formação ou ainda a conceituação da lide. Portanto, passadas as condições intrínsecas e extrínsecas de admissibilidade do pedido, intentada a demanda, resta configurada a lide, como amparo pela prestação da tutela jurisdicional, com um pólo ativo (autor(es)) e um pólo passivo (réu(s)).

b) Diferentemente do que ocorre entre denunciante e denunciado, na qual figura uma relação de direito subjetivo material, que lhe dá amparo a denunciação. Aqui é a relação contratual de garantia que aparece e que dá ensejo a denunciação, figurando verdadeiro interesse jurídico em não se ver atingida por sentença desfavorável. Ou seja, surge a figura do denunciado como assistente simples do denunciante.

A seguradora, ao aceitar a denunciação, não apresentando resistência e colocando-se ao lado do réu como litisconsorte, faz desaparecer a lide de regresso, estabelecendo litisconsórcio por força de lei entre denunciante e denunciado.

Evidentemente, não houve pretensão resistida pela seguradora, requisito este imprescindível para que se configure a lide, segundo a clássica definição de Liebman.

Logo, entre denunciante e denunciado pode não haver lide e, portanto, pode não haver sucumbência.

Vale registrar o moderno entendimento de que em se tratando de contrato de seguro cabe chamamento ao processo e não mais denunciação à lide, frente à sistemática introduzida pelo artigo 787 do Código Civil de 2002, que alterou significativamente a estrutura jurídica do seguro, pois este não mais garante o reembolso da indenização custeada pelo segurado, mas sim garante, de forma direta, o pagamento de perdas e danos pela seguradora ao terceiro prejudicado pelo sinistro.

Não será, portanto, um direito de regresso que será exercido, mas sim:

“o direito de exigir que a seguradora assuma o dever de realizar a indenização direta ao autor da ação indenizatória, pois, no atual regime securitário, o direito da vítima é exercitável tanto perante o causador do dano como em face da seguradora.”¹¹

Este entendimento é defendido por Humberto Theodoro Júnior que complementa que:

“O ofendido passa, após o sinistro, a travar uma relação jurídica direta com a seguradora, que assim poderá desde logo ocupar a posição de ré na ação de ressarcimento do dano. E mesmo quando, em ação ajuizada contra o segurado, for convocada por meio de denúncia da lide, de iniciativa do réu, a posição da seguradora será a de parte principal, sujeita, portanto, à condenação direta e não mais regressiva.”¹²

Desta maneira, não há se falar em sucumbência entre denunciante e denunciado, afastando-se qualquer condenação quanto ao pagamento de honorários advocatícios.

Conclui-se, destarte, que a denúncia, ou o chamamento da seguradora é necessário e não facultativo, ainda que preservado o direito de regresso posterior.

c) No que tange a relação entre o autor da demanda primária e o denunciado, sendo este assistente simples do denunciante, não há que se falar em lide, eis que o interesse jurídico do assistente é por via reflexa da decisão da demanda primária, passando-se a analisar a demanda secundária, na qual pela relação de direito subjetivo material se confirma ou não a posição de garante do denunciado em relação ao denunciante.

Não há, pois, lide entre o autor da demanda primária e o denunciado da demanda secundária, como assevera Medina¹³

“O assistente simples, mesmo após sua intervenção, permanece terceiro, em relação ao processo – nisso distinguindo-se este modo de intervenção, em relação aos demais, previstos no CPC”.

6. Fixação dos honorários advocatícios na denúncia da lide

De acordo com o Código de Processo Civil Brasileiro, a imposição dos ônus processuais está calcada no princípio da sucumbência, segundo o qual incumbe ao vencido o pagamento dos honorários ao vencedor.

Embora o Código de Processo Civil tenha expressamente consagrado o princípio da sucumbência em seu artigo 20, nem sempre dito princípio soluciona de maneira equânime o problema da condenação às custas e honorários advocatícios.

¹² Idem Humberto, p. 150 e 151.

¹³ Idem Medina, p. 102.

Desta feita, tem-se que referido princípio deve ser analisado em consonância com o princípio da causalidade, sob pena de aquele que não deu causa à propositura da demanda se ver prejudicado. Ao orientar-se pelo princípio da causalidade, tem-se que aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as despesas dele decorrentes.

Portanto, a fim de se fazer justiça nas decisões, deve-se sempre observar o princípio da sucumbência, em estrita análise ao princípio da causalidade, pois de outra forma, restariam questões sem resposta, ou melhor, sem a justa resposta.

É claro, que se demanda primária foi julgada improcedente, resta prejudicada a demanda secundária. Ou seja, não há de se falar em improcedência da demanda secundária, o que acabaria em condenar o denunciante a pagar honorários advocatícios ao seu assistente simples.

Logo, a condenação em honorários torna-se destituída de racionalidade, haja vista não se passar a analisar o mérito da demanda secundária, exatamente por ser causa dependente da primeira, ou seja, de garantia daquela. Logo, resta prejudicada.

Assim muito bem leciona Dinamarco:

*“A pretensão do litisdenunciante perante o litisdenunciado é trazida em via eventual, para que este seja condenado a ressarcir somente no caso de aquele sair vencido perante o adversário inicial. Em caso de vitória do denunciante sobre este, a denúncia ficará prejudicada e não se julgará pelo mérito.”*¹⁴

Portanto, nos casos em que a denúncia restar prejudicada, não há de se falar em nexo de causalidade entre a conduta do denunciante e as verbas sucumbenciais a que faria jus o denunciado, pois à luz do princípio da causalidade quem deu causa à denúncia da lide prejudicada foi o autor, ou seja, a parte adversa do denunciante, que ajuizou ação com pedido improcedente.

Inegável que neste escorço, está prejudicada a demanda secundária, na qual nem se questiona quem seria vencido ou vencedor, somente se afasta qualquer pretensão de condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Ademais, entende-se que diante da realidade social hodiernamente vivida, não há mais espaço para admitir que a denúncia da lide, na hipótese de direito de regresso, seja considerada uma faculdade, mas sim uma necessidade, pois não faz sentido condenar o segurado ao pagamento da respectiva indenização e exigir que ajuíze nova ação para exercer o seu direito de regresso perante a seguradora.

14 DINAMARCO, Cândido Rangel. Intervenção de terceiros. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 29.

Logo, a denúncia da lide, neste caso, do inciso III do artigo 70 do Código de Processo Civil, passou de obrigatória (segundo a letra da lei) para facultativa (segundo a doutrina) e agora para necessária, segundo a exigência da agilidade das relações sociais que refletem diretamente no âmbito judiciário.

Pondera-se também que a denúncia da lide é um benefício legal colocado à disposição do denunciante, que não pode ser prejudicado pela terrível escolha de denunciar à lide e arriscar-se ao pagamento de honorários do denunciado ou ainda não denunciar e ver o seu direito de regresso prejudicado. Ou seja, o intuito do legislador foi em beneficiar o denunciante e não prejudicá-lo.

7. Regras de aplicação dos honorários advocatícios na denúncia da lide conforme posicionamento do denunciado como assistente simples

Diante de toda a explanação, tem-se que nos contratos de seguro, realizada a denúncia da lide, surgem hipóteses de aplicação ou não de honorários advocatícios à lide secundária, conforme a procedência ou não da demanda primária.

Assim, alterado o posicionamento do denunciado para assistência simples, na esteira de tudo que foi dito tem-se as seguintes regras:

a) Procedência da Demanda Primária

Quando da procedência da demanda primária ou principal, surgem três situações distintas, pois se passa a analisar a demanda secundária, a qual pode ser: a.1) extinta sem resolução do mérito; b.2) julgada improcedente ou; b.3) julgada procedente:

a.1) Denúncia da lide extinta sem resolução de mérito; Se a demanda foi extinta sem a resolução do seu mérito, por uma das hipóteses do artigo 267 do CPC, resta sucumbente o denunciante, devendo arcar com o devido ônus processual.

a.2) Denúncia da lide julgada improcedente; Da mesma sorte, se a demanda secundária for julgada improcedente, deve o denunciante arcar com as custas, pois foi derrotado na demanda secundária, não logrando êxito em mostrar a sua relação de garantia com o denunciado.

a.3) Denúncia da lide julgada procedente; No caso de ser julgada procedente a demanda secundária, ou seja, a denúncia foi procedente, o denunciado assume sua posição de garante na demanda principal, fazendo imputar ao denunciado o ônus processual da sucumbência. Neste caso o denunciante foi vencedor, demonstrando sua condição de garantido.

b) Improcedência da Demanda Primária

No caso de improcedência da demanda primária ou principal, nem se passa

a analisar o mérito da demanda secundária, pois o denunciante e o denunciado (assistente simples) são vencedores da demanda primária.

Assim, tenho que julgada improcedente a demanda entre autor e réu, a demanda estabelecida entre denunciante/réu/segurado e denunciado/seguradora resta prejudicada, afastando a condenação do denunciante ao pagamento de honorários advocatícios ao denunciado, pois embora consista em uma demanda secundária e paralela, ela é inegavelmente condicional.

Logo, não há sucumbência, pois a relação de garante, de direito material (contratual) não impôs ônus algum, restando o assistente simples sem nenhum prejuízo, logrando de certa forma, o mesmo êxito do qual o denunciante logrou.

Portanto, se denunciante e denunciado foram vencedores, em nada serão imputados.

Diante de tais fatos, aplica-se o princípio da causalidade que corresponde justamente a um princípio de justiça distributiva. Ou seja, a relação de causa e resultado mostra-se adequada para equacionar problemas não solucionados pelo princípio da sucumbência.

Nesta linha de raciocínio, impõe-se o questionamento sobre a causalidade nos casos em que a demanda secundária é considerada prejudicada em face da improcedência do pedido formulado na demanda primária ou principal.

Com efeito, o pedido da denunciação da lide é deduzido de forma condicional, revestido, portanto, de intrínseca prejudicialidade.

Considero que uma vez vencedor o denunciante na ação originária, a denunciação será necessariamente julgada prejudicada e não improcedente como entende equivocadamente parte da jurisprudência.

8. Jurisprudência

A fim de colacionar o entendimento da jurisprudência, transcreve-se o entendimento sedimentado do STJ, no qual se busca mudar, frente a todas as considerações analisadas, da qual se extrai os seguintes julgados:

EMENTA PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE. DENUNCIAÇÃO FACULTATIVA DA LIDE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS AO PATRONO DO DENUNCIADO. ÔNUS DO RÉU-DENUNCIANTE. PRECEDENTES.

1. Consoante o entendimento jurisprudencial sedimentado desta Corte Superior, em se tratando de denunciação facultativa da lide, uma vez julgado improcedente o pedido deduzido na ação principal, incumbe ao réu-denunciante arcar com o pagamento dos honorários advocatícios

devidos ao denunciado e das despesas processuais concernentes à lide secundária (Precedentes: AgRg nos EDcl no Ag n.º 550.764/RJ, Rel. Min. Castro Filho, DJU de 11/09/2006; AgRg no Ag 569044/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJU de 16/11/2004; e REsp n.º 132.026/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, DJU de 02/10/2000). 2. Recurso especial não conhecido. (Resp Nº 237.094 - RS (1999/0099762-0) Quarta Turma. Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) julgado em 18/11/2008, DJe 09/12/2008).

AGRAVO REGIMENTAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CPC, ART. 535, II. OFENSA NÃO CARACTERIZADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA LIDE SECUNDÁRIA. PRECEDENTES.

I - Não há violação do artigo 535 do CPC, porquanto não se detecta qualquer omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, uma vez que a lide foi dirimida com a devida e suficiente fundamentação.

II - “Se julgada improcedente a ação indenizatória, favorecendo o litisdenunciado, inexistente, em consequência, o direito por ele postulado perante a seguradora, nascendo, daí, a sua obrigação de, respectivamente, pagar-lhe as custas e os honorários advocatícios resultantes da sua sucumbência na lide secundária” (REsp 36.135/RS, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ 15.04.2002). Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 918.845/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe 12/12/2008).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. DENUNCIAÇÃO FACULTATIVA DA LIDE. EXCLUSÃO DO DENUNCIADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO.

Embora rejeitando os embargos de declaração, o acórdão recorrido examinou, motivadamente, todas as questões pertinentes, logo, não há que se falar em ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil.

II. No caso de denúncia facultativa da lide, a exclusão do denunciado

acarreta ao réu-denunciante a obrigação de pagar honorários advocatícios em favor do denunciado.

III - Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1114172/DF, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 10/06/2010).^{15; 16}

9. Conclusão

Desta feita, há de se divergir da douta maioria, por considerar que o fundamento invocado se encontra descompromissado com as necessidades de soluções rápidas das disputas no âmbito social.

Logo, considera-se a denúncia como necessária por não ser exigível do homem médio o aguardo do fim da demanda para que possa exercer o seu direito de regresso contra a seguradora, se existe a previsão do instituto legal da denúncia da lide. Certamente, a referida agilidade das relações sociais não permite questões incertas e pendentes, quando é perfeitamente possível que elas se resolvem de pronto.

Nessa toada, destaca-se a parte do voto condutor do acórdão, porquanto elucidativo de todo o exposto, do ponto analisado, que deu margem a edição deste artigo¹⁷:

EMENTA (...) RECURSO 02 DENUNCIAÇÃO DA LIDE ACIDENTE DE TRÂNSITO SEGURO DENUNCIAÇÃO FACULTATIVA DO ARTIGO III DO ARTIGO 70 DO CPC HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS A SEREM PAGOS PELO DENUNCIANTE RECURSO DESPROVIDO. AUTOS DE APELAÇÃO CÍVEL N.º 699778-8 8ª CCÍVEL (TJPR - VIII CCv - Ap Cível 0699778-8 - Rel.: João Domingos Kuster Puppi - Julg.: 04/11/2010 - Por maioria - Pub.: 16/02/2011 - DJ 572).

Declaração de voto vencido - Apelação Cível nº 699.778-8

Com relação ao recurso interposto pelo apelante 02, melhor sorte não lhe socorre. Tendo em vista o caráter facultativo da denúncia da lide no caso concreto, a teor do artigo do 70, III, do CPC, deve o

¹⁵ Superior Tribunal de Justiça., disponível em <http://www.stj.gov.br/>. Consulta em 20.05.2011.

¹⁶ Neste mesmo sentido: REsp 699680/DF ; REsp 687341/SP ; REsp 900762/MG ; REsp 471.307/RS ; AgRg no Ag 1220661/RJ ; AgRg no REsp 1126178/GO ; REsp 237.094/RS ; AgRg nos EDcl no Ag 550.764/RJ ; disponível em <http://www.stj.gov.br/>. Consulta em 20.05.2011.

¹⁷ (TJPR - VIII CCv - Ap Cível 0699778-8 - Rel.: João Domingos Kuster Puppi - Julg.: 04/11/2010 - Por maioria - Pub.: 16/02/2011 - DJ 572).

denunciante, arcar com os honorários advocatícios do patrono da lide denunciada. Saliente-se que apenas no caso do inciso I do artigo 70 do CPC a obrigatoriedade é considerada, tendo em vista o dever de denunciar por força do direito material.

É o entendimento da jurisprudência:

“AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - ACIDENTE DE VEÍCULOS - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - DEMANDA JULGADA IMPROCEDENTE - DENUNCIAÇÃO À LIDE FACULTATIVA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - RESPONSABILIDADE DO RÉU AUTOS DE APELAÇÃO CÍVEL N.º 699778-8 8ª CCÍVEL DENUNCIANTE - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Não sendo a denunciação da lide obrigatória, como na hipótese de seguro, onde não há perda do direito de regresso, e preferindo o denunciante, desde logo, cumular a demanda regressiva, deve assumir o ônus da sucumbência em relação ao denunciado, vez que este nenhum vínculo tem com o terceiro autor da demanda.” (TJPR - Ac. 18378/0261383-0 - ApCiv - 6ª CCV (extinto TA) - Rel. Anny Mary Kuss - J. 19.10.2004) “(...) Não sendo a denunciação da lide obrigatória, como na hipótese de seguro, onde não há perda do direito de regresso, e preferindo o denunciante, desde logo, cumular a demanda regressiva, deve assumir o ônus da sucumbência em relação ao denunciado, vez que este nenhum vínculo tem com o terceiro autor da demanda.” (TAPR - AC 114 - 9ª CVV - Rel. Juiz Luiz Lopes - J.07.06.02) (...).

Declaração de voto vencedor - Apelação Cível nº 699.778-8

(...) “No caso em questão, considero a denunciação como obrigatória por ser inexigível do homem médio o aguardo do fim da demanda para que o segurado possa exercer o seu direito de regresso contra a seguradora, se existe a previsão do instituto legal da denunciação da lide. Certamente, a referida agilidade das relações sociais não permite questões incertas e pendentes, quando é perfeitamente possível que elas se resolvem de pronto.

Neste passo, observando-se a apólice de seguro firmada entre as partes (fls. 160), extrai-se que, dentre as obrigações do segurado, deve haver a comunicação imediata à seguradora acerca de sinistro e de eventual citação em demanda relacionada ao acidente, conforme previsão das

cláusulas 5.5 e 5.7, sob pena de perda do direito de indenização, a saber:

(...).

Portanto, a própria relação contratual estabelecida entre as partes prevê a obrigação do segurado em comunicar, por escrito, a ocorrência de qualquer fato que resulte em responsabilidade civil e a comunicação de qualquer citação que se relacione com o acidente, além de exigir autorização prévia para a realização de acordo judicial.

Evidente, aqui, o afastamento da “faculdade”, evidenciando-se a “necessidade”.

Destarte, além de fugir da razoabilidade média o entendimento de que é facultado ao segurado denunciar ou não a seguradora à lide, a relação contratual entre eles estabelecida obriga com que ele chame a seguradora em caso de acidente e consequente responsabilidade civil, tornando imprescindível a presença da seguradora na ação.

(...).

Por fim, tenho que julgada improcedente a lide principal entre autor e réu, a lide estabelecida entre denunciante/réu/segurado e denunciada/seguradora resta prejudicada, afastando a condenação do denunciante ao pagamento de honorários advocatícios ao denunciado, pois embora consista em uma lide secundária e paralela, ela é inegavelmente condicional. Em suma, pondero que na hipótese dos autos a condenação ao pagamento de honorários na lide secundária de denúncia é descabida.

“De fato, a condenação do denunciado a pagar diretamente ao autor da ação o valor do seguro é do interesse do denunciante segurado tanto quanto do autor da ação; e foi nessa intenção que contratou, pois o que pretendeu, ao fazê-lo, foi justamente livrar-se do risco de ter que pagar pessoalmente a quantia indenizadora. Nunca esteve nos seus planos pagar primeiro (buscando recursos para tanto), para só depois ser reembolsado. Faz o seguro justamente para não ter de enfrentar essa situação, além de não sofrer diminuição em seu patrimônio.”

“Noutros termos, a denúncia da lide possibilita o aproveitamento de um mesmo processo para conceder ao denunciante o direito de exercer a ação de garantia ou a ação de regresso contra o denunciado. Trata-se, pois, de medida de economia processual.” Revista Forense, vol. 408, p. 518, Clarissa Diniz Guedes e Raquel Bellini de

Oliveira Salles, A relação de regresso e a denunciação da lide prejudicada: da não imposição de ônus sucumbenciais ao denunciante.

(...).

Nesta linha de raciocínio, impõe-se o questionamento sobre a causalidade nos casos em que a lide secundária é considerada prejudicada ou improcedente em face da improcedência do pedido formulado na ação principal.

Com efeito, o pedido da denunciação da lide é deduzido de forma condicional, revestido, portanto, de intrínseca prejudicialidade. Considero que uma vez vencedor o denunciante na ação originária, a denunciação será necessariamente julgada prejudicada e não improcedente como entende equivocadamente parte da jurisprudência.

(...).

Destarte, nos casos em que a denunciação restar prejudicada, não há se falar em nexo de causalidade entre a conduta do denunciante e as verbas sucumbenciais a que faria jus o denunciado, pois à luz do princípio da causalidade quem deu causa à denunciação da lide prejudicada foi o autor, ou seja, a parte adversa do denunciante, que ajuizou ação com pedido improcedente.

Logo, prejudicada a relação secundária da denunciação da lide nem se questiona que seria vencido ou vencedor, afastando qualquer pretensão de condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Pondera-se também que a denunciação da lide é um benefício legal colocado à disposição do denunciante, que não pode se prejudicado pela terrível escolha de denunciar à lide e arriscar-se ao pagamento de honorários do denunciado ou não denunciar e ver o seu direito de regresso prejudicado. Barbosa Moreira anuncia que a denunciação da lide visa beneficiar o denunciante e não o atormentar.”

Portanto, a própria relação contratual estabelecida entre as partes afasta a “faculdade”, e evidencia a “necessidade”.

A relação contratual entre eles estabelecida obriga o chamamento da seguradora em caso de acidente e consequente responsabilidade civil, tornando imprescindível a presença da garante na ação.

10. Referências

- CALAMANDREI, Piero. Direito Processual Civil. Campinas:Bookseller, 1999. vol. 2, p. 266/269.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. 2.^a ed. Campinas:Bookseller, 2000. vol II, p. 291/299.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. 2.^a ed. Campinas:Bookseller, 2000. vol II, p. 294.
- CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – BRASIL - Art. 456. Para poder exercer o direito que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante imediato, ou qualquer dos anteriores, quanto e como lhe determinarem as leis do processo. Parágrafo único. Não atendendo o alienante à denúncia da lide, e sendo manifesta a procedência da evicção, pode o adquirente deixar de oferecer contestação ou usar de recurso.
- DINAMARCO, Cândido Rangel- Intervenção de terceiros. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 29.
- DINAMARCO, Cândido Rangel – Instituições de Direito Processual Civil. 6^a Ed. Ver. Atual. São Paulo: Malheiros, 1997 p. 407-409.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro - Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Vol. I, 47^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 144.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro - Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Vol. I, 47^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 143.
- JÚNIOR, Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 11^a edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 307-309.
- MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Parte geral e processo de conhecimento. – 2ed. Re. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (processo civil moderno; v1) pg.101.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, Volume 1, Editora Revista dos Tribunais, 4^a edição, 2002, p. 281.

A Normalização da Delimitação Marítima Internacional na Convenção de Montego Bay de 1982 e a Jurisprudência da Corte Internacional de Justiça

Eduardo Biacchi Gomes¹

Silvana Przybyzeski²

RESUMO:

Palavras chaves: Direito do Mar. Convenção de Montego Bay. Delimitação marítima. CIJ.

Sumário: Introdução. 1. Antecedentes históricos da regulamentação do Direito do Mar. 2. Tentativas internacionais de regulamentação do espaço marítimo. 2.1. Convenção de Montego Bay (1982) – delimitações marítimas. 2.2. Delimitação marítima entre Estados com costas adjacentes ou localizadas frente a frente. Considerações finais.

1. Introdução

O desenvolvimento do Direito do Mar está diretamente ligado à própria civilização, sendo o espaço físico utilizado pelos povos de diversas épocas em suas conquistas, como fonte de alimentos e como meio de comunicação. “Na busca do desconhecido, de riquezas e de glórias, muitos se lançaram em aventuras, alguns trouxeram louros, outros jamais voltaram,”³ e, foi de muitas dessas aventuras que resultaram mudanças na própria história da humanidade.

A princípio, o mar era visto apenas pelo aspecto pesqueiro, com o tempo e com os avanços tecnológicos alcançados passou a ser visto também com interesses econômicos de exploração de seus recursos minerais e energéticos, principalmente os localizados na plataforma continental. Isso fez com que o Direito do Mar fosse, em todas as épocas, alvo de especial atenção por parte das soberanias e que fossem criadas, em momentos históricos diferentes, teorias que legitimassem o uso e fruição do espaço pelo ser humano.

1 Pós-Doutor em Estudos Culturais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade de Barcelona, Doutor em Direito do Estado, Professor Titular da PUCPR, Professor da UniBrasil, Mestrado, Professor do curso de direito da FACINTER.

2 Graduanda em Direito pela FACINTER e pesquisadora do Programa de Iniciação Científica, sob a orientação do Professor Eduardo Biacchi Gomes.

3 CANTARELLI, Margarida de Oliveira. O território do estado e a gradação da soberania. Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 1, p. 103-135, jan. 2001. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28101>>. Acesso em: 02. mar. 2010. p. 108.

As normas referentes ao direito do mar tiveram origem costumeira, consolidando-se ao longo do tempo pela prática reiterada, com consciência de sua obrigatoriedade. No século XX, com o advento das Nações Unidas, surgiram as primeiras iniciativas no sentido de codificar suas normas, com o objetivo de garantir mais segurança jurídica e facilitar sua aplicação em âmbito internacional.

Estabeleceram-se diversos tratados e convenções em prol de uma sistematização do direito do mar, porém, sem muito sucesso. Até que, no ano de 1982, com a aprovação da Convenção das Nações Unidas de Montego Bay sobre o Direito do Mar, de certa forma, alcançou-se a almejada regulamentação. Não por acaso, mas em uma época em que os interesses pelo mar eram crescentes devido a escassez de fontes de matérias primas em terra promovendo com isso a procura de novos recursos, o que levou os Estados e toda a comunidade internacional a se debruçar sobre o assunto.

As conferências para a regulamentação do direito do mar resultaram da conjunção de vários fatores – progressos tecnológicos (que permitiram explorar os recursos marinhos até poucas décadas desconhecidos), as transformações políticas traduzidas na vontade dos Estados em desenvolvimento, de dispor de um quadro jurídico favorável a uma distribuição mais justa de oportunidades de exploração e utilização dos oceanos, dos seus recursos e do acesso aos benefícios econômicos e sociais inerentes.

Nos dias atuais a soberania sobre o espaço marítimo representa uma garantia da prosperidade econômica e da consequente influência política ainda mais se consideradas as recentes descobertas do pré-sal. Daí resulta a precipitação dos Estados para delimitar suas áreas.

A Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar de Montego Bay (1982) definiu parâmetros para a definição dos limites de cada Estado sobre os espaços marítimos estabelecendo, inclusive, alguns princípios a ser observados nos casos de costas marítimas opostas ou adjacentes, um dos maiores problemas no que tange a delimitação dos espaços marítimos internacionais.

Todavia, ao observar-se a prática internacional, percebe-se que, apesar de uma convenção internacional regulamentando a matéria, o direito da delimitação marítima não se mostra instável nos métodos e critérios adotados, pois a prática internacional e decisões dos órgãos internacionais competentes para resolver conflitos sobre a matéria, em especial a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça (CIJ), são claramente distintas, adaptadas em cada caso concreto,

levando, inclusive, Weil⁴ a fazer a observação de que “o debate sobre o conceito de delimitação marítima mantém-se praticamente não formulado”.

Essa problemática pode ser analisada como tendo origens históricas, da evolução do tratamento dado ao espaço marítimo pelos Estados soberanos. Em razão disso, neste estudo, buscar-se-á desenvolver alguns aspectos históricos do domínio sobre o mar, desde as primeiras tentativas de apropriação, ainda no Império Romano, com a teoria *mare nostrum*, retomadas com a formação dos primeiros Estados Modernos (século XIV) e o surgimento da teoria *mare liberum*, até os dias atuais, onde os interesses não se revelam apenas na navegação e pesca de outrora, mas também nos recursos naturais do fundo do mar.

O estudo dedica-se também à análise da pretensa regulamentação dos limites da jurisdição dos Estados sobre o espaço marítimo pelas Convenções das Nações Unidas, em especial a 3ª Convenção (1982), e, por isso, serão brevemente abordados a conceituação e os limites de cada Estado sobre o espaço marítimo.

Outrossim, considerando a importância da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça (CIJ) para a interpretação, aplicação e até mesmo para a definição de regras de direito internacional sobre o tema, buscar-se-á fazer um paralelo com a jurisprudência sobre delimitação marítima, onde se encontrem presentes elementos definidores do conceito jurídico de delimitação, os limites e os métodos utilizados a fim de analisar a evolução na aplicação do instituto e os problemas envolvendo a questão da posição e as projeções das costas e outras circunstâncias relevantes.

Por fim, conclui-se o estudo com considerações acerca da importância do julgamento racional dos juizes e árbitros nos casos de delimitação marítima e, principalmente, o papel dos Estados, em razão da prerrogativa de delimitação de suas fronteiras por meio de acordo, na afirmação da justiça e igualdade internacional em um cenário de forte dependência aos interesses geopolíticos.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DO MAR

A preocupação de instituir um regime jurídico ao mar remonta da antiguidade⁵, existindo relatos históricos de que na Antiga Grécia de aproximadamente

4 In BONDAR-ALMODOVAR Irina. Zone economique exclusive: problemes de creation ET de delimitation. 2009. p. 6. Disponível em: <http://www.cdmt.droit.univ-cezanne.fr/les-memoires/maritimeterrestre.html>. Acesso em: 10/05/2011.

5 As primeiras regras escritas que se têm conhecimento a respeito do direito do mar são: o Código de Hamurabi, na Babilônia, no séc. XXII a. C. o Código de Manu, dos hindus séc. XIII a. C. e a Lei Ródia e o Corpus Iuris Civilis, em Roma.

400 a. C. já se admitia a propriedade de pequenas faixas de mar próximas à costa⁶. Contudo, as primeiras normativas atinentes ao Direito do Mar, só surgiram no Império Romano, século III a. C., com a declaração “*Mare Nostrum*”, referente ao domínio marítimo romano no Mediterrâneo, que além de “refletir a soberania do poder militar romano, também era uma forma de repressão à pirataria e proteção à navegação”⁷.

A disputa real pelo domínio marítimo se iniciou com o surgimento dos primeiros Estados organizados no séc XV, em fins da Idade Média e início da Idade Moderna, em razão de várias cidades marítimas da Itália terem prosperado com o comércio e, com isso, ter surgido a necessidade de se estabelecer uma base legal para o exercício de suas autoridades sobre o mar. Elaboram-se, então, várias regras atinentes ao direito marítimo, justificadas pela doutrina *mare clausum*, defendidas pelas grandes potências marítimas da época, a qual garantia o direito de navegar como decorrente do poderio particular dos príncipes. “Quem podia construir navios mercantes em grande número e protegê-los eficazmente em todas as circunstâncias, tinha uma espécie de direito adquirido à exploração das vias marítimas.”⁸

Dessa forma, as cidades italianas com suas proclamações, dominaram a mar interno europeu, fazendo com que países como Espanha e Portugal, pressionados por suas precisões comerciais, pelo âmagio da difusão da fé cristã e pela necessidade de expansão territorial, buscassem navegar por outros mares para alcançar as Índias. Fato, aliás, que deu origem às expansões marítimas permitindo um avanço para o mundo com a descoberta da América em fins do séc. XV e de outras regiões até então desconhecidas pelo homem ocidental.

O Tratado de Tordesilhas, 1494, proclamado logo após as descobertas hispano-ibéricas, buscou não apenas delimitar os limites de soberania entre Portugal e Espanha, mas também, afirmar seus domínios sobre o mar frente aos outros Estados, designando a soberania de Portugal sobre o Índico e o Atlântico Sul e, da Espanha sobre o Pacífico e o Atlântico Norte, particularmente no Golfo do México.⁹

Essas iniciativas unilaterais, tanto das cidades italianas quanto as hispano-ibéricas, acabaram atingindo e prejudicando algumas nações que ainda não haviam afirmado sua soberania sobre o mar e que também começaram a adquirir

6 MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Curso de direito internacional publico. 14. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 2 v. p. 1140.

7 Idem. p. 1140.

8 CAUBET, Christian. Fundamentos político-econômicos de apropriação dos fundos marinhos. Florianópolis: UFSC, 1979. p. 21.

9 MARTINS, Eliane Maria Octaviano. Curso de direito marítimo. 3. ed. rev., ampl. e atual. Barueri, SP: Manole, 2008. p. 46.

tecnologias de navegação, mas, ao tentarem usá-las, perceberam que tinham chegado tarde, pois quase tudo já estava “dominado”¹⁰.

É neste contexto que germinou a ideia de que os mares deveriam ser livres e abertos a todos. A tese da liberdade dos mares aparece em 1609, ano em que foi publicada uma obra de Hugo Grótius¹¹ defendendo a tese *Mare Liberum*, que pode ser entendida como uma liberdade de navegação em alto-mar para o trânsito, o comércio e para a pesca: *ius communicationis*, *ius mercaturae* e *ius piscandi*,¹² contestando a teoria do *mare clausum*, citada anteriormente. O argumento de Grócio era o de que a liberdade dos mares é um aspecto primordial na comunicação entre os povos e nações, nenhum país poderia monopolizar o controle do oceano, dada sua imensidade e falta de limites estabelecidos.

Um fato marcante para o nascimento da teoria de Grótius aconteceu no início do sec. XVII, quando a República das Províncias Unidas (atual Holanda) buscou a conquista de sua independência contra as pretensões do rei da Espanha, Felipe II. Como o reino de Portugal estava reunido à coroa espanhola, a Holanda também se encontrava em conflito com Portugal, embora de maneira indireta. Uma das razões que motivaram a revolta holandesa é que ela não aceitava a proibição, estabelecida por Felipe II, de praticar o comércio marítimo nos mares que este monarca considerava como privativo dos espanhóis.¹³ Se os países pudessem legitimamente governar e dominar os mares, os holandeses estariam impedidos de navegar às Índias Ocidentais.

A tese de Grótius contesta o domínio marítimo como um patrimônio de quem “chegasse primeiro”, negando a existência de um direito de propriedade e afirmando que nem os Hispânicos (portugueses ou espanhóis) nem qualquer outra nação poderiam proibir aos holandeses o acesso às Índias Orientais, pois, esta proibição violaria o *ius communicationis* (direito de comunicação), imprescindível na ordem internacional.

O primeiro resultado das discussões doutrinárias e diplomáticas provocadas

10 São exemplos a Holanda e os Países Baixos que só se tornaram Estados organizados mais tarde.

11 A obra mencionada é “*De Jure Praedae*”, escrita em 1604 e 1605, trata como diz seu título, do direito de presa. Como afirma Mello, surgiu de uma consulta da diretoria da Companhia das Índias, que versava sobre a legitimidade do apresamento de um navio português, Santa Gatatina, no Estreito de Málaca. “*De Mare Liberum*” (1609) é um capítulo da referida obra. (p. 169)

12 A liberdade almejada por Grótius se fundava em quatro sentidos, segundo SÓRIA (p. 6): (1) navegação pacífica e segura, livre das depredações dos piratas que assolavam o mediterrâneo; (2) oposição ao monopólio oceânico de certas potências; (3) liberdade de comércio dos países neutros em tempo de guerra entre outras nações; (4) o fim do limite às forças navais marítimas, em proporção ao poder real de cada um.

13 CAUBET, Christian. op. cit. p. 21.

pelo assunto foi o reconhecimento do princípio da liberdade de navegação marítima. Surge a tendência de fixar os limites do território marítimo em função da capacidade singular de cada Estado, em detrimento dos métodos baseados na prefixação arbitrária desses limites, mas sempre respeitando o direito de navegação e comércio sobre o mar, que era de todos.

Justificado na necessidade de proteção do território nacional, passou a ser defendido pelos Estados o estabelecimento de uma faixa de mar adjacente à costa sob soberania do Estado costeiro, pois com a utilização da pólvora como arma, ampliava-se a capacidade de ataques vindos do mar, contra as cidades litorâneas.¹⁴

Determinou-se então, embora não de forma unânime e nem obrigatória¹⁵, sua extensão como sendo a do tiro do canhão¹⁶, medida equivalente à aproximadamente três milhas.¹⁷ Foi dessa forma que surgiu a noção de mar territorial, sendo, portanto, uma criação do direito sem necessariamente corresponder a uma noção geográfica, levando Celso Albuquerque de Mello a defini-lo como o “mar dos juristas”.¹⁸

De forma geral, o direito do mar em sua história sempre fora regido por normas consuetudinárias, advindas das necessidades e dos costumes dos povos de cada época. Como assevera FIORATI¹⁹, foi somente no século XIX²⁰ que teve início o Processo de Codificação envolvendo os mares. Em 1930, na Conferência de Haia convocada pela Sociedade das Nações, com 33 Estados participantes, se tentou

14 CANTARELLI, Margarida. op. cit. p.110

15 Os Estados escandinavos fixaram a extensão do seu mar territorial em 4 milhas marítimas, a Rússia, firmou sua preferência por uma distancia de 12 milhas. Ver caso das pescas norueguesas: CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Caso de las Pesquerias. Fallo de 18 diciembre de 1951. p. 129-130. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/summary.php>.

16 Este limite de três milhas penetrou lentamente no direito positivo, sendo inicialmente aplicado às presas marítimas somente. O primeiro país a adotá-la foi os EUA. Em 1818, o Tratado de Gand, entre os EUA e a Inglaterra, foi o primeiro tratado a adotar o limite de três milhas a respeito da zona de pesca reservada aos nacionais. O tiro do canhão surge para determinar um limite de neutralidade marítima. Além do interesse pela pesca era, acima de tudo, uma zona de segurança marítima. (MELLO.op. cit. p. 1.184)

17 Uma milha náutica equivale a 1.853m.

18 MELLO, Celso Albuquerque. op. cit.p.

19 FIORATI, Jete Jane. A disciplina jurídica dos espaços marítimos nas Convenções das nações Unidas sobre direito do mar de 1982 e na jurisprudência internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 12.

20 Com o acaso do Direito Natural e o desenvolvimento do Positivismo Jurídico, que em Direito Internacional denominou-se Voluntarismo, consubstanciando-se no livre consentimento sobre o qual se assenta a absoluta igualdade jurídica dos Estados. Para os voluntaristas, o Direito Internacional se compõe de normas criadas pelo livre consentimento entre as partes, derivando-se principalmente de duas fontes: os Tratados e os costumes. Contudo neste século (XIX), seja pelo legado positivista, ou seja pela sua evidente estabilidade em relação ao costume, os tratados reinam incontestemente como a principal fonte do Direito Internacional, representando o triunfo das codificações sobre o Direito Costumeiro e o Direito Natural. (FIORATI. op. cit. p 9).

elaborar uma normativa escrita, de âmbito internacional sobre o Direito do Mar, todavia, não se chegou a nenhuma convenção²¹.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial (1945), o desenvolvimento econômico, impulsionado pela evolução tecnológica, despertou novos aspectos do direito do mar, consolidando-o não só como via de transporte ou como fonte de alimentos, mas, principalmente, como grande gerador de riquezas, fonte de matérias-primas minerais e energéticas como o petróleo, fator estrategicamente relevante para o país que o detém.

Em decorrência deste cenário, surgiu o interesse por parte dos Estados em incorporar maior parcela do espaço marítimo aos seus domínios, reivindicando maior jurisdição sobre esse espaço²². A força das armas nesta época já ultrapassava a distância de três milhas fixadas anteriormente para o mar territorial e o aproveitamento econômico dos recursos naturais do mar abria novas opções para o desenvolvimento dos Estados costeiros.²³

Como não existia nenhuma legislação internacional referente ao assunto, que pudesse ser aplicada a todos, os Estados começaram unilateralmente delimitar suas áreas marítimas de domínio. Os primeiros foram os EUA, em 1945, quando o presidente Harry Truman por meio da “Proclamação Truman”²⁴ decretou a jurisdição e o controle do governo norte-americano sobre os recursos naturais existentes na plataforma continental.

“A Proclamação Truman considerava que a demanda em torno do petróleo e minerais e o avanço da tecnologia, que permitia a futura exploração dos recursos, geravam a necessidade de estabelecer a conservação desses recursos, o que deveria caber à jurisdição do Estado costeiro. Não pleiteava Truman a apropriação e a soberania sobre as áreas em que se encontravam esse recursos, tal qual ocorreria posteriormente com inúmeros Estados, dentre eles o Brasil”²⁵.

No ano de 1970, o governo brasileiro, por meio do Decreto-Lei n.º 1.098 de 25 de março de 1970, ampliou o seu mar territorial para 200 milhas marítimas.

Essa medida cobria toda a plataforma continental brasileira, chegando a

21 MARTINS, Eliane Maria Octaviano. op. cit. p. 47 e MELLO, Celso Albuquerque. op. cit.p. 1137.

22 MARTINS, Eliane Maria Octaviano. op. cit. p. 47.

23 CANTARELLI, Margarida. op. cit .p.110.

24 De acordo com esta proclamação, os Estados Unidos detinham a jurisdição e o controle sobre os recursos naturais existentes nas águas, solo e subsolo do mar da plataforma continental, considerada como um prolongamento da costa do Estado, consolidando assim a sua capacidade de explorar o petróleo e outros minerais de águas rasas.

25 FIORATI.op. cit. p. 29-30.

ultrapassá-la em alguns trechos do litoral. No entanto, sondagens da Petrobrás apresentaram um bom exemplo da estratégia das 200 milhas: com 12 de mar territorial o Brasil não teria maiores direitos sobre as jazidas. E, “parece mais ou menos lógico que companhias internacionais poderiam adquirir técnicas sofisticadas e aplicar sólidos investimentos na sua exploração, antes que o país tivesse condições de fazê-lo.”²⁶

Essa decisão foi calcada no fato de que não havia norma de Direito Internacional em vigor, convencional ou costumeira, que determinasse aos Estados a extensão limite de seu mar territorial. Prevaleceu segundo CARVALHO²⁷, no entender do governo, a opinião de que o Estado costeiro é livre para determinar a própria largura de sua fronteira marítima, dentro de limites razoáveis e atendendo a suas condições e interesses particulares.

Estes acontecimentos e tantos outros pelo mundo envolvendo o mar representaram um marco efetivo do despertar das nações para uma problemática, pois, como adverte BARACHO citando DALLARI,²⁸ mesmo que a prática da incorporação de uma faixa de mar ao território do Estado ribeirinho fosse reconhecida como justa e necessária:

“à medida que se ampliou as possibilidades de utilização do mar, de suas riquezas, do solo e do subsolo marítimos, o problema do relacionamento dos Estados litorâneos com o mar, sob o aspecto jurídico foi se tornando cada vez mais complexo, atingindo o ponto de extrema dificuldade, começando a influir seriamente nas relações internacionais.”

A operação de uma codificação impôs-se, desse modo, com uma urgência acrescida sob a influência de vários fatores. Cabe citar aqui o surgimento da globalização mundial, após a Segunda Grande Guerra Mundial, ampliando as relações comerciais entre os Estados e os apetites econômicos e territoriais suscitados pela perspectiva de valorização dos recursos energéticos, sobretudo minerais do solo e do subsolo marinhos²⁹.

²⁶ CARVALHO. 1999. p. 111.

²⁷ *Idem.* p. 111.

²⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Direito do mar. Belo Horizonte: Imprensa da UFME, 1979. p. 75.

²⁹ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. Direito internacional público. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003, p. 1191.

2. TENTATIVAS INTERNACIONAIS DE REGULAMENTAÇÃO DO ESPAÇO MARÍTIMO

Com o surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, o tema referente ao direito do mar passou a ser analisado pela Comissão de Direito Internacional. Houve três conferências organizadas pela ONU com o propósito de regulamentar o direito do mar.

Reunida em Genebra em 1958, a primeira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, resultou em quatro convenções: “Mar Territorial e Zona Contígua”; “Alto Mar”; “Pesca e Conservação dos Recursos do Alto Mar” e “Plataforma Continental”.³⁰ Estas convenções, no entanto, não obtiveram sucesso, pois, não se chegou a um acordo sobre qual seria a largura do mar territorial, o que levou à convocação dois anos mais tarde de uma Segunda Conferência, realizada em Genebra e também sem obter resultados consideráveis sobre o assunto³¹.

Novas negociações se iniciaram em 1973 na Terceira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM III), que durou nove anos e terminou em Montego Bay, na Jamaica, com a assinatura da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM III), em 10 de dezembro de 1982, conseguindo finalmente a normatização almejada. É também conhecida como Convenção de Montego Bay e considerada como sendo a Constituição do Mar³² (*The Law of the Sea*).

Sua estruturação foi feita em 320 artigos, distribuídos em dezessete partes e dez anexos, consagra a visão atual do direito do mar, instituindo coordenadas basilares a serem seguidas pelos Estados. Como bem ensina Cantarelli:

*“Trouxe inovações em matéria de direito do mar, consolidando costumes internacionais e textos esparsos, clarificou situações controversas, modernizou conceitos e, entre os muitos avanços, estabeleceu a largura máxima para o mar territorial em 12 milhas, criou a chamada zona econômica exclusiva, “área”, entre muitos outros pontos importantes.”*³³

30 Para mais informações, consultar: DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. Direito internacional público. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003. Pgs. 1.167 e 1.168 e CANTARELLI, Margarida. O Território do Estado e a Gradação de Soberania. p.112.

31 O Brasil não ratificou estas Convenções de Genebra, assim como a maior parte dos Estados da América Latina, que pouco depois, unilateralmente, estenderam para duzentas milhas a largura de seu mar territorial. (TCC p. 9).

32 MARTINS, Eliane Maria Octaviano. op. cit. p. 49.

33 CANTARELLI, Margarida. op. cit. p.110

A convenção reconheceu, ainda, o direito de cada Estado de explorar os recursos naturais encontrados em seu mar territorial, em sua zona econômica exclusiva e em sua plataforma continental, direito, todavia, limitado pelo dever geral de proteger e preservar o meio ambiente.³⁴

O novo quadro jurídico substituiu o princípio da liberdade dos mares, que eram abertos a utilização de qualquer Estado. Na prática, todavia, apenas um pequeno número de potências marítimas dispunha de meios materiais financeiros e humanos para neles navegar, pescar e mesmo guerrear.

O Brasil, com a Lei 8.617³⁵ de janeiro de 1993, ajustou suas normas e regras internas às da Convenção de Montego Bay, delimitando os espaços marítimos, os direitos e deveres, aos termos fixados internacionalmente, que passaram a integrar o ordenamento jurídico.

2.1 CONVENÇÃO DE MONTEGO BAY (1982) – DELIMITAÇÕES MARÍTIMAS

Neste documento, afirmaram-se algumas noções já definidas na CNUDM I e II, como o conceito de mar territorial e da plataforma continental, e, criaram-se outros, como a zona econômica exclusiva (ZEE), por exemplo.

Considerando a importância das definições e características dos institutos delimitadores do direito do mar referidos na Convenção de Montego Bay, a seguir são trazidas algumas considerações básicas destas:

Mar territorial - “é a extensão da soberania do Estado costeiro além de seu território e de suas águas interiores”³⁶. Sua noção já existia antes da convenção e seus aspectos foram comentados anteriormente quando se referiu aos aspectos históricos do Direito do Mar. O que a Convenção fez, foi delimitar sua largura como sendo a faixa de mar que se estende desde a linha de base até uma distância de no máximo 12 (doze) milhas marítimas, sobre o qual o Estado exerce sua soberania.

Nesta faixa o estado costeiro possui competências exclusivas do ponto de vista econômico e em matéria de defesa de seu território, integrando-se, neste sentido, o mar territorial ao território do Estado³⁷.

Esse domínio sobre o mar territorial é exercido em conformidade com a Convenção e as demais normas de Direito Internacional, com a ressalva de o

34 MARTINS, Eliane. op. cit. p. 50.

35 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8617.htm.

36 REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público: curso elementar. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 307.

37 MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque.op. cit. p. 1142.

Estado ter que respeitar o direito de terceiros, como o direito de passagem inocente³⁸.

Zona econômica Exclusiva: seu conceito jurídico constituiu uma das principais inovações trazidas pela CNUDM III³⁹. Estabeleceu-se devido à necessidade de criação de um meio para proteger os direitos dos estados costeiros relativamente à pesca e extração dos recursos vivos.⁴⁰ E, como adverte Cantarelli,⁴¹ foi criada como estratégia, pois com a fixação do mar territorial em 12 milhas, para não afastar das negociações e da Convenção aqueles Estados que anteriormente haviam ampliado o seu mar para 200 milhas.

De fato, na Convenção de Montego Bay, artigo 57º, a ZEE pode se estender até 200 milhas das linhas de base, correspondendo, dessa forma, em 188 milhas se consideradas as 12 milhas do mar territorial.

Apesar de o Estado costeiro possuir sobre esta zona direitos econômicos exclusivos, qualquer outro Estado goza do direito de navegação e sobrevôo, e ainda, possuem liberdade de instalação de cabos e dutos submarinos⁴².

Plataforma Continental: A plataforma continental é constituída por áreas submersas adjacentes à zona do mar territorial e compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além de seu mar territorial, em toda a extensão do prolongamento natural do seu território terrestre, até o bordo exterior da margem continental, ou até uma distância de 200 milhas marítimas das linhas de base a partir das quais se mede a largura do mar territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância.

A noção geográfica de plataforma continental já era conhecida há algum tempo, sabia-se que os continentes não caem abruptamente do litoral para as grandes profundidades oceânicas, as regiões abissais⁴³. Mesmo variando de região a região, o continente prolonga-se numa espécie de planície submarina, inclinando-se natural e gradualmente até uma profundidade média de 200 metros, onde se inicia o talude continental.⁴⁴

38 Idem. p. 1143.

39 MARTINS, Eliane Maria Octaviano. op. cit. p. 64.

40 Idem. p. 64.

41 CANTARELLI, Margarida. op. cit. p. 114.

42 MARTINS, Eliane Maria Octaviano. op. cit. p. 64.

43 MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. op. cit. p. 1.177.

44 Como ensina Alan Pellet, a plataforma continental estende-se muito desigualmente em torno dos continentes. Ela pode ter várias centenas de quilômetros de largura, como defronte das Guianas e em outros casos não cobrir senão um ou dois quilômetros ou mesmo não existir. É preciso notar também que existem plataformas insulares, que orlam as ilhas e que nem todas as plataformas são planas como a denominação sugere, pois nela também há relevos, chegando a parecer ilhas. (p. 1.208).

A Convenção permitiu, ainda, que os Estados costeiros pudessem apresentar, à Comissão de Limites da Plataforma Continental (CLPC) da CNUDM, os seus pleitos sobre o estabelecimento do limite exterior de suas Plataformas Continentais, além das 200 milhas marítimas, até um limite máximo de 350 milhas marítimas, a partir da linha de base da costa.⁴⁵

A plataforma continental assume relevante função de exploração de recursos econômicos, pois geralmente são extremamente ricas em recursos naturais suscetíveis ao aproveitamento.⁴⁶

A soberania incidente sobre a plataforma continental refere-se sobre o aproveitamento dos recursos situados nas suas águas, no seu solo e subsolo, notadamente recursos minerais e combustíveis fósseis como o petróleo e o gás natural. Para MARTINS, citando FIORATTI, a Convenção buscou utilizar o mínimo possível quaisquer critérios biológicos, geológicos ou geográficos ao definir a plataforma continental, tendo em vista consagrar um conceito jurídico autônomo.⁴⁷

Alto mar: corresponde às zonas marítimas que não estão sobre a jurisdição de nenhum Estado. São todas as partes não incluídas na ZEE, no mar territorial ou nas águas interiores de um Estado. É aberto a todos os Estados quer costeiros quer sem litoral, para utilização pacífica, sendo que nenhum Estado pode legitimamente pretender submeter qualquer parte do alto mar à sua soberania.⁴⁸

Área: É o fundo marinho, também livre da jurisdição dos Estados, sendo administrada pela Autoridade dos Fundos Marinhos, criada para este fim.

Dispõem a Convenção em seu Artigo 136º:

“A Área e seus recursos são patrimônio comum da humanidade”.

Como visto, dentre os espaços marítimos suscetíveis de jurisdição dos Estados, estão o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva (ZEE) e a plataforma continental. Nesse sentido a Convenção fornece os limites do domínio de cada Estado sobre essas áreas, estabelecendo apenas que a plataforma continental pode se estender além das 200 milhas, dependendo das circunstâncias

45 O Brasil depositou junto à ONU em 2004 o pedido de reconhecimento da extensão da plataforma continental brasileira para além das 200 milhas. O pedido brasileiro é fruto da LEPLAC (Plano de levantamento da Plataforma Continental Brasileira). Este levantamento justifica-se pelo Estado brasileiro pelo fato de não coincidirem o conceito geofísico da plataforma continental e o conceito jurídico estabelecido na Convenção.

46 MARTINS. Eliane.op. cit. p. 70.

47 Idem. p. 71.

48 Disposições gerais sobre o Alto Mar. CNUDM III. 1982. Artigos 86º, 87º, 88º e 89º.

do terreno⁴⁹.

Como regra geral, com base nas disposições da Convenção de Montego Bay, cada Estado delimita unilateralmente seu domínio, todavia, com a reserva da intervenção da Comissão de Limites e da obrigação de dar à sua decisão a publicidade requerida (Artigo. 84º). Contudo, isto é impossível no que diz respeito aos Estados cujas costas são adjacentes ou fazem face, questão que será abordada no próximo tópico.

2.2. DELIMITAÇÃO MARÍTIMA ENTRE ESTADOS COM COSTAS ADJACENTES OU LOCALIZADAS FRENTE A FRENTE

A exceção à delimitação unilateral dos domínios marítimos ocorre quando as costas dos Estados são adjacentes ou localizadas face a face. Nesse sentido, conforme ensina PELLET⁵⁰, a regra base disposta pela Convenção de Montego Bay encontra-se no art. 83º, que foi sistematizada nos seguintes termos pela Câmara da CIJ, chamada a pronunciar-se sobre delimitação da fronteira marítima do Golfo do Maine:

“Nenhuma delimitação marítima entre Estados cujas costas são adjacentes ou fazem face pode ser efetuada unilateralmente por um desses Estados. Essa delimitação deve ser procurada e realizada por meio de um acordo concretizado após uma negociação conduzida de boa-fé e com a intenção real de se obter um resultado positivo. No caso onde, entretanto, um tal acordo não seja realizável, a delimitação deve ser efetuada recorrendo a uma terceira instância dotada da competência necessária para o fazer.”

Os órgãos responsáveis para resolver as controvérsias referentes à interpretação ou aplicação da Convenção 1982, incluindo-se questões referentes à delimitação marítima encontram-se dispostos no artigo 287⁵¹ e dentre eles encontra-se

49 O art. 76º, I, diz que “a plataforma continental de um Estado costeiro compreende o leito e o subsolo das águas submarinas que se estendem além de seu mar territorial, em toda a extensão do prolongamento natural do seu território terrestre, até o bordo exterior da margem continental, ou até uma distância de 200 milhas marítimas das linhas de base a partir das quais se mede a largura do mar territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja esta distância”.

50 DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. op. cit. p. 1.211.

51 “Um Estado ao assinar ou ratificar a presente Convenção ou a ela aderir, ou em qualquer momento ulterior, pode escolher livremente, por meio de declaração escrita, um ou mais dos seguintes meios para a solução das controvérsias relativas à interpretação ou aplicação da presente Convenção:

- a) o Tribunal Internacional do Direito do Mar estabelecido de conformidade com o Anexo II;
- b) a Corte Internacional de Justiça;
- c) um tribunal arbitral constituído de conformidade com o Anexo VII;
- d) um tribunal arbitral especial constituído de conformidade com o Anexo VIII, para uma ou mais das categorias de controvérsias especificadas no referido Anexo.”

a Corte Internacional de Justiça. As decisões proferidas pelos órgãos competentes possuem, nos termos do artigo 296, caráter definitivo e força obrigatória, devendo ser cumpridas por todas as partes na controvérsia. Todavia, a decisão não tem força obrigatória senão para as partes na controvérsia e no que se refere a essa mesma controvérsia.

Para a realização da delimitação marítima com costas adjacentes ou localizadas frente a frente, a Convenção de Montego Bay fornece algumas diretrizes.

No que tange a delimitação do mar territorial, estabeleceu no artigo 15º, que aplica-se, na falta de um acordo entre as partes, o princípio da equidistância.

“Quando as costas de dois Estados são adjacentes ou fazem face, nem um nem outro desses Estados está no direito, salvo acordo em contrário entre eles, de alargar o seu mar territorial para lá da linha mediana cujos pontos são todos equidistantes dos pontos mais próximos das linhas de base a partir dos quais é medida a largura do mar territorial de cada um dos dois Estados”.

Como critério, o princípio da equidistância, pauta-se nas idéias de divisão e de partilha e no princípio da parte justa e equitativa⁵², sempre que uma mesma faixa marítima fosse adjacente a diversos Estados, por-se-ia um problema de partilha ou divisão. Tratar-se-ia de um problema de justiça distributiva, devendo a divisão respeitar a igualdade entre os Estados e fazer-se mediante a atribuição a cada um de uma parte justa e equitativa⁵³.

Conforme ensina PELLET⁵⁴, a equidistância tem o mérito da simplicidade, e apenas consegue realizar uma divisão igualitária entre os Estados quando não existirem distorções causadas pelas particularidades da costa. Por isso, aplica-se ao mar territorial, uma vez que, sendo uma área costeira, como regra geral, o terreno não apresenta muitas irregularidades naturais. Todavia, o mesmo não se pode afirmar quando se adentra mais ao oceano, atingindo as áreas definidas como plataforma continental e zona econômica exclusiva, onde as disparidades do terreno são consideravelmente ampliadas.

Cumprе destacar que a Convenção de 1958 já havia definido a aplicação do princípio da equidistância na delimitação do mar territorial e o estendia também à plataforma continental e à zona econômica exclusiva.

52 TELES. Miguel Galvão. Espaços marítimos, delimitação e colisão de direitos. Disponível em: www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/81.pdf. Acesso em: 05/05/2011.

53 Idem.

54 DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. op. cit. p. 1191.

O princípio da equidistância, no que se refere especificamente à plataforma continental e à zona econômica exclusiva não possuía caráter consuetudinário, fato que fez com que a Corte Internacional de Justiça, na solução do caso Mar do Norte⁵⁵, deixou de aplicá-lo entendendo que o método da equidistância não era obrigatório entre as partes.

Considerou ainda, no mesmo acórdão, que não havia a obrigatoriedade de aplicação de um único método considerando que a delimitação deveria ser efetuada por acordo entre as partes, segundo o princípio de equidade e levando em consideração todas as circunstâncias relevantes, de modo que permaneça com cada parte, tanto quanto possível, a porção de plataforma continental que constitua um prolongamento natural do seu território sem ultrapassar os limites uns dos outros e que sendo formadas áreas de interseção de domínio que estas sejam exploradas em conjunto ou igualitariamente divididas.

O posicionamento da Corte Internacional no sentido de relativização da aplicação do princípio da equidistância para delimitar áreas marítimas colaborou para que a Convenção de 1982 abandonasse o modelo para a delimitação da plataforma continental e da zona econômica exclusiva, limitando-se apenas em determinar a procura de uma solução equitativa na delimitação.

Na delimitação da Zona Econômica Exclusiva a Convenção de 1982, a fim de evitar controvérsias nascidas da aparente rigidez da fórmula utilizada na Convenção de 1948, adotou no art. 74, I, a seguinte regra:

“A delimitação da zona econômica exclusiva entre Estados com costas adjacentes ou situadas frente a frente deve ser feita por acordo, de conformidade com o direito internacional, a que se faz referência no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, a fim de se chegar a uma solução equitativa.”

O mesmo procedimento é utilizado no que se refere à delimitação da plataforma continental entre Estados com costas adjacentes ou situadas frente a frente, conforme se infere do artigo 83º da Convenção de 1982⁵⁶.

A partir de então, a Corte Internacional de Justiça, conforme se depreende de sua jurisprudência, nos casos envolvendo a delimitação da plataforma continental

55 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. **Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte**. Fallo de 20 febrero de 1969. p. 100-103. Disponível em: http://www.icjci.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf.

56 Art. 83º: *“A delimitação da plataforma continental entre Estados com costas adjacentes ou situadas frente a frente deve ser feita por acordo, de conformidade com o direito internacional a que se faz referência no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, a fim de se chegar a uma solução equitativa.”*

e a zona econômica exclusiva, buscou fazer uma interpretação sistemática do princípio da equidistância da Convenção de 1958 com os demais princípios do direito internacional e com os objetivos da Convenção de Montego Bay, (1982), na qual associou-os às circunstâncias especiais a fim de se alcançar uma solução equitativa, obtida na base da consideração de todas as circunstâncias relevantes do caso concreto⁵⁷.

Como exemplo desse método adotado pela CIJ é o caso entre Dinamarca e Noruega⁵⁸ referente à delimitação da zona marítima entre Groelândia e Jan Mayen, onde a Corte decidiu que o princípio da equidistância não poderia ser interpretado e aplicado sem referência ao direito costumeiro da matéria ou sem levar em conta o fato de que uma delimitação da zona de pesca também estava em causa na região. Depois de examinar a jurisprudência neste campo e as disposições da Convenção de 1982, a Corte observou que a indicação (naquelas disposições) de uma solução equitativa para qualquer processo de delimitação refletia as exigências do direito costumeiro quanto à delimitação tanto da plataforma continental quanto das zonas econômicas exclusivas.

No mesmo acórdão, precisou que as circunstâncias especiais manifestam-se como circunstâncias suscetíveis de modificar o resultado produzido por uma aplicação automática do princípio da equidistância e as assimilou às circunstâncias pertinentes que constituem a diretiva consuetudinária geral⁵⁹.

Em outro caso de delimitação, onde estavam envolvidos o Canadá e os EUA sobre a delimitação da fronteira marítima que divide as zonas de pesca e as zonas de plataforma continental entre os dois países ao longo da costa atlântica do Golfo do Maine⁶⁰, a Corte decidiu que no que se referia aos critérios e métodos capazes de assegurar um resultado equitativo, estes deveriam ser buscados não no direito internacional costumeiro, mas no direito internacional particular.

Nesse sentido, passou a examinar o que previa a Convenção sobre Plataforma Continental de 1958 em seu artigo 6º (linha mediana no caso de costas opostas, linha equidistante lateral em caso de costas adjacentes) e indicou que uma obrigação

57 TELES. op. cit. p. 621.

58 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Caso relativo a la delimitación marítima de la zona situada entre Groelândia y Jan Mayen (Dinamarca contra Noruega). Fallo de 14 junio de 1993. p. 56-64. Disponível em: http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1992-1996.pdf.

59 DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. op. cit. p. 1212.

60 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Caso relativo a delimitacion de la frontera marítima em la región del Golfo de Maine. Fallo de 12 octubre de 1984. p. 177-187. Disponível em: http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf.

convencional, tratando da delimitação da plataforma continental, não poderia ser estendida a um domínio diferente, como é o caso da massa de água sobrejacente (zonas de pesca) e, concluiu que as disposições do artigo 6º de 1958, mesmo estando em vigor entre as partes, não comportavam para elas ou para a Câmara uma obrigação jurídica de aplicá-las à delimitação atual⁶¹.

No mesmo sentido é o caso da delimitação marítima e das questões territoriais entre Qatar e Bahrein⁶², no qual o Qatar interpôs pedido contra Bahrein, em 08/07/1991, referente a disputas de soberania sobre as Ilhas Hawar, os bancos de areia Dibal e Qit'at Jaradah e sobre a delimitação das áreas marítimas entre os dois Estados. No que diz respeito à delimitação das áreas marítimas, após estudar os relatórios dos peritos, a Corte entendeu por melhor que a fronteira entre os dois países fosse definida tendo como base um ponto situado a noroeste de Fasht al Dibal, uma vez que esta se mostrou a forma mais equânime de traçar uma linha limítrofe entre os dois Estados.

Nesse julgado a CIJ observou “que o conceito de limite marítimo único não deriva do direito convencional multilateral, mas da prática estatal e que se explica pelas promessas dos Estados de estabelecer um limite ininterrupto único delimitando as diferentes zonas marítimas⁶³”.

O princípio da equidistância, com efeito, não se aplica se existem circunstâncias especiais. A convenção não enumera essas circunstâncias, mas as mesmas resultam da prática e consistem nomeadamente na presença de ilhas ou canais navegáveis ou numa forte concavidade da costa⁶⁴:

*“O sistema equidistância/circunstâncias especiais foi interpretado pela jurisprudência como estando muito próximo do recurso aos princípios equitativos de delimitação. “a regra combinando equidistância/circunstâncias especiais constitui a expressão de uma norma geral segundo a qual o limite entre Estados (...) deve, na ausência de acordo, ser determinado por princípios equitativos.”*⁶⁵

Importante citar também o recente julgado da CIJ na Delimitação Marítima

61 Idem. Parágrafos 113 ao 163.

62 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar contra Bahrein) (cuestiones de fondo). Fallo de 16 de marzo de 2001. p. 172-200. Disponível em: http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1997-2002.pdf.

63 Idem. § 173.

64 Idem.

65 MELO. Op. cit. p. 1.190.

no Mar Negro⁶⁶ em que a Romênia apresentou pedido à Corte contra a Ucrânia, em 16/09/2004, a fim de delimitar a plataforma continental e a zona econômica exclusiva de ambos os Estados no Mar Negro.

As partes, depois da assinatura de Tratado de Boa Vizinhança e Cooperação datado de 02/06/1997 tentaram, após vinte e quatro reuniões fracassadas, chegar a um acordo sobre como traçar uma linha delimitatória dos seus territórios no Mar Negro. Foram apresentadas por ambas razões geográficas e históricas para delimitação da fronteira a partir das características de suas costas e a partir de ponto específico previamente acordado por meio de Tratado de 2003.

O resultado desse caso foi, ao contrário dos demais, que a Corte aceitou o ponto inicial oferecido pelas partes e estabeleceu a linha de equidistância entre os dois Estados, observando todas as circunstâncias relevantes do caso, a fim de não gerar divisão desproporcional, conforme trecho do julgado, abaixo transcrito:

“O Tribunal considera que a linha de delimitação segue a linha de equidistância em direção ao sul até o ponto além do qual os interesses de Estados terceiros possam ser afetados”.

Dessa forma, para realizar a delimitação de territórios marítimos, a Corte Internacional de Justiça não segue uma única regra, mas toma como referência critérios equitativos/circunstâncias pertinentes, que é adaptado caso a caso. Esse sistema possui ampla e consolidada jurisprudência tanto arbitral como judicial constituída tanto nos assuntos clássicos como o mencionado da Plataforma do Mar do Norte, do Golfo do Maine, da Plataforma Continental entre Líbia e Malta, dentre outros mais modernos como o de Jan Mayen.

Para a CIJ “*os princípios estão subordinados aos objetivos a atingir. A equidade de um princípio deve ser apreciada segundo a utilidade que apresente para alcançar um resultado equitativo*” (Tunísia/Líbia⁶⁷). “*A convenção fixa o objetivo a atingir, mas ela é omissa sobre o método a seguir para o alcançar. Ela se limita a enunciar uma norma e deixa aos Estados ou ao juiz o cuidado de lhe dar*

66 Data do julgamento: 03/03/2009 - Romênia - Ucrânia - Direito marítimo - Linha de equidistância - Pontos bases - Costas - Azimute - Plataforma continental - Zona de comércio exclusivo - Metodologia de delimitação - Linha de Equidistância provisória - Circunstâncias relevantes - Desproporção entre as distâncias das costas - Mar Negro - Concessão de gás - Zona pesqueira - Atividade pesqueira - Patrulha naval - Linha de delimitação - Teste de desproporcionalidade. Legislação citada: Estatuto da CIJ (arts. 31, 40, §§ 2º e 3º, 41, 53, 63), Regras da Corte da CIJ (art s. 53, 56), Convenção das Nações Unidas sobre Direito Marítimo (arts. 74 a 83). A íntegra da decisão encontra-se disponível em: <http://www.icjcij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=95&case=132&code=ru&p3=4>.

67 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Caso relativo a la plataforma continental (Tunez contra la Jamahiriya arabe Líbia. Fallo de 24 de febrero de 1982. p. 59. Disponível em: http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf.

um conteúdo preciso” (Líbia/Malta⁶⁸).

Considera-se que a equidade deve ser baseada em regras e princípios gerais com as suas adaptações e ajustes “para as realidades e circunstâncias do caso”. Presumivelmente, em circunstâncias particulares, a linha pode ser estabelecida, porém, somente em conformidade com os princípios de justiça e razoabilidade, sem a aplicação de nenhuma regra obrigatória⁶⁹. Em sucessivas decisões, o Tribunal continuou a desenvolver a idéia de princípios equitativos dizendo que eles resultam de “normas jurídicas” visando “remodelar ou a corrigir as desigualdades da natureza”⁷⁰.

Daqui resulta que não existem na matéria regras gerais aplicáveis, cada caso é um *unicum* e deve ser regulado em função de circunstâncias próprias, o que confere ao juiz ou ao árbitro, quando são solicitados, uma larga faculdade de apreciação inevitavelmente subjetiva⁷¹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na tentativa de combater as dificuldades e incertezas na delimitação do espaço marítimo os Estados procuram na codificação do direito consuetudinário uma maior segurança jurídica. Esse processo em direito internacional é uma operação de conversão de regras consuetudinárias num corpo de regras escritas, sistematicamente agrupadas que representam a formulação mais exata e a sistematização das regras de direito internacional nos domínios em que já existe uma prática estatal conseqüente, precedentes e opiniões doutrinárias.

O desenvolvimento do direito internacional como um todo e do direito do mar em especial, é uma operação de afirmação e de consagração de regras novas com base no direito existente decorrente da prática internacional.

Todavia, a Corte Internacional de Justiça e a prática estatal internacional perceberam que a falta de flexibilidade na aplicação estrita das equidistância poderia levar a um bloqueio nos processos de delimitação⁷². Este foi o primeiro passo em direção a adoção dos princípios equitativos com base nas circunstancias especiais, justificados no alcance de um resultado justo (caso da plataforma continental entre a Tunísia e a Líbia (1982)), fato que determinou que a Convenção de Montego

68 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Caso relativo a la plataforma continental (Jamahiriya arabe Líbia contra Malta. Fallo de 03 de junio de 1985. p. 30. Disponível em: http://www.icjci.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf.

69 DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. Op. cit. p. 1.213.

70 TELES. op. cit. p. 624.

71 Idem. 1.213.

72 TELES. op. cit. p. 624.

Bay deixasse as regras de delimitação marítima mais abertas, apenas determinando a busca de um resultado equitativo.

Isso pode ser atribuído ao fato da impossibilidade de generalizar a aplicação dos princípios e regras delimitadoras do espaço marítimo, onde a delimitação se dá, como visto, na maioria dos casos, mediante acordo entre os Estados interessados. Os acordos, desta forma, são mais do que uma prática eventual, já que correspondem à adoção de obrigação geral de solução pacífica de controvérsias pelo direito particular de delimitação, ordenando que as negociações se dêem de boa-fé com o intuito de se alcançar uma solução.

A Conferência de Montego Bay contou com a participação de 164 Estados, dos quais, de início, 117 assinaram sua convenção. Percebe-se, dessa forma, o grande volume de opiniões diferentes colocadas no momento da elaboração desta, sendo lógico pensar que a convenção não haveria de ser um documento programático ou analítico, dispondo de forma objetiva todos os pontos a serem seguidos, mas sim um documento formado por princípios, ou melhor, uma Carta Negativa, traçando os fundamentos justos e comuns a todas as partes sobre a delimitação e uso do mar⁷³.

A Convenção, como cita a maioria da doutrina, foi produto da positivação da prática internacional sobre o tema. A regra costumeira corresponde a um equilíbrio das forças internacionais em presença em um dado momento, a uma confrontação dos sujeitos de direito sobre um problema internacional.

A formação das regras de direito internacional se efetivam após uma tomada de consciência jurídica coletiva da necessidade social. Somente esta explicação permite fundamentar a validade *erga omnes* dos costumes gerais, permitindo as evoluções indispensáveis⁷⁴. Porém é necessário ter em mente que a positivação não distorce a realidade das diferenças de poder entre sujeitos de Direito Internacional, pois é completamente compatível com o fato da maioria silenciosa os Estados frequentemente inclinar-se perante a análise das necessidades sociais proposta pelas grandes potências.⁷⁵

Almeida Nascimento ensina que a existência da norma consuetudinária se

73 Como Adverte FIORATI, o processo de elaboração das normas convencionais foi inédito e inovador no âmbito da ONU, utilizando-se de forma inédita de métodos diversos, uma vez que nunca fora objeto de convenção questão que agrupasse tantos interesses e grupos divergentes e trouxesse tanta interpenetração entre fatores políticos, econômicos, sociais, culturais, tecnológicos, geográficos e geopolíticos no âmbito jurídico internacional. (p. 55).

74 MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Curso de direito internacional público. 14. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 1 v. p. 83.

75 DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. Direito internacional público. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003, p. 330.

atesta pela reunião, acumulativa e convergente de dois elementos: a prática geral e a *opinio iuris*.⁷⁶ Esta prática consiste na “repetição juridicamente relevante de uma determinada conduta por parte dos sujeitos do ordenamento internacional”. A coerência e uniformidade são condições de existência para que uma norma passe a ser considerada como consuetudinária.⁷⁷

A difusão das normas de um tratado como a Convenção de Montego Bay sobre o direito do mar depende de sua confirmação pela prática estatal e do apoio que lhe for dado doutrinariamente, o motivo inicial pode ser posto em causa, à medida que se vai esbatendo a recordação das considerações diplomáticas na base do *package deal* e que os Estados particularmente interessados não estão já artificialmente colocados em pé de igualdade com os outros Estados. Existem convenções natimortas como existem leis natimortas em direito interno.

Da análise da jurisprudência, verifica-se que ela nos dá o método de “*ex aequo et bono* – adequação às circunstâncias relevantes”⁷⁸ que permite alcançar uma “solução justa”, como exigido pela Convenção de 1982.

Dentre as circunstâncias relevantes para a definição do que será aplicado na delimitação das fronteiras marítimas encontramos dois grupos: fatores geográficos e econômico-políticos, circunstâncias estas que variam conforme o período histórico, conforme visto no primeiro tópico.

Com efeito, a prática dos Estados é essencial para a definição de um direito ainda jovem e instável, ainda mais considerando que a maioria dos limites são feitos por acordo. Todavia, é sabido que essa prática conta com o problema da forte influência dos interesses geopolíticos em uma determinada região e das dissonâncias de poder econômico entre os Estados acordantes.

Entretanto, se por um lado tem-se que a Convenção de 1982 estabeleceu normas gerais porque a maioria dos Estados preferiram basear-se numa relação de forças favorável nas negociações diplomáticas pontuais, por outro, ela também confiou o método jurídico de definição de critérios objetivos do que seja justo e equitativo ao lento trabalho de maturação jurisprudencial, ainda incompleto⁷⁹.

Nesse sentido, os tribunais têm a importante tarefa de procurar uma “solução justa”. *De passagem refira-se que os juízes devem analisar os acordos prévios entre os Estados, mesmo que eles tenham sido previamente estabelecidos na Lei*

76 (significado de *opinion iuris*).

77 ALMEIDA NASCIMENTO, Maria Adelaide. op cit. p. 467.

78 Idem. p. 1.215.

79 DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. Op. cit. p. 1.202.

do Mar (caso delimitação no Mar Negro)⁸⁰. Quando dois países tentam chegar a acordo por negociação, eles são livres, em virtude do seu estatuto de soberania, mas é útil ter alguns princípios, regras comuns para evitar exigências excessivas, as posições não razoáveis e manter a discussão em limites razoáveis, especialmente quando se tem conflitos de direitos⁸¹.

Se, durante a história, vemos o refinamento do conceito jurídico da delimitação marítima, alguns conceitos jurídicos como o da plataforma continental continuam ainda profundamente atrelados aos interesses político-econômicos do momento e a maioria das discussões são determinados por interesses econômicos e políticos raramente combinados com uma localização geográfica específica.

O fato de não tentar “refazer a natureza ou a corrigir as desigualdades desta entre dois Estados” deixa a situação ainda mais complexa quando considerando a situação dos Estados que não possuem costa marítima, surgindo o questionamento de quais desigualdades objetiva-se combater.

As tendências de uma nova ordem econômica patrimonial nos territórios marítimos defrontam-se com a ideia geral de *res communis* e procuram traçar parâmetros dentro do conceito de direito internacional do desenvolvimento, o que implica na necessidade de uma revisão global dos fundamentos econômicos e políticos das relações e instituições internacionais.

No contexto globalizado atual, no qual se desenvolvem as relações internacionais, conforme questiona Irina Bondar, talvez seja hora de perguntar se os conceitos de soberania e territorialização do espaço, sejam eles a terra ou o mar, não são ultrapassados no mundo que menos importância se dá às fronteiras tendo em vista os crescentes processos de integração econômica com a promoção da cooperação regional e com a obrigação internacional de promover o desenvolvimento sustentável do mar.

REFERÊNCIAS:

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Direito do mar. Belo Horizonte: Imprensa da UFME, 1979.

BONDAR-ALMODOVAR Irina. Zone economique exclusive: problemes de creation ET de delimitation. 2009. p. 6. Disponível em: <http://www.cdmt.droit.univcezanne.fr/les-memoires/maritime-terrestre.html>. Acesso em: 10/05/2011.

BRASIL. Senado Federal. Lei Federal 8.617 de 04 de janeiro de 1993. Dispõe sobre

80 BONDAR-ALMODOVAR Irina. Op. cit. p.

81 TELES. op. cit. p.

o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental brasileiros, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8617.htm. Acesso em 10/03/2011.

CANTARELLI, Margarida de Oliveira. O território do estado e a gradação da soberania. Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 1, p. 103-135, jan. 2001. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/2810>. Acesso em: 02. mar. 2010.

CAUBET, Christian. Fundamentos político-econômicos de apropriação dos fundos marinhos. Florianópolis: UFSC, 1979.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/summary.php>. Acesso em: 01 de junho de 2011.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. Direito internacional público. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003.

FIORATI, Jete Jane. A disciplina jurídica dos espaços marítimos nas Convenções das nações Unidas sobre direito do mar de 1982 e na jurisprudência internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MARTINS, Eliane Maria Octaviano. Curso de direito marítimo. 3. ed. rev., ampl. e atual. Barueri, SP: Manole, 2008.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Curso de direito internacional publico. 14. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 2 v. 21.

REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público: curso elementar. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

TELES, Miguel Galvão. Espaços marítimos, delimitação e colisão de direitos. Disponível em: www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/81.pdf. Acesso em: 05/05/2011.

Vara de Família - Formalismo Excessivo em Prejuízo ao Direito Material

Jefferson Alberto Johnsson-Juiz de Direito

Substituto em 2.º Grau do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Muito embora não se possa imaginar um processo sem determinada ordem de atos e distribuição de poderes entre os sujeitos, é certo que o Direito Processual marcha no sentido da modernização constante e do aperfeiçoamento, visando ao desapego ao formalismo e ao preciosismo excessivo e à eficiência plena do direito fundamental à razoável duração do processo, contido no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal.

Ainda na primeira metade do século passado, Giuseppe Chiovenda já abominava o resquício de sistemas antigos ao afirmar que:¹

“Muitas formas são o reflexo das condições sociais e políticas da época; muitas, porém, constituem resquício de sistemas antigos, que se transmitem por um apego, por vezes justificável, por vezes desarrazoado, à tradição, e pelo espírito conservador que domina a casta forense, como toda classe que se educa numa longa preparação técnica. A isto acresce o prejuízo oriundo da aplicação que se faz das formas, não raro com espírito litigioso e vexatório, ou ainda mais por espírito caviloso e formalístico, alimentado pela medíocre elevação e cultura das pessoas chamadas a utilizá-las. Eis aí por que a história das leis e dos costumes forenses nos oferece eterno contraste entre o sentimento da necessidade das formas e a urgência de que a justiça intrínseca, a verdade dos fatos no processo não venha a sacrificar-se a elas; entre a necessidade da presteza nas lides e a de uma cognição e de uma defesa completa.”

Ora, enquanto Juiz da 2.ª Vara de Família do Foro Central da Comarca de Região Metropolitana de Curitiba, tive a oportunidade de verificar que na maioria dos casos as regras de processo civil devem ser temperadas pela necessidade das partes, que não conseguem entender e suportar a demora na prestação jurisdicional. Enquanto discutimos questões processuais, diferença entre citação e intimação, a falta dos requisitos da petição inicial por não preencher *ipsis litteris* as determinações

1 (Premosello-Chiovenda, 1872 — Novara, 1937).

do artigo 282 do CPC, o direito material da parte vai sucumbindo em meio aos martírios das separações, divórcios e guarda dos filhos, que merecem atenção imediata.

Sem menosprezar a clientela das Varas de Família, é certo que 80% dos processos que lá tramitam o são sob o auspício da assistência judiciária e na maioria dos casos são assistidos graciosamente por advogados abnegados, escritórios modelos das Faculdades de Direito da região e pela própria Defensoria Pública. Todos tem capacidade estrutural limitada de trabalho, pois me lembro que a Defensoria Pública que funcionava junto à 2.^a Vara de Família não possuía nem ao menos um computador para trabalho, obrigando a defensora a fazer seu trabalho em casa. Não bastasse, é notório que as petições são muitas vezes elaboradas por estagiários, que embora imbuídos de boa vontade e fome de conhecimento, como é normal no aprendizado e ante ao grande número de atendimentos, cometem pequenos equívocos na formulação do pedido.

Aliado a tudo isso, em alguns casos os patronos perdem contato com o seu assistido, que se vêem impedidos de complementar informações e documentos muitas vezes exigidos pelo magistrado.

Certas vezes, em ações de separação ou divórcio me deparei com petições em que, por esquecimento não se fazia expressamente o pedido de citação. Ora, independente de custosa e demorada emenda da exordial, por certo que determinei a citação independente da existência do formal requerimento. Assim o fiz em razão de que a falta deste requerimento para citação da parte adversa (no caso por óbvio do outro cônjuge) não consubstanciava elemento indispensável ao prosseguimento do feito, bem como à sua extinção, mormente se tal ato processual poderia ocorrer mediante impulso do próprio Julgador da causa, tendo em vista a expressa pretensão à prestação jurisdicional. Por certo que se a parte pede a separação ou o divórcio, certamente pretende a citação do outro cônjuge.

Nesse sentido já se manifestaram os Tribunais do País:

“Admite-se o direito de produzir prova, ainda que omitida na inicial a sua indicação” (RT 495/83). No mesmo sentido: Bol. AASP 943/5, RP 5/295.

“A circunstância de não ter sido requerida a citação não haverá de conduzir à nulidade do processo se aquela foi feita e atendida pelo réu, não se podendo colocar em dúvida que se postulava prestação jurisdicional” (REsp. nº 32.171-6/RJ, STJ, 3.^a Turma, Min. Eduardo Ribeiro, no DJU de 28.02.94, p. 2.886). Ora, diante dessa realidade, mesmo que a exordial não seja um primor processual, se de sua leitura se extrai a pretensão levada a Juízo, que às vezes nem mesmo é contestada pela parte adversa, eventual determinação de emenda, juntada de documento redundante ou a odiosa extinção, configurar-se-ia apego ao formalismo estéril, impedindo

a efetividade da prestação jurisdicional adequada. Mesmo que o pedido não seja completo, seu deferimento, não constitui decisão *ultra ou extra petita*.

Entendo que a petição inicial só deve ser emendada ou indeferida por inépcia quando apresentar vício de tal gravidade que impossibilite a defesa do réu, ou a própria prestação jurisdicional.

A propósito não é à toa, mas sim pela demora na prestação jurisdicional por apego ao formalismo, exigindo muitas vezes repetições de atos desnecessários, sacralizando procedimentos simples sem maiores complexidades, que o legislador criou a possibilidade de que em alguns casos as separações ou divórcios consensuais sejam realizados no foro extrajudicial, longe do Juiz, e já se vislumbra, conforme trâmite no Congresso Nacional, a possibilidade de se pedir via internet. Nem poderia ser diferente, pois segundo Ripert, quando o Direito ignora a realidade social, que no momento exige celeridade e informalismo, a realidade ignora o Direito.

Em seu artigo Procedimento: *formalismo e burocracia*, o Mestre Egas Dirceu Moniz de Aragão, com o brilhantismo de sempre nos ensina que: “[...] assim como sucede na preparação dos alimentos, ou dos medicamentos, é essencial que a dosagem dos ingredientes corresponda ao fim pretendido, sob pena de este não só não ser alcançado, como o resultado final ser maléfico à saúde do destinatário. Por isso ressaltam os doutores a necessidade de respeitar-se o “princípio fundamental da adequação, também chamado da adaptabilidade”, que corresponde precisamente ao cuidado na dosagem, sob pena de tanto a forma quanto o formalismo falharem ao fim a que estão destinados e se converterem em motivo de dano ao processo e a seu objetivo.”formalismo excessivo”, ou “excesso ritual”, são males que a todo custo cumpre evitar”.²

O rigor do formalismo deve ser temperado pelas necessidades da vida, agudizando-se o conflito entre o aspecto unívoco das características externas e a racionalização material, que deve levar a cabo o órgão judicial, entremeada de imperativos éticos, regras utilitárias e de conveniência ou postulados políticos, que rompem com a abstração e a generalidade. O Juiz, por sua vez, não é uma máquina silogística, nem o processo, como fenômeno cultural, presta-se a soluções de matemática exatidão. Isso vale, é bom ressaltar, não só para o equacionamento das questões fáticas e de direito, como também para a condução do processo e notadamente no recolhimento e valorização do material fático de interesse para a decisão. Mesmo a regra jurídica clara e aparentemente unívoca pode ser transformada, em certa medida, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, por valorações e

2 In revista Forense- vol.358-nov/dez 2001-pág.52.

idéias do próprio Juiz. Já Aristóteles havia constatado o fenômeno quando tratou na sua *Ética a Nicômano*, momento clássico na história da *epieikeia*, das relações entre legalidade e equidade.

Para o estagirita³, “o equitativo, se bem é justo, não o é de acordo com a lei, mas como uma correção da justiça legal. A causa disso é que toda lei é universal e há casos nos quais não é possível tratar as coisas com exatidão de um modo universal. Naqueles casos, pois, nos quais é necessário falar de um modo universal, sem ser possível fazê-lo exatamente, a lei aceita o mais corrente, sem ignorar que há algum erro”. A equidade se prestaria, assim, para eliminar a distância entre a abstração da norma e a concretude do caso julgado: “tal é a natureza do equitativo: uma correção da lei na medida em que sua universalidade a deixa incompleta”.⁴

Portanto, devemos privilegiar os princípios da finalidade do processo, de acesso à Justiça e da celeridade processual, porquanto o processo não é um fim em si mesmo, mas instrumento de realização do direito material. Cumprida essa finalidade, ainda que de modo diverso, mas sem prejuízo para as partes, injustificável, postergá-lo, anulá-lo para priorizar formalismo excessivo. Assim já assentou o Colendo STJ: “A concepção moderna do processo, como instrumento de realização da justiça, repudia o excesso de formalismo, que culmina por inviabilizá-la (STJ - 4ª T., REsp. 15.713-MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 04.12.1991, DJU 24.02.1992, 1.876)” (in Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, Theotônio Negrão, Malheiros, 1993, 24ª ed., nota 3 ao art. 243). Entendimento contrário implicaria apego excessivo ao formalismo, que não pode se sobrepor ao princípio da instrumentalidade das formas, insculpido no artigo 244 do Código de Processo Civil, in verbis:

“Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

Diante disso, impõe-se preservar o ato processual, o qual, em seu conteúdo, atingiu sua finalidade, sendo possível ao magistrado até diante de um pedido incompleto extrair sua essência dando continuidade ao processo. Não pode ser considerada inepta a petição inicial onde foi feita descrição suficiente dos fatos que servem

³ Macedônia antiga.

⁴ Texto extraído do trabalho O PROCESSO CIVIL NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira Professor Titular da Faculdade de Direito da UFRGS Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul-www.abdpc.org.br.

de fundamento ao pedido, ensejando ao réu o pleno exercício de sua defesa.⁵

Como cediço, o processo não é considerado como um fim em si mesmo, mas como meio para a prestação da tutela jurisdicional e composição da lide. Assim, com a adoção do princípio da instrumentalidade, não se exige rigor formal exagerado para os atos do processo, salvo quando prejudiquem o direito das partes.

Ressalta-se, inclusive que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, se for possível da narração dos fatos e da sua conclusão identificar as partes, o pedido e a causa de pedir, a petição inicial é apta a ser processada mesmo se ela for imprecisa (STJ, REsp 840.304/MT, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 12.05.2008).

No mesmo sentido:

“O processo contemporâneo há muito que repudia o formalismo exacerbado, recomendando o aproveitamento dos atos sanáveis, adotando a regra retratada no brocardo pas de nullité sans grief. E já pertence ao anedotário da história processual a nulidade declarada tão só pelo uso da palavra vitis (videira) em vez da palavra arbor (árvore).” (STJ, REsp 182.977/PR, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 23/05/2000, DJ 07/08/2000, p. 111, LEXSTJ 135/177).

Assim na moderna concepção de processo, como instrumento de busca e realização da justiça, devemos suavizar o formalismo excessivo, em prol da eficiência e da celeridade. A meu sentir, em casos em que não se vislumbra violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, tampouco demonstração de prejuízo para a parte, deve o magistrado ponderar mentalmente, antes de aplicar mecanicamente a letra da lei, de modo a preservar os atos até então praticados, sem prejuízo às partes litigantes.

Na lição de CÂNDIDO DINAMARCO (in A Instrumentalidade do Processo, Malheiros Editores, 10ª ed. 2002, p.155):

“A liberdade das formas, deixada ao juiz entre parâmetros razoavelmente definidos e mediante certas garantias fundamentais aos litigantes é que, hoje, caracteriza os procedimentos mais adiantados. Não é enrijecendo as exigências formais, num fetichismo à forma, que se asseguram direitos; ao contrário, o formalismo obcecado e irracional é fator de empobrecimento do processo e cegueira para os seus fins”.

5 Neste sentido STJ-Resp.343592-PR.

Através do princípio da instrumentalidade das formas, previsto no art. 244 do CPC, é possível dar sentido prático a um dos elementos mais importantes do princípio da instrumentalidade do processo: servir ao direito material.

Dessa forma, a inclinação desmesurada às questões processuais, levando muitas vezes à sentença extintiva do processo, sem exame da matéria apresentada pela parte, impende ser abandonada, porquanto, do contrário, estar-se-ia empregando o denominado formalismo-inócuo (*no sentido de sem justificativa finalística plausível*), olvidando-se, justamente, a instrumentalidade do processo, tornando-o fim em si mesmo e, por conseguinte, afastando-o do seu desiderato primordial de fazer justiça.

Nas palavras de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, “a não-observância de formas vazias não implica prejuízo, pois a lei não reclama uma finalidade oca e vazia”.⁶ Ademais, registre-se que norteia o processo civil pátrio a diretriz da sanabilidade e da aproveitabilidade dos atos processuais.

O mesmo doutrinador citado⁷ aduz que a solução das situações problemáticas deve ser alcançada mediante o emprego da equidade (conceito não unívoco), da qual se identificam cinco espécies. *In casu*, a equidade com função interpretativo-individualizadora (desiderato de eliminar a abstração da norma à luz das particularidades do caso concreto):

“Certamente, sempre se verifica uma contraposição entre o ideal e o realizável, e aqui, como na política e em outros campos de atuação do humano, deve prevalecer o lema de que os fins nem sempre justificam os meios: o direito material não deve ser realizado à custa dos princípios e garantias fundamentais do cidadão. O informalismo só pode ocorrer se atendida a finalidade jurídica primacial do processo de realização do direito material, em tempo adequado e preservados os direitos e garantias das partes. Por outro lado, há de ser rejeitado com veemência o formalismo oco e vazio, que desconhece o concreto e deixa de fazer justiça. A organização do processo e sua ordem, por sua vez, também não são destituídos de conteúdo. Ordem pela ordem não tem significado. Assim, se o juiz preservar as garantias das partes, vedado não lhe é adotar um ponto de vista mais maleável, adaptando o direito e o sistema ao caso, quando necessário para vencer o

6 ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*, RePro 137/2006.

7 ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. – 2. ed. ver. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2003. P. 212.

formalismo, obstaculizador da justiça na hipótese concreta.”(grifos nossos).

Para concluir, sem exageros, mas lembrando o filósofo e jurista Inglês Jeremy Bentham, que criticou o complexo mecanismo processual inglês *common law* (15 de fevereiro de 1748 – 6 de junho de 1832) devemos reconhecer uma valoração utilitarista da norma de direito processual civil. Não podemos deixar que o direito processual, instrumento de aplicação do direito material, acabe em certos casos, por provocar uma desvalorização do fim utilitário a que se destina o direito substancial. Podemos dizer que os fins não justificam os meios, pois estes meios podem provocar danos capazes de anular as vantagens perseguidas.

Na esteira de Bentham, o Juiz deve aprender a decidir como um *pater familias*. Vale dizer, que deve abandonar as normas processuais que permitem a prolação de uma sentença com base apenas nas regras processuais totalmente estranhas ao mérito da questão. O Juiz não pode aplicar mecanicamente as normas de processo civil, mas, sim, deve se esforçar para resolver a questão com base no direito material e na prova colhida.⁸

Nada impede, entretanto - antes se aconselha - que se possa previamente conferir ao magistrado, como diretor do processo, poderes para conformar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, tudo como meio de melhor tutelar o direito material. O excessivo rigor formal talvez tenha sido um dos grandes responsáveis pelo descrédito do sistema de tutela jurisdicional dos direitos.⁹

8 FRANCESCO FERRARO - Jeremy Bentham e la procedura giudiziaria- WWW.dirittoequestionepubbliche.org.

9 Dois Princípios do Processo Civil - Fredie Didier Jr. Ainda Galeno Lacerda, em outro momento de brilhantismo: “Quando se fala em ‘forma’ no processo, acodem logo as palavras com que MONTESQUIEU inaugura o Livro 29, de seu Espírito das Leis: ‘As formalidades da justiça são necessárias à liberdade’. Esse conceito, tão pleno de ressonância, destacado das demais palavras do texto, que lhe abrandam a grandiloquência, foi responsável por séculos de equívocos, na radicalização do rito, como um valor em si mesmo, em nome de um pretenso e abstrato interesse público, descarnado do humano e do verdadeiro objetivo do processo, que é sempre um dado concreto da vida, e jamais um esqueleto de formas sem carne./ Subverteu-se o meio em fim. Distorceram-se as consciências a tal ponto que se cria fazer justiça, impondo-se a rigidez da forma, sem olhos para os valores humanos em lide. Lavavam-se as mãos sob o escudo frio e impassível da sacralidade do rito. Tão fascinante é o estudo do direito processual no seu dinamismo, que conduz facilmente o espírito a hipertrofiá-lo como ramo do direito, em demérito dos demais.” (O Código e o formalismo processual. Revista da AJURIS. Porto Alegre: 1983, 28/8.).

Considerações Gerais Sobre Alguns Artigos do Novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Paraná, Relativos ao Funcionamento da Justiça e de Seus Integrantes

Accácio Cambi

Desembargador aposentado e Conciliador Voluntário do TJ-PR.

Neste texto, pretendo destacar alguns dispositivos do Regimento Interno, tecendo considerações a seu respeito, sobretudo levando-se em conta algumas inovações acrescentadas ao diploma anterior, que se encontravam disciplinadas através de resoluções do Órgão Especial ou do Tribunal Pleno e que, agora, passaram a integrar o novo Regimento Interno, de forma a facilitar o estudo e a sua utilização pelos operadores do direito.

O novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná foi criado pela Resolução nº 01, de 5 de julho de 2010, e alterado, depois, pelas Resoluções nºs. 02/2010 e 02/2011; no seu artigo 1º, *“estabelece a competência de seus órgãos, regula a instrução e julgamento das ações originárias e dos recursos que lhe são atribuídos e institui a disciplina de seus serviços,”* de acordo com os dispositivos da Constituição Federal, da Constituição Estadual, e destina-se, também, a disciplinar as matérias previstas nos artigos 10, 11, 12, § 2º do art. 13, 15, 16 e seu par. único, 32, 100, 109, 114, 127, par. único do art. 128 e 131, do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Paraná (Lei Estadual nº 14.277, de 30.11.2003).

Esta exposição destaca alguns temas de interesse geral, previstos no Regimento Interno, acrescidos de rápidas considerações da seguinte forma:

1. Eleição da cúpula diretiva do tribunal

A data para a eleição dos novos dirigentes do tribunal, agora, será sempre na terceira sexta-feira do mês de novembro antecedente ao término do mandato, ou no dia útil imediato se não houver expediente (art. 10).

Os interessados em concorrer aos cargos de direção – presidente, 1º e 2º vice, corregedor-geral e corregedor -, deverão se manifestar no seguinte prazo: do início do segundo semestre do ano eleitoral até trinta dias antes da data da eleição, e, ainda, comprovar, por certidão fornecida pela Secretaria do Tribunal, que se encontram em dia com suas atividades jurisdicionais (parágrafo 2º do art. 10).

Nota. A eleição da cúpula diretiva do Tribunal sempre se realizou na terceira

sexta-feira de dezembro do ano em que se findavam os mandatos, ou no dia útil imediato se não houvesse expediente (art. 11 do Regimento anterior). A alteração aprovada, antecipando a eleição em um (1) mês, vem atender aos interesses dos novos dirigentes eleitos, de forma a proporcionar-lhes um prazo maior para elaborar seus planos de ação e para escolher seus auxiliares, já que a posse dos eleitos somente se dará no primeiro dia útil do mês de fevereiro seguinte (art. 11).

2. Escolha dos magistrados para comporem a Justiça Eleitoral

Os Desembargadores e Juízes, que se inscreverem para atuar na Justiça Eleitoral, como efetivos e substitutos, serão eleitos pelos membros do Tribunal Pleno, em sessão pública, mediante votação secreta, devendo os interessados, no ato da inscrição, apresentar certidão, fornecida pela Secretaria, de que se encontram com os serviços em dia (inciso II, art. 81).

Nota. O Regimento anterior não previa a eleição de Desembargadores ou de Juízes para comporem a Justiça Eleitoral. Apenas dispunha que competia privativamente ao Órgão Especial indicar os magistrados, os advogados e os membros do Ministério Público para o Tribunal Eleitoral (inc. I do art. 83). Geralmente, eram indicados aqueles nomes sugeridos pelo Desembargador-Presidente do TRE. Agora, para o magistrado, é necessário que o candidato, também, comprove que está com suas atividades jurisdicionais em dia. Para os advogados e os membros do Ministério Público, basta que o Tribunal Pleno faça a sua indicação, em sessão pública, seguindo-se à votação secreta do indicado (art. 81, inc. III).

3. Promoção por merecimento dos magistrados

A escolha de magistrados para comporem a lista triplíce será feita em sessão pública, mediante votação aberta e fundamentada, iniciando-se esta pelo desembargador votante mais antigo, sendo obrigatória a promoção por merecimento do magistrado que figure na lista por três vezes consecutivas ou cinco alternadas (art. 374).

Na fundamentação de seus votos, os desembargadores deverão considerar, para cada candidato, os aspectos relativos à sua atuação (art. 337 e seus incisos); à avaliação da qualidade das decisões proferida (art. 378); à produtividade (art. 379); à presteza na prestação jurisdicional (art. 380) e ao aperfeiçoamento técnico (art. 381). Não serão utilizados, no entanto, para efeito de promoção, critérios que venham atentar contra a independência funcional e a liberdade de convencimento do magistrado, tais como índices de reforma de decisões (art. 383). Nota. No que diz respeito ao requisito produtividade, o Regimento dá um destaque especial à

conciliação, isto é, equipara o número de audiências de conciliação realizadas às demais audiências (art. 379, II, “b”); e, no requisito prestação, acrescenta outro muito importante: participação efetiva em mutirões, em justiça itinerante e em outras iniciativas institucionais, e medidas efetivas de incentivo à conciliação em qualquer fase do processo (art. 380, I, “e” e “h”).

4. Afastamento de magistrado para frequentar cursos

O magistrado, de primeiro ou de segundo grau, que pretender frequentar curso ou seminário de aperfeiçoamento jurídico ou outros de interesse público, fora do território de sua comarca, deverá encaminhar requerimento ao Corregedor-Geral da Justiça, com a antecedência mínima de noventa dias, aonde será instaurado um processo, o qual, após devidamente instruído, inclusive com a oitiva da Escola da Magistratura, será submetido à apreciação do Órgão Especial, para sua deliberação (art. 421).

Nota. Uma inovação introduzida no Regimento que merece destaque diz respeito à obrigação de o magistrado, que pretender se afastar de suas funções para aquela finalidade, incluir no seu pedido o compromisso de, concluído o curso ou seminário, disseminar, mediante aulas e palestras, os conhecimentos adquiridos durante aqueles eventos, quando solicitado pelo Tribunal ou pela Escola da Magistratura. (art. 423, inc. VI, letra “d”).

5. Regulamentação da distribuição dos processos ao novo desembargador e ao desembargador que se afastar do cargo

Na distribuição dos processos, destinados ao novo desembargador, o Regimento prevê o seguinte: se ao assumir o cargo, aquele receber um acervo superior a cem processos, será designado Juizes de Direito Substituto em Segundo Grau para promover o julgamento dos feitos que excederem ao referido número (par. 3º do art. 29).

No caso de afastamento, também, o Desembargador não poderá devolver nenhum processo em seu poder, salvo se compensado com a distribuição feita ao Desembargador convocado, no Órgão Especial, nas Seções Cível e Criminal, ou no Conselho da Magistratura, ou ao Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau, nos demais órgãos julgadores, ou se o afastamento for por motivo de saúde e tratar-se de medida urgente (art. 51).

Nota. A orientação adotada, além de estar de acordo com a regra impositiva, prevista na Constituição Federal - “a distribuição de processos será imediatamente, em todos os graus de jurisdição” (inc. XV do art. 93) – e com os princípios gerais,

que regem a distribuição dos processos, publicidade, alternatividade e sorteio, tem por objetivo assegurar a rápida prestação jurisdicional, naqueles feitos (ações e recursos), já distribuídos, nos quais ocorram a assunção de novo desembargador, ou o afastamento temporário de outro integrante do órgão julgador.

6. Presidência dos órgãos julgadores: rodízio entre os seus ocupantes

A presidência dos órgãos julgadores - Seções, das Câmaras Isoladas e das Câmaras em Composição Integral -, doravante, será exercida pelo Desembargador mais antigo no mesmo colegiado, pelo período de um ano, em caráter de rodízio, salvo de houver recusa daquele para exercer o cargo (inc. I do art. 71). A presidência do Tribunal Pleno, do Órgão Especial e do Conselho da Magistratura, no entanto, é sempre exercida pelo Presidente do Tribunal (inc. VIII do art. 14; inc. I do art. 71), ou nos seus impedimentos pelo 1º ou 2º Vice-Presidente, ou, ainda, pelo Desembargador mais antigo (art. 13 e seu par. único).

Nota. Pelo Regimento anterior, a presidência daqueles órgãos julgadores era sempre exercida pelo Desembargador mais antigo. Agora, todos os membros do órgão julgador terão a faculdade de exercer aquele cargo, sem sobrecarregar, desta forma, apenas um dos seus integrantes.

7. Manifestação da AMAPAR nos julgamentos administrativos do Órgão Especial de interesse geral da classe

Quando o Órgão Especial apreciar matéria administrativa de interesse geral da Magistratura (§ 2º do art. 83), o presidente da Associação dos Magistrados do Paraná (AMAPAR) poderá, na sessão de julgamento, fazer uso da palavra, por quinze minutos, desde que autorizado pela maioria dos Desembargadores que compõem aquele órgão julgador.

Nota. A eventual intervenção de o Presidente da AMAPAR, nas sessões do Órgão Especial que apreciar aquela matéria, constitui-se numa medida louvável. Nessa ocasião, o Presidente terá a oportunidade de fornecer subsídios aos Desembargadores, de interesse da classe, contribuindo, dessa forma, para que ocorra um julgamento mais justo e adequado, com relação à matéria posta em discussão.

8. Publicação mensal dos dados estatísticos, relativos aos trabalhos realizados pelos desembargadores e pelos juízes substitutos em segundo grau

Os dados estatísticos sobre os trabalhos exercidos pelos magistrados, que atuam no Tribunal de Justiça, no mês anterior, serão, mensalmente, publicados no Diário da Justiça Eletrônico, desta forma: a) o número de votos proferidos pelos

seus membros: b) o número de feitos distribuídos no mesmo período a cada um dos magistrados; c) o número de processos individualmente recebidos, em consequência de pedido de vista ou como Revisor; d) a relação dos feitos conclusos aos magistrados para voto, lavratura de acórdão, decisão e despacho, ainda não devolvidos, embora decorridos os prazos regulamentares (incisos I-IV do art. 463).

Nota. Essa medida, além de propiciar aos interessados a oportunidade de acompanhar o andamento dos recursos e das ações, também permite-lhes (aos interessados) reclamar por eventual atraso no processamento daqueles feitos perante o Tribunal. Igual medida é adotada pelo STJ (art.117 do Regimento Interno).

9. Criação do Núcleo de Conciliação

O Núcleo de Conciliação, agora incluído no Regimento, tem por finalidade buscar a conciliação em segundo grau de jurisdição nos processos que lhe são encaminhados pelos Desembargadores para essa finalidade, e, também, naqueles oriundos das Turmas Recursais dos Juizados Especiais (art. 95).

A forma operacional é a seguinte: os feitos poderão ser encaminhados ao Núcleo, por solicitação das partes ou da Coordenadoria aos Relatores, ou, ainda, pelos Desembargadores, de ofício, no prazo de trinta dias, a contar da conclusão dos autos, quando lhes pareça possível a conciliação (inciso II do art. 95), devendo, porém, as audiências de conciliação ser realizadas no prazo máximo de noventa dias (inciso IV).

No caso de ocorrer conciliação, esta será reduzida a termo, assinado pelas partes, por seus advogados e pelo Conciliador (inciso VI), seguindo-se a homologação do acordo pelo Desembargador Coordenador Geral ou, na sua falta, pelo magistrado Coordenador Auxiliar da ativa. (incisos VI e VII).

Conforme dispõe o artigo 125, inc. IV, do C. P. Civil, o Regimento, também, faculta ao relator, a qualquer tempo, conciliar as partes, antes de pedir dia para julgamento do recurso (art. 200, inc. XXVIII).

Nota. A adoção da conciliação, como meio eficaz e rápido para por termo às causas pendentes de julgamento, em primeiro e em segundo graus de jurisdição, vem sendo recomendada pelo Conselho Nacional de Justiça (cf. Resolução nº 125/2011), inclusive com a realização da Semana Nacional da Conciliação, que geralmente é programada para a primeira semana do mês de dezembro, e tem amparo, inclusive no projeto do novo C.P.Civil, já aprovado no Senado Federal (arts. 107, inc. IV, 134, 135 e 355, par. único).

No referido projeto, a Comissão da Reforma introduziu uma inovação, visando dar maior rapidez à prestação jurisdicional, via conciliação, ao dispor sobre

a realização prévia de audiência de conciliação, desta forma:

“Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de rejeição liminar da demanda, o juiz designará audiência de conciliação com antecedência mínima de quinze dias” (art. 333), estipulando, ainda, uma pena ao réu ausente: *“O não comparecimento injustificado do réu é considerado ato atentatório à dignidade da justiça, passível de sanção processual”* (par. 5º do art. 333).

10. Incidente processual da reclamação

Trata-se de uma medida incidental, dirigida ao Presidente do Tribunal, que visa *“preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade de suas decisões”*, e que deve ser requerida pela parte interessada ou pelo Ministério Público (art. 349).

A reclamação está disciplinada no Regimento Interno (art. 349 e seus parágrafos) e dela sempre participará o órgão do Ministério Público. Nota. Nos Tribunais Superiores, a reclamação está prevista nos seus regimentos internos (STF, arts. 156-162; STJ, arts. 187- 192); é uma medida utilizada com frequência naqueles Tribunais, visto consistir num instrumento processual rápido e eficaz para afastar decisão proferida por órgão judicial incompetente ou para dar maior força a decisão não cumprida por inúmeros motivos.

11. A participação efetiva da Escola da Magistratura, na carreira do magistrado: como órgão consultivo na promoção do magistrado e no seu aprimoramento cultural

A Escola da Magistratura do Paraná (EMAP), criada pelo Tribunal de Justiça e mantida, mediante convênio, pela Associação dos Magistrados do Paraná, sempre contribuiu para o aperfeiçoamento, atualização e especialização dos juízes. O Regimento Interno, no entanto, atribuiu à Escola outros encargos que terão grande influência na vida do magistrado, a saber:

11.1. Como órgão consultivo para efeito de promoção do magistrado ou para viabilizar autorização para a frequência de magistrado em cursos fora da comarca:

- No caso de promoção, a Escola fornecerá os dados relativos aos cursos nos quais o magistrado tiver participação (§ 1º do art. 385). Porém, para avaliação do aperfeiçoamento técnico, serão considerados: a) a frequência e o aproveitamento em cursos oferecidos em igualdade a todos os magistrados pela Escola e b) as aulas ministradas em palestras e cursos promovidos pela Escola (incisos I e III do art. 381).

- Participação em cursos ou seminários já restou demonstrado no item 4; o pedido deverá ser dirigido ao Corregedor Geral da Justiça, com a antecedência mínima de noventa dias; instruído o processo, com oitiva prévia da Escola, será, em seguida, o requerimento submetido à apreciação do Órgão Especial, para deliberação (art. 421).

11.2. Realização de cursos práticos destinados aos Juízes Substitutos

A Corregedoria poderá organizar, com a participação da Escola, para os Juízes Substitutos, após a sua investidura no cargo, curso de orientações básicas ao exercício da magistratura, eminentemente prático no que tange a matérias jurídicas, dando-se ênfase à metodologia do trabalho forense e ao relacionamento do Juiz com as partes, com os servidores do judiciário, com o Ministério Público, com os advogados, com os Departamentos do Tribunal de Justiça, com as autoridades policiais e demais instituições (art. 409).

Nota. Essa faculdade concedida à Corregedoria atende à recomendação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) – criação de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrado – e se constitui em etapa obrigatória do processo de vitaliciamento do Juiz Substituto (cf. inc. IV, do art. 93, da CF).

11.3. Avaliação do estágio probatório do Juiz Substituto

A Corregedoria poderá, também, promover encontro regional ou geral com os vitaliciandos, durante o estágio probatório, com a participação da Escola, para avaliação das atividades por eles desenvolvidas naquele período, propiciando-lhes trocas de experiências e, ainda, projetando a orientação a ser seguida no período restante do estágio probatório (art. 410).

Nota. À Corregedoria, cabe orientar o Juiz Substituto, na fase de vitaliciamento, para bem exercer a função jurisdicional. Essa orientação é feita principalmente pelos Juízes Formadores, designados pela Corregedoria (art. 399), que deverão reunir-se periodicamente com o Corregedor e com os Juízes Auxiliares da Corregedoria, para a análise e uniformização dos métodos de avaliação dos vitaliciandos, inclusive para receber treinamento da Escola (art. 411).

Nesta exposição, procurei apontar alguns artigos do novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Paraná, tecendo breves comentários, com base em pesquisas realizadas e especialmente na experiência adquirida no exercício de minha função jurisdicional, em ambas as instâncias.

É, portanto, uma simples contribuição que espero seja útil aos estudiosos

do direito, especialmente aos participantes de concurso público, na área da Justiça. Se ela alcançar tal objetivo, desde já, dou-me por inteiramente recompensado pelo trabalho realizado.

A Segurança Dos Interessados na Aquisição de Bens em Alienações Pela Via Judicial

Jurandyr Souza Jr.

Desembargador Tribunal de Justiça do Paraná

Por longa data deparamo-nos com a notória dificuldade encontrada pelo Poder Judiciário em viabilizar a alienação de bens em hasta pública.

Notórias as dificuldades em atrair interessados em participar dos atos públicos de leilões de bens, de alienações realizadas em Juízo, em razão de processos judiciais em fase de expropriação de bens, objeto de constrição em ação judicial.

As dificuldades despontam não só nos leilões de bens móveis, mas também, e acentuadamente, nos atos solenes judiciais de praça de bens imóveis.

Poucos interessados compareciam para arrematar os bens levados a leilão ou praça em juízo, e as razões eram muitas, embora conhecidas.

Primeiro, deparamo-nos com as dificuldades de alcançar ampla publicidade, de dar conhecimento aos jurisdicionados e cidadãos como um todo. Segundo, a impropriedade da forma e local que eram realizados tais atos públicos em juízo.

Terceiro, e o mais grave, o emaranhado resultante da legislação processual civil no que se refere à efetividade do ato da arrematação.

As regras normativas insertas no Código de Processo Civil acerca da arrematação em hasta pública sujeitavam o terceiro interessado, que comparecia e firmava seu lance, visando concretizar a aquisição pela arrematação do bem, a ter inviabilizado ou anulado o ato, após longas e desgastantes controvérsias judiciais entre credores e devedores, e pior, enquanto tinha seu dinheiro retido em juízo.

As dificuldades relativas à publicidade, a forma e local foram objeto de reestruturação legislativa através da Lei n.11.382 de 06/12/2006, que alterou o regime positivado nos artigos 686 e seguintes do Código de Processo Civil.

Procurou o legislador atualizar o CPC às evoluções e modernidades experimentadas pela sociedade, aperfeiçoando a forma de publicações dos editais de chamamento dos interessados em participar das alienações em hasta pública pelo Judiciário. Alterações que vão desde a publicação em cadernos imobiliários especializados dos jornais locais, nomeação de leiloeiros particulares, e até mesmo pela substituição total de tal procedimento por alienação a ser realizada até por meio de rede mundial de computadores. Acrescentou-se ainda a possibilidade do Juiz,

considerando as condições da Comarca e as peculiaridades do caso concreto, alterar a forma e a frequência da publicidade na imprensa, ou mandar divulgar avisos em emissoras de rádio e televisão; enfim adotar outras providências tendentes a dar a mais ampla publicidade à alienação, inclusive recorrendo aos meios eletrônicos de divulgação.

Tais modificações legislativas vigoram desde 21 de janeiro de 2007, com a nova redação introduzida pela Lei n.11.382/06 aos artigos 687, 689-A e seguintes do Código de Processo Civil.

Se de um lado a modernização da publicidade e da forma de realização destes atos judiciais de alienações em hasta pública pelo Poder Judiciário, atingiu o objetivo de atrair maior número de interessados em adquirir os bens levados a leilão ou praça judicial, de outro; tornou mais visível as deficiências na legislação processual acerca da morosidade e definitividade da alienação pela esfera judicial.

Dificuldades práticas, resultantes das deficiências do Código de Processo Civil na parte relativa à arrematação, que geram insegurança aos interessados, acentuando a necessidade de alterar a sistemática processual vigente, criando mecanismos legais de proteção e segurança jurídica aos atos que concretizam a arrematação pelos interessados.

Para alcançar a segurança jurídica do interessado, terceiro arrematante, na aquisição de bem em alienação judicial, procedeu-se modificações no Código de Processo Civil, destacando-se em especial aquela imposta ao seu artigo 694:

“Uma vez assinado o auto de arrematação pelo Juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, a arrematação, considerar-se-á perfeita acabada e irretratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado.”

Tal regramento, com as alterações dispostas no seio do Código de Processo Civil pela Lei 11.382/2006, tornou definitiva a arrematação, e teve o objetivo claro de prestigiar a **segurança jurídica do arrematante**, como forma de incentivar a participação da comunidade nas ofertas de bens em hastas públicas de alienação pela via estatal judicial.

O ponto crucial da alteração legislativa, pela Lei 11.382/06, está assentado na condição de **irretratabilidade e perfeição do ato** de aquisição pela via judicial da arrematação, destacado na parte final do art.694 do CPC, à qual foi inserida, com a reforma processual, a **regra de definitividade do ato**, qual seja, *“... ainda que venham a ser julgados (posteriormente) procedentes os embargos, em face da via recursal pendente por ocasião da arrematação”*.

O direito do devedor/executado, caso “*venham a ser julgados (posteriormente) procedentes os embargos, em face da via recursal pendente por ocasião da arrematação*”, não poderá mais se dar pela recuperação do bem arrematado, mas pela **via regressiva em face do credor**, convalidando-se em quantia certa equivalente ao valor do bem, e ou perdas e danos.

Pretendeu-se, ao dar **efetiva proteção aos leilões e praças realizados em hasta pública pela via judicial**, alcançar o objetivo primordial de atrair os interessados na aquisição dos bens, a comparecerem em Juízo, impulsionando a estrutura Estatal, por via do Poder Judiciário, com a finalidade de obter a recuperação do crédito do autor, mediante o leilão/prança dos bens constrictos em garantia de dívidas em cobrança pela via judicial.

Neste diapasão, o interessado, ao adquirir bens em leilão/prança realizados em Juízo, desfrutará da segurança de não arcar com prejuízos advindos de futuras ordens que tornem sem efeito o ato.

As possíveis conseqüências advindas de decisões futuras, que pautem pela inexistência ou inexigibilidade da obrigação (dívida), resolver-se-ão entre as partes envolvidas no litígio, credores e devedores, sem atingir o terceiro arrematante.

Surgiu efetivo conflito de princípios inerentes ao processo de execução, de um lado a efetividade do ato judicial convolado na arrematação, de outro o direito de propriedade do devedor executado.

O legislador prestigiou a segurança jurídica em detrimento do direito do executado à propriedade do bem penhorado que, em regra, em caso de posterior acolhimento da defesa em via recursal, se converte no direito do requerido em receber do credor/autor o valor do bem e perdas e danos.

Tal regramento jurídico aplica-se tanto à arrematação quanto à adjudicação, e à alienação por iniciativa particular.

Neste sentido filiou-se a *doutrina*, conforme ensinamentos do jovem e brilhante jurista *Fredie Didier Jr.*¹, citando o também jovem e destacado mestre e jurista Paranaense Eduardo Talamini², que dispõe:

“A regra pode aplicar-se por analogia à adjudicação e à arrematação por iniciativa particular; se a regra visa prestigiar a segurança jurídica, não faria sentido ela aplicar-se apenas à arrematação e não às outras duas espécies de alienação na execução. O despropósito seria ainda maior quando se considera que a lei elege a adjudicação e a

1 Didier Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil – Execução - Ed.Podivm, ed.2009, vol.05, pg.654.

2 Talamini, Eduardo. Direito de Desistência de Aquisição de Bem em Execução. Execução Civil e Cumprimento de Sentença. Ed.Método, ed.2007, p.97.

arrematação por iniciativa particular como mecanismos expropriatórios preferenciais em face da arrematação”.

A regra geral, de preservação do ato da arrematação em leilão/praca via judicial não incide, porém, no caso de vícios ou defeitos insanáveis, casos de exceção e riscos a serem assumidos pelas partes, e também pelo terceiro arrematante.

A legislação processual civil, em face das reformas antes comentadas, não poderia afastar em todos os casos o risco de desfazimento da arrematação, mas como visto reduziu-os às raras exceções.

As exceções poderão ser lançadas pelo devedor executado, pelo terceiro arrematante e por terceiros estranhos à execução. Quanto aos terceiros estranhos a execução, exige-se que sejam em relação ao mesmo devedor/executado, credores com garantia real, ou credores com anterior penhora do mesmo bem imóvel, averbada na respectiva matrícula imobiliária.

Esta a exegese que se extrai da conjugação do regramento inserto nos artigos 615, inc.II; 619; 686, inc.V; 694, §1º., III e 698, todos do Código de Processo Civil, com a redação atual imposta pela Lei 11.382/06.

Neste diapasão dispõe o artigo 615 do CPC, em seu inciso II, cumprir ao credor requerer a intimação do credor pignoratício, hipotecário, ou anticrético, ou usufrutuário, quando a penhora recair sobre bens gravados por penhor, hipoteca, anticrese ou usufruto. Já o artigo 619 do citado codex impõe que a alienação de bem aforado ou gravado por penhor, hipoteca, anticrese ou usufruto será ineficaz em relação ao senhorio direto, ou ao credor pignoratício, hipotecário, anticrético, ou usufrutuário, que não houver sido intimado.

Para a defesa e segurança dos interessados o CPC dita regra, contida no artigo 686, de que não requerida a adjudicação e não realizada a alienação particular do bem penhorado, será expedido o edital de hasta pública, que conterà, conforme inciso V, a menção da existência de ônus, recurso ou causa pendente sobre os bens a serem arrematados.

A condição de efetividade e segurança da arrematação judicial esta contida na regra inserta no artigo 694 do Código de Processo Civil, ao dispor que assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado. As exceções existem, mas reduzidas a alguns casos específicos enumerados no parágrafo 1º. do artigo 694 do CPC, as quais poderão tornar sem efeito a arrematação.

O primeiro caso, na ocorrência de nulidade. O segundo, por óbvio, naqueles em que não haja o pagamento do preço pelo arrematante, ou a prestação de caução,

em caso de execução provisória de sentença. O terceiro, quando realizada a arrematação por preço vil, a teor do art. 692 do CPC. O quarto, naqueles casos em que não forem cumpridas as exigências do art. 698 do CPC, já tratadas neste trabalho, de prévia intimação dos credores com garantia real ou de penhora anteriormente averbada, e incidente sobre o bem objeto da alienação e arrematação.

Por fim, em proteção e no interesse do próprio arrematante, visando dar maior estabilidade ao ato expropriatório produzido em juízo, pela via da hasta pública, o legislador, aparentemente em contradição, mas observar-se-á que não o foi, inseriu a figura jurídica do *direito de arrendimento da alienação judicial*, pelo próprio terceiro arrematante.

O primeiro, a ser reclamado no prazo de cinco dias, em havendo ônus real ou de gravame não constantes do edital. O segundo, em hipótese de embargos à arrematação, reforçado na regra conjugada do art. 746, §§ 1º. e 2º. do CPC.

Do atual texto extrai-se evidente *direito potestativo* do terceiro arrematante, que, a teor do art. 694, § 1º, incs. III e IV do CPC, tem o *direito de desistência*, uma faculdade que lhe é assegurada expressamente por lei.

Não se trata de nulidade ou anulabilidade, a depender de ação autônoma, com obrigação e ônus probatório pelo arrematante, mas de uma expressa faculdade prevista em lei, de desistência, que poderá ser exercitada nos próprios autos de execução, resultando em decisão atacável pela via do recurso de agravo.

Na doutrina destaca-se os ensinamentos de Fredie Didier Jr.³ acerca da *sistematização das hipóteses de desfazimento da arrematação* :

“Três são as espécies de extinção da arrematação: a) revogação: *desistência do arrematante*; b) resolução: *não cumprimento pelo arrematante da sua contraprestação*; c) invalidade: *a arrematação é extinta em razão de um seu defeito*”.

Parece que mais adequado seria falar em desfazimento ou dissolução da arrematação, como corretamente percebeu Araken de Assis.⁴

Como visto a reforma legislativa do §1º. do art. 694 do CPC, introduz alterações relevantes para as hipóteses em que a hasta pública pode ser tornada sem efeito. O revogado parágrafo único utilizava o verbo “desfazimento” da hasta pública, enquanto a dicção atual refere que a arrematação será ‘tornada sem efeito’. Assim, na sistemática anterior, para que houvesse o desfazimento da hasta pública, o interessado necessariamente precisava ajuizar uma ação anulatória de hasta pública, o que implicava em uma longa espera, ou seja, o problema era colocado no plano da validade.

3 Didier Jr., Fredie. Obra citada, p. 654.

4 ASSIS, Araken de. Manual da Execução, 11ª ed., cit., p. 756.

Na sistemática introduzida pela Lei 11.382/06, o legislador deslocou o problema para o plano da eficácia, o que é importante para a celeridade do processo, já que não mais será necessário o ajuizamento de qualquer demanda, se ocorrerem vícios elencados no §1º, acima transcrito. Com a nova redação, a hasta pública será tornada sem efeito nos próprios autos da execução, tendo este ato a natureza de decisão interlocutória, desafiando o recurso de agravo de instrumento.⁵

Mesmo no caso de possibilidade de arrependimento e desfazimento do ato da arrematação pelo próprio arrematante, assegurado pelo art. 694, § 1º, inc.III do CPC, ante o defeito do edital de leilão ao não constar ônus existentes sobre o bem; a tendência da jurisprudência atual e dominante no seio do Superior Tribunal de Justiça é a de acolher no mínimo possíveis arguições de nulidade da arrematação.

Em recente julgado, assentado no REsp.1092605, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no corrente ano de 2011, a Terceira Turma do eg. Superior Tribunal de Justiça admitiu a possibilidade, embora a lei não tenha previsto expressamente, de proceder a reserva de parte do valor resultante da arrematação em leilão para quitar dívidas que não foram ressalvadas no edital. Em aplicação por analogia ao art.130 do CTN, que prevê a sub-rogação da dívida no valor da hasta, defendeu a Ministra ser preferível permitir a retenção a indevidamente impor ao arrematante ônus que não lhe é devido, ou obrigar-se a acolher o pedido do próprio arrematante de desfazimento da arrematação por vício do edital, a teor do art. 694, § 1º, inc.III do CPC.

A tendência da jurisprudência, segundo a Ministra, é a de acolher o mínimo possível as arguições de nulidade, evitando o descrédito na alienação em hasta pública.

Reluz com clareza que a finalidade das alterações legislativas no Código de Processo Civil foram direcionadas a impor efetividade à arrematação, como forma de proteção aos interesses dos arrematantes, terceiros estranhos à relação jurídica processual, afastando os riscos de desfazimento posterior da arrematação, ou mesmo da morosidade decorrente de procedimentos judiciais que envolviam o ato da arrematação judicial.

⁵ A nova execução de títulos executivos extrajudiciais, Jaqueline Mielke Silva e outros, p. 217/219, p.224/225.

O Procedimentalismo de John Hart Ely Frente à Realidade Constitucional Brasileira

Jederson Suzin

Mestrando em Direito Constitucional - Unibrasil. Especialista pela Escola da Magistratura do Paraná e Juiz de Direito do Estado do Paraná.

RESUMO:

O presente artigo se propõe, primeiramente, apresentar a relação entre democracia e controle jurisdicional, partindo da obra *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, de John Hart Ely. Nesta obra o autor elucida que em um Estado democrático representativo torna-se inaceitável que a interpretação constitucional seja fruto de uma ponderação de valores resultantes de um conjunto de juízes sem a efetiva responsabilidade política. O autor propõe, ainda, que a jurisdição constitucional seja utilizada somente para a proteção dos procedimentos democráticos, garantindo a abertura de canais para o processo de participação. Ainda, será apresentada neste trabalho uma análise crítica, com base na obra de Ely (2010), cuja concepção de constitucionalismo parte da realidade estadunidense. Entretanto, articula a ideia de democracia representativa, a partir de uma macrodimensão, questionando o papel político dos juízes ou da interpretação judicial no Estado Democrático. Finalmente, a conclusão contempla a correlação da proposta concernente ao controle jurisdicional da democracia, a partir da obra de Ely (2010) e da realidade brasileira.

Palavras-chave: democracia, controle, constitucionalismo, jurisdição.

Abstract

The main purpose of this article is to present the relation between democracy and jurisdictional control, given the content of the book *Democracy and Distrust: A theory of judicial review of constitutionality*, by John Hart Ely. In this work, the mentioned author explains that in a democratic representative state it is unacceptable that constitutional interpretation should derive from the balance of values resulting from a group of judges without effective political responsibility. The author also suggests that constitutional jurisdiction is used only for the protection of democratic procedures, in such a manner that it ensures popular participation. Furthermore, this article will expose a critical analysis of Ely's work, whose idea of constitutionalism – based upon north-american jurisdictional system – relates with the concept of representative democracy and questions the political role of judges and judicial interpretation in a democratic state. Finally, this article establishes the connection between Ely's proposition of jurisdictional control of democracy and the one which is performed in Brazil.

Keywords: democracy, control, constitutionalism, jurisdiction.

1. Introdução

O cenário jurídico nacional é palco para profundas reflexões. Deparamo-nos, dia-a-dia, com decisões judiciais cujo conteúdo é alvo de questionamentos acerca do respeito à higidez democrática do Estado brasileiro.

Diante disso, a proposta deste estudo é, inicialmente, fazer uma abordagem

acerca da relação entre democracia e controle jurisdicional, a partir da análise da obra *“Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade”*, de Jonh Hart Ely.

Segundo a proposta de Ely (2010), a qual tem como base a constituição estadunidense, não se mostra aceitável que em uma democracia representativa possa a interpretação constitucional ser fruto de uma ponderação de valores partidos de um conjunto de pessoas – os juízes – desvestidos de responsabilidade política.

Sugere, assim, que a jurisdição constitucional sirva tão-somente para a proteção dos procedimentos democráticos, garantido a abertura dos canais para a participação nesse processo, ou seja, controle haveria quando ocorresse a obstrução dos canais de mudança política pelos incluídos e quando os representantes ligados à maioria colocassem em desvantagem as minorias.

Apresentar-se-á, em seguida, uma análise crítica desta proposta procedimentalista, onde se demonstrará que ela se serviu de uma concepção própria – e não única – de democracia e que, para uma realidade social marcada pela inacessibilidade aos direitos fundamentais pela maior parte dos cidadãos, o ideal democrático consistiria em simples retórica caso nos contentássemos com o mero resguardo procedimental despido de conteúdo substancialista. Isso porque o exercício das liberdades – inclusive a democrática – pressupõe capacidade e esta não se adquire tão-somente com a garantia de participação formal no processo político.

Nesse contexto, então, reconhecer-se-á a importância da função política do Poder Judiciário, com a jurisdição constitucional como requisito de legitimação aos regimes constitucionais democráticos.

2. JONH HART ELY E O CONTROLE JURISDICIONAL

Importante obra que trata do controle jurisdicional em Estados Democráticos é a de John Hart Ely (2010) e sua proposta decorre principalmente da preocupação de como conceber, em uma democracia, que a última palavra acerca da interpretação da Constituição possa ser dada a um corpo de juízes não eleitos e imunes a qualquer controle democrático.

Sempre tendo como fundo o cenário constitucional estadunidense, Ely (2010) inicia a obra distinguindo e abordando as correntes nominadas interpretacionistas e não interpretacionistas. As primeiras, aproximando-se dos positivistas, propõem uma interpretação que se limitaria a extrair os propósitos e proibições expressos pela linguagem da lei ou nela implícitos, portanto, seriam textualistas. Já as segundas defendem que os Tribunais devem “(...) ir além desse conjunto de referências e fazer cumprir as normas que não se encontram claramente indicadas

na linguagem do documento” (ELY, 2010, p.03).

Os dois atrativos tendem para a proposta interpretacionista: a melhor adequação com os costumes norte-americanos e a sua conciliação com a teoria democrática. Todavia, ainda que aparentemente pudesse representar a melhor opção, tal proposta apresentaria sérios problemas, como a dificuldade de evolução legislativa que pudesse acompanhar o progresso social, isso em razão da notória dificuldade de serem aprovadas novas emendas, o que, na prática, geraria textos representando, segundo Ely (2010, p. 12), “a voz de pessoas que faleceram há um ou dois séculos”¹ e, ainda, o fato das cláusulas abertas das constituições serem inconciliáveis com uma interpretação literal (cita o exemplo da primeira emenda que trata da liberdade de expressão e da oitava emenda que versa acerca da proibição de aplicação de penas cruéis e não habituais), e que, portanto,

(...) não podem ser interpretadas senão como convites bastante abertos a importar para os processos de decisão constitucional certas considerações que não podem ser encontradas na linguagem da emenda ou nos debates que levaram até ela” (ELY, 2010, p.19).

Apontados assim os problemas decorrentes do interpretacionismo, examina o consagrado autor aqueles inerentes ao não interpretacionismo, oportunidade em que discorre acerca de questões intrínsecas a estes métodos, como os “valores próprios do juiz”, “o direito natural”, os “princípios neutros”, a “razão”, a “tradição” e o “consenso”.

Acerca dos valores *próprios do juiz*, diz ser inaceitável a aplicação dos mesmos, seja porque não há como garantir que eles partilhem dos mesmos valores do povo, seja pelo conflito que representaria com a teoria democrática. Aliás, chega a dizer que pelo fato dos juízes estarem à margem do sistema governamental “não lhes daria um canal de acesso especial aos valores genuínos do povo norte-americano: na verdade, pelo contrário, praticamente assegura que não terão esse acesso” (ELY, 2010).

O segundo seria o direito natural. Citando C. Haines² diz que:

(...) todas as teorias jusnaturalistas caracterizam-se por uma singular falta de clareza, que é tanto uma vantagem, quanto uma desvantagem na aplicação de suas teses. A vantagem, supõe-se, é que você pode invocar o direito natural para defender o que quiser. A desvantagem é que todos sabem disso.

1 ELY, 2010, p. 12.

2 The Revival of Natural Law Concepts, PP.vii-viii – 1930.

Como exemplo cita uma decisão da Suprema Corte de 1872 onde, invocando o direito natural como negativa da pretensão de uma mulher de se tornar advogada, expôs-se que a “natureza das coisas, indica a esfera doméstica como aquela que pertence de maneira mais adequada ao domínio e às funções do mundo feminino”. Assim, conclui Ely (2010) que os fins supostamente universais do direito natural são muito poucos ou abstratos demais para dar conteúdo à idéia do bem, ou são muito numerosos e concretos para serem verdadeiramente universais, de modo que confiáveis não se mostrariam para invalidar decisões democráticas.

Abordando os *princípios neutros*, os quais transcenderiam o caso em questão e, pela generalidade, imporiam à Corte o dever de sempre agir com base nos mesmos princípios, reconhece os problemas decorrentes tanto da ausência de conteúdo apropriado desses princípios quanto de onde derivariam os valores que eles incorporariam.

Ao analisar a *razão*, e tendo aqui a filosofia moral como método de interpretação, suscita a questão de quais, de concreto, seriam os valores norteadores do processo. Diz que haveria uma distorção na escolha dos valores fundamentais pelos juízes e também dos filósofos, eis que representariam somente aqueles valores dos profissionais liberais da alta classe média. Seriam, assim, valores suspeitos, eis que elitistas e de baixa densidade democrática.

Sobre a *tradição*, diz que pode ser ela invocada para dar apoio a qualquer causa. Indaga ele: quais seriam as tradições admissíveis? Aquelas que vigorariam no mundo inteiro? Aquelas vigorantes numa certa época da história? A tradição, assim, não geraria uma resposta inequívoca, máxime se considerarmos ainda o fato de que bem poderiam elas aprisionar gerações presentes em nome de valores passados.

Por fim, sobre o *consenso*, reconhece que para a maioria das teses baseadas nos valores fundamentais os valores amplamente partilhados pela sociedade dariam forma às disposições constitucionais abertas. Todavia, em refutação a tal proposta, defende que “não há consenso algum a ser descoberto e conhecido (e, caso pareça haver algum, isso apenas reflete a dominação de alguns grupos por outros)” (ELY, 2010).

Ademais, diz que quando contemplamos os valores sociais através de nossos próprios olhos podemos nos convencer de que o consenso, seja ele qual for, apóia praticamente qualquer posicionamento que uma pessoa civilizada possa adotar. Segundo ele, as razões para a utilização do consenso seriam duas: i) garantir os direitos das maiorias como reflexo dos valores populares e, neste caso, o legislativo melhor desempenharia esse papel, bem como ii) proteger os indivíduos e minorias

contra as ações da maioria, porém, seria aqui descabido empregar juízos de valor da maioria (consenso) como veículos para proteger as minorias dos próprios juízos de valor da maioria.

Portanto, de se perceber pela argumentação exposta que, segundo Ely (2010), nenhuma das duas propostas atende satisfatoriamente as exigências dos princípios democráticos, seja por estarem presas a valores morais passados e não se compatibilizarem com as características das disposições constitucionais, no caso das interpretacionistas, seja porque suplantariam a vontade popular pela vontade de uns poucos escolhidos, destituídos de responsabilidade política, isso no caso dos não interpretacionistas.

Assim, após uma abordagem histórica acerca da *representação virtual*, invocada pela Inglaterra para justificar suas ações contra a Colônia (cobrança de impostos), reforça a idéia da necessidade de se assegurar, efetivamente, processos garantidores de uma efetiva representação por parte de todos e uma garantia de que a minoria seja resguardada contra a ação maléfica da maioria.

Deixa claro seu ponto de vista de que, à despeito de reconhecer a possibilidade do controle judicial em matérias de representação e participação igualitária, a interponderação de valores substantivos são deixados quase inteiramente a cargo do processo político, devendo a Constituição preocupar-se, basicamente, com duas coisas, a justiça procedimental na resolução das disputas individuais e o processo em sentido amplo (participação ampla nos processo e distribuição do governo). Isso implicaria que “a preservação dos valores fundamentais não é uma tarefa própria da Constituição e do direito constitucional” (ELY, 2010, p. 117).

Ely (2010, p. 118), comparando a atividade jurisdicional com a de um árbitro de futebol, diz que “o juiz deve intervir somente quando um time obtém uma vantagem injusta, não quando o time ‘errado’ faz gol”. Um resultado com o qual discordamos não acarreta a injustiça da ação, sendo que “numa democracia representativa, as determinações de valor devem ser feitas pelos representantes eleitos; e, se a maioria realmente desaprová-los, poderá destituí-los através do voto”. O mau funcionamento, então - a justificar o controle jurisdicional - somente ocorreria quando ocorresse i) obstrução dos canais de mudança política pelos incluídos e ii) os representantes ligados à maioria colocassem em desvantagem as minorias (discriminação).

Desta forma:

A proposta de Ely é manter o poder de decidir sobre os valores morais da sociedade nas mãos do povo, cabendo à jurisdição constitucional agir apenas como guardião dos procedimentos democráticos, garantido a abertura dos canais para a participação nesse processo, bem

como a sua lisura e o respeito às minorias. De acordo com Ely esse é o único caminho que pode explicar o papel da jurisdição constitucional em sociedades democráticas³.

Propõe ele, então, uma concepção procedimental de Constituição onde a atividade jurisdicional estaria confinada à garantia da representação e participação igualitária no processo político, ou seja, a Corte Constitucional representaria – e nisso se limitaria – a garantia à inclusão do processo político com ações voltadas fundamentalmente à desobstrução de todos os canais de acesso ao mesmo.

Em síntese, ELY propõe uma transformação do papel da Suprema Corte de um grupo de sábios que ditam os valores fundamentais em um conjunto de guardiães da lisura e imparcialidade dos processos democráticos de deliberação. Seguindo tal rota, a Corte constitucional jamais controlaria os resultados do processo de deliberação democrática, mas apenas policiaria a sua forma e suas pré-condições. Em outras palavras, o papel da justiça constitucional seria garantir a abertura do processo democrático a mudanças, sobretudo pela proteção dos direitos das minorias. A intenção de ELY é a de reconciliar o judicial review com a democracia, afirmando que esta não é só compatível com aquele, mas tem nele uma sua pré-condição⁴.

3. UMA ANÁLISE CRÍTICA À PROPOSTA PROCEDIMENTALISTA DE ELY

A questão que se coloca agora é a seguinte: a proposta procedimentalista defendida por Jonh Hart Ely atende realmente as exigências dos ideais democráticos?⁵ Um controle formal – e não substancial – do procedimento democrático constitui efetiva garantia ao exercício da democracia representativa?

3 GONÇALVES, Nicole Pilagallo as Silva Mader. **A jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. Dissertação de Mestrado, UFPR, 2009. http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/22550/1/NICOLE_GONCALVES DISSERTACAO.pdf

4 BINENMOJM, Gustavo. Duzentos anos de Jurisdição Constitucional: As lições de Marbury v. Madison. In Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Coord. Daniel Sarmento. Lumem Júris: Rio de Janeiro, 2009, p.234.

5 Ainda que não seja o foco do estudo, cabe esclarecer que houve, anos após, a proposta procedimentalista apresentada por HABERMAS. Ele, por sua “teoria do discurso” (*Direito e Democracia: entre faticidade e vaidade*) defende que a legitimidade do direito estaria atrelada ao princípio democrático e, portanto, surgiria da participação de todos no processo de deliberação e de decisão. Todavia, como bem observa Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Katya Kozicki “não se pode perder de vista que a teoria de discurso de Habermas não é pensada em condições concretas, mas como uma idéia reguladora, a ser exercida numa sociedade democrática

Nas sociedades subdesenvolvidas ou em desenvolvimento a mera garantia do direito de ser eleitor e ser eleito garante ao cidadão efetiva representação política ou, num cenário destes, há de se ter outros instrumentos – como um controle jurisdicional mais substancial e ativo - para garantir aquela representação?

Estas questões não se revestem de importância meramente acadêmica.

Expressam problemas reais e devem ser enfrentadas por aqueles que se dispõem a estudar uma teoria que represente um verdadeiro instrumento de acesso da população – todos, maioria e minoria – ao processo político.

Desta forma, uma premissa primeira para a elaboração desta análise crítica à proposta de Ely (2010) é compreender que ela decorre de uma concepção própria de democracia, vale dizer, uma concepção de democracia onde sua perfectibilização flui como corolário natural da soberania popular materializada com a representação formal no processo político.

Segundo DWORKIN⁶:

Ely insiste em que o papel adequado do Supremo Tribunal é policiar o processo da democracia, não rever as decisões substantivas tomadas por meio desses processos. Isso poderia ser persuasivo se a democracia fosse um conceito político preciso, de modo que não pudesse haver lugar para discordância quanto a ser ou não democrático um processo⁷.

Ou seja, toda a sustentação de Ely (2010, p. XX) tem por base uma particular concepção de democracia representativa. Ocorre que se tomarmos como base, exemplificadamente, uma concepção onde o pressuposto para um Estado

avançada, porque, para aceitar racionalmente as condições do discurso deliberativo, é necessário que os atores e os cidadãos, os quais se submeterão às leis, tenham iguais condições intelectuais, como forma de se ter uma efetiva legitimidade” (in **Democracia Procedimental e Jurisdição Constitucional**, disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/estefania_maria_de_queiroz_barboza.pdf), crítica esta, portanto, que igualmente pode ser lançada à proposta de ELY.

6 Dworkin reconhece a existência de um consenso formador de uma “moralidade comunitária”, a qual daria legitimidade ao funcionamento das instituições políticas e o principal princípio moral da comunidade seria o de serem todos tratados com igual respeito e consideração, do qual decorreria um conjunto de outros princípios cuja efetividade tornaria a democracia possível. Estes princípios são chamados de “condições democráticas”. Assim, “a regra da maioria é a regra de ouro para as deliberações coletivas em uma democracia. Porém, as “condições democráticas” não estão sujeitas à deliberação. Ao contrário, elas são pré-condição da lisura e da imparcialidade dos processos de deliberação coletiva. A jurisdição constitucional é uma força contramajoritária que fortalece a democracia, na medida em que a proteção dos direitos fundamentais previne ou corrige defeitos no processo de deliberação democrática” (BINENMOJIM, Gustavo. Duzentos anos de Jurisdição Constitucional: As lições de Marbury v. Madison. In Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Coord. Daniel Sarmento. Lumem Júris: Rio de Janeiro, 2009, p.237).

7 DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 82.

Democrático de Direito fosse aquele “vinculado e limitado juridicamente em ordem à proteção, garantia e realização efetiva dos direitos fundamentais, que surgem como indisponíveis perante os detentores do poder e o próprio Estado”⁸, portanto, tendo como núcleo essencial do Estado as liberdades e direitos fundamentais do cidadão, por certo que o ideal democrático seria simples retórica caso nos contentássemos com o mero resguardo procedimental despido de conteúdo substancialista.

Conveniente lembrar ainda que “numa sociedade heterogênea, desigual e plural como a brasileira, só se poderá falar em democracia quando os direitos sociais básicos dos cidadãos estiverem garantidos”⁹.

Não pode ser diferente. O exercício das liberdades – e aqui se inclui a democrática – pressupõe capacidade e está não se adquire tão-somente com a garantia de participação formal no processo político.

O cidadão – representado politicamente – deve ter uma condição social e intelectual apta a lhe dar condições de bem escolher seu representante e, caso isso tenha, defensável até pode ser uma proposta procedimentalista, porém, enquanto tal condição não existir, a mera garantia de acesso àquele processo, nenhuma garantia representa¹⁰. Não se afirma com isso que não tenham estas pessoas o direito de participarem do jogo democrático. Por certo que possuem. O que se defende é que, conjuntamente com a participação formal, haja instrumentos constitucionais que garantam a elas uma efetiva inclusão política, ainda que o agente instrumentalizador não detenha, como diz Ely (2010), responsabilidade política.

8 NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 2006.

9 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 18-19.

10 Conveniente abordagem acerca do tema foi feita por MARIO EUGÊNIA BUCHAFT, em sua tese de doutorado para a PUC- Rio, 2007, onde discorre acerca da análise feita por Lênio Luiz Streck acerca do embate teórico entre procedimentalistas e substantivistas. Diz, ali, que STRECK “(...) demonstra-se cético em relação à capacidade do processo democrático em realizar o ideário constitucional, argumentando que o procedimentalismo só faz sentido nas democracias onde os problemas de exclusão e dos direitos fundamentais já foram resolvidos”. Mais adiante assevera que para referido autor “(...) o Estado de Direito exige um novo modelo constitucional, no qual o poder judiciário deve assumir uma postura intervencionista e uma atitude de resistência constitucional, de 1988, e protegendo concretamente os direitos fundamentais sonogados à população pelo legislador e pelo poder Executivo. Assim, inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo podem ser supridas pelo Judiciário, mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição. O Estado Democrático de Direito depende muito mais de uma ação efetiva do Judiciário do que de procedimentos legislativos e administrativos. Na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, o judiciário teria um papel fundamental como instrumento para o resgate dos direitos não realizados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional, é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que, legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram conquistas da sociedade”. Disponível em http://publique.rdc.puc-rio.br/direito/media/Bunchaft_n30.pdf.

Veja o Brasil. A despeito da melhora do quadro social nos últimos anos, isso devido às políticas sociais empregadas pelo governo federal, ainda contamos com um número de aproximadamente treze por cento de analfabetos¹¹. Tal condição está – via de regra – associada à ausência de outros direitos fundamentais, como alimentação, saúde e moradia adequada. Pergunta-se, então: para essa considerável parcela da população, que direitos possuem, por exemplo, à liberdade de expressão de modo a poderem trilhar, em pé de igualdade com os demais, os canais de participação política?

O fato é que “sem educação, sem saúde, sem moradia o indivíduo não possui poder político suficiente para participar do processo político democrático de forma efetiva e em condições de igualdade com toda a sociedade, restando para ele fechados os canais de participação no processo político democrático”¹².

Ademais, oportuno também pensar se a responsabilidade política decorre exclusivamente de uma representação popular direta ou se não decorre também, e principalmente, da consecução dos objetivos eleitos pelo Estado. Tem mais responsabilidade política o parlamentar que, frente ao direito constitucional à saúde, medida alguma toma em relação à concreção deste direito ou a Corte Constitucional que, diante da omissão do Legislativo ou Executivo, ordena a inclusão no orçamento do ano seguinte de mais verbas para custear o Sistema Único de Saúde?

A Carta Constitucional – ao menos a brasileira – é marcada por uma gama de direitos fundamentais ainda por se concretizar. A apatia diante da inércia à consecução dos mesmos não pode ser justificada com o corrente argumento de separação do poderes, aliás, esta própria concepção é normalmente mal compreendida, máxime em regimes constitucionais marcados por uma clara especificação dos objetivos do Estado, de modo a poder afirmar que os poderes instituídos são legitimados não só pela observância do processo de sua instituição, mas principalmente porque suas ações estão centradas, ativamente, na concreção daqueles objetivos fundamentais.

Não se desconhece o passado histórico onde a ocorrência da concentração de poder mostrava-se como prelúdio da negação das liberdades. Todavia, não se pode invocar este passado para, em descompasso com a nova realidade e exigências

11 O Censo 2000 mostrou que a taxa de analfabetismo das pessoas de 15 anos ou mais varia de acordo com cor ou raça. Enquanto na população de cor branca era de 8,3%, na que se declarou de cor preta, atingiu 21,5%. A população indígena tinha a maior taxa de analfabetismo (26,1%) e a de cor amarela (asiáticos e descendentes), a menor (4,9%). Entre a população parda, a taxa era de 18,2% e para o total do País, 12,9%. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/20122002censo.shtm>.

12 GONÇALVES, Nicole Pilagallo as Silva Mader. **A jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. Dissertação de Mestrado, UFPR, 2009. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/22550/1/NICOLE_GONCALVES DISSERTACAO.pdf

sociais, sufragar novas negativas justamente porque cada um dos poderes instituídos não cumpre com o seu legítimo papel constitucional.

A esse respeito, conveniente citar o julgamento ocorrido na ADPF nº 45 MC/DF¹³, onde o Min. Celso de Mello, em decisão monocrática, ementou que: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).¹⁴

Na sua fundamentação, deixa claro o citado Ministro que, na inércia maléfica dos demais poderes instituídos pode o Judiciário, excepcionalmente, formular e implementar políticas públicas. Disse em sua fundamentação:

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. [...] Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a

13 No plenário o julgamento foi considerado prejudicado em razão da promulgação da Lei nº 10.777/2003.

14 ADPF45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em 09/10/2010.

cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador; nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Em outra ação onde se discutia o fato da maioria legislativa, por deliberada inércia de seus líderes na indicação de membros para compor determinada Comissão Parlamentar de Inquérito, frustrar o exercício, pelos grupos minoritários que atuam no Congresso Nacional, do direito público subjetivo de ver instaurada a investigação parlamentar em torno de fato determinado e por período certo (art. 58, § 3º, da Constituição), disse o Min. Marcos Aurélio:

(...) O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República, ainda que essa atuação institucional se projete na esfera orgânica do Poder Legislativo. - Não obstante o caráter político dos atos parlamentares, revela-se legítima a intervenção jurisdicional, sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional e titularizados, ou não, por membros do Congresso Nacional.¹⁵

Das transcrições acima se pode extrair que: i) existem grupos de direitos

15 STF - MS 24831 / DF - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO - Julgamento: 22/06/2005.

protegidos constitucionalmente e cuja eficácia não se encontra sujeita à conformação dos poderes instituídos; ii) a inércia do Legislativo e Executivo como fator neutralizante destes direitos e iii) a excepcional atuação do Judiciário como forma de viabilizar a concreção dos mesmos. Este controle jurisdicional exercido, portanto, antes de caracterizar abuso ou hipertrofia de poderes, expressa somente a necessidade de reafirmar, na prática, as escolhas fundamentais feitas pelo Estado.

Maria Estefânia de Queiroz Barboza (2007), estudando acerca do tema, bem expõe sua posição:

(...) deve o Poder Judiciário assumir que exerce função política, sim, e na medida em que interpreta, por meio de amplo esforço de compreensão valorativa das regras, principalmente de direitos sociais, prevista na Constituição de 88, ao estabelecer novos papéis a serem desempenhados pelo Estado, enquanto provedor de serviços básicos, enquanto promotor de novas relações sociais, enquanto planejador de atividades econômicas, etc. e efetivar os direitos sociais prestacionais, segundo os valores políticos e sociais consagrados na Constituição e conforme os anseios da população. A Constituição não pode mais ser entendida apenas como uma norma jurídica superior, sem preocupação ou vinculação com a realidade social, como mera garantia do status quo. A Constituição brasileira, ao trazer valores sociais alçados a direitos fundamentais, acaba por legitimar o juiz constitucional¹⁶.

Cabe aqui a advertência de Barroso (2009) acerca dos países de democratização tardia ou de redemocratização recente:

Nesses países, como regra, o processo político majoritário não consegue satisfazer plenamente as demandas por legitimidade democrática, em razão das distorções históricas na distribuição do poder e de riquezas. Neste cenário, melhor do que a vocação autoritária do Executivo ou a baixa representatividade do Legislativo é a atuação equilibrada e independente dos tribunais constitucionais. Na medida em que consigam escapar da captura pela política ordinária, cabe a eles o papel de garantidores da estabilidade institucional e dos avanços sociais possíveis¹⁷.

16 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia.** Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 198-199.

17 A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no mundo contemporâneo. In Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Coord. Daniel Sarmento. Lumem Júris: Rio de Janeiro, 2009, p.345.

É, neste andar, como bem observa Binenbojm (2004)¹⁸, que a jurisdição constitucional parece ser um requisito de legitimação e de credibilidade política dos regimes constitucionais democráticos e a Constituição, por sua vez, continua sendo a tentativa de transformar em direito escrito os supremos valores.

Esta também é conclusão de Guerra (2008):

A percepção juridificante das decisões políticas, em especial as pertinentes a direitos sociais, transcende os mais elementares contornos de uma democracia calcada apenas na regra majoritária, instaurando um novo ciclo dialógico no qual o Judiciário representa, em si, um retorno às bases ideológicas de legitimação da Constituição.

(...)

Precisa-se ter em mente, entretanto, que os limites da tarefa jurisdicional não se confundem, a rigor, com a interpretação “técnica” dos atos legais e demais fontes normativas que se apresentam dogmaticamente organizadas, em sentido positivo-normativista estrito, mas refere-se a fatos da vida, questões concretas e, não raro, trágicas.

A acessibilidade dos espaços judiciais, em substituição à representação política tradicional, em que os eleitores demandam de seus governantes as providências necessárias para o bom funcionamento da sociedade. É a cidadania e a participação política por meio do direito. A cidadania pela via judiciária.

Se há limites éticos ao ativismo político dos juízes, tais só poderão ser ponderados a partir do recorte histórico e do estudo de casos, implicados em uma linguagem que reconheça a integridade e a idiosincrasia do debate brasileiro¹⁹.

4. CONCLUSÃO

A proposta procedimentalista de John Hart Ely resume-se, basicamente, em conceber uma jurisdição constitucional cuja restrita função seria a proteção do procedimento democrático.

Esta proposta, como visto acima, não se coaduna com a realidade brasileira, seja pela característica de nossa Constituição, impregnada que é valores morais que clamam por uma interpretação substancial, seja pela característica da sua sociedade, notadamente desigual e carente de acesso à direitos fundamentais.

18 In A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

19 In “O papel político do Judiciário em uma democracia qualificada: a outra face da judicialização da política e das relações sociais”. Revista Direitos Fundamentais & Democracia (Unibrasil). Vol.4(2008).

A democracia, portanto, não é alcançada somente pela garantia de participação formal no processo político. Paralelamente a esta participação, há de se ter instrumentos constitucionais que garantam às pessoas uma efetiva inclusão política, sobressaindo aqui a função política do Poder Judiciário, onde o controle jurisdicional serviria como meio de dar concreção às escolhas políticas fundamentais materializadas na Constituição.

Não se desconhece os problemas decorrentes da utilização desordenada deste controle, ainda que decorra ela, em grande parte, da inércia do Legislativo em cumprir sua constitucional função. Todavia, não parece ser aceitável que, com fundamento em alguns abusos, seja desconstruído todo um cenário voltado à efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos.

A democracia se constrói a partir de um amadurecimento político firmado, não poucas vezes, em erros e desacertos. Devemos aprender com os erros e corrigi-los e não recuarmos na história compactuando com uma tradição marcadamente conservadora e contrária ao implemento de uma sociedade mais igualitária.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BINENMOJM, Gustavo. **Duzentos anos de Jurisdição Constitucional: As lições de Marbury v. Madison**. In Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Coord. Daniel Sarmento. Lumem Júris: Rio de Janeiro, 2009, p.234.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz e KOZICKI, Katya. **Democracia Procedimental e Jurisdição Constitucional**. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/bh/estefania_maria_de_queiroz_barboza.pdf. Acesso em 01/10/2010.

_____. **Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 198-199.

BINENMOJM, Gustavo. **Duzentos anos de Jurisdição Constitucional: As lições de Marbury v. Madison**. In Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Coord. Daniel Sarmento. Lumem Júris: Rio de Janeiro, 2009, p.237.

_____. **In A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização** – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no mundo contemporâneo**. In Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Coord. Daniel Sarmento. Lumem Júris: Rio de Janeiro, 2009, p.345.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 82.

GONÇALVES, Nicole Pilagallo as Silva Mader. **A jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. Dissertação de Mestrado, UFPR, 2009. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/22550/1/NICO-LE_GONCALVES DISSERTACAO.pdf. Acesso em 04/10/2010.

GUERRA, Gustavo Rabay. **O papel político do Judiciário em uma democracia qualificada: a outra face da judicialização da política e das relações sociais**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia (Unibrasil). Vol.4(2008).

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - Censo 2000 - Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/20122002censo.shtm>. Acesso em 02/10/2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

Por Uma Releitura da Gratuidade da Justiça

Gustavo Tinôco de Almeida
Juiz de Direito do Estado do Paraná.

A gratuidade da justiça é um dos elementos mais importantes e que acabam por garantir que os jurisdicionados tenham a possibilidade de ver as suas demandas apreciadas pelo Poder Judiciário, retirando um dos principais óbices verificados para tal análise, qual seja o aspecto financeiro.

O presente ensaio pretende visitar os fundamentos que ensejaram o estabelecimento da gratuidade da justiça e apresentar algumas reflexões acerca do tema para que possam ser debatidas as ideias e auxiliar no aperfeiçoamento do instituto.

1- Dos custos da administração da justiça e o problema de legitimação do Poder Judiciário:

Com efeito, a administração da justiça apresenta altos custos para a sua efetivação e apenas parte destes custos é exigida daqueles que utilizam os mecanismos de justiça formal nas sociedades modernas.

Imperioso se faz destacar que as receitas das custas judiciais em grande parte das sociedades modernas tem por escopo permitir o pagamento dos salários de Juízes, servidores e a manutenção da estrutura judiciária.

Tal circunstância tornou-se particularmente clara no sistema brasileiro com a denominada Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional n. 45/04) que alterou a disposição do art. 98, da Carta Federal para a inserção do parágrafo segundo a texto do dispositivo, o qual expressamente destaca que *“as custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça”*.

Exatamente pelos custos que se fazem necessário para que o Estado subtraia a justiça privada pelo mecanismo da administração da justiça e, assim, promova uma das funções primordiais do Estado, que é prover a segurança dos cidadãos, o que se faz com a centralização e resolução das disputas pelo Estado, muitas vezes os jurisdicionados não tem condições de realizar o pagamento dos emolumentos necessários para o suprimento dos custos administrativos do Poder Judiciário.

A consequência da impossibilidade dos indivíduos arcarem com os custos do sistema da administração de justiça estatal é a de tornar tal mecanismo

inalcançável a determinada parcela da população, cujas opções são ficar à margem do Estado e não poderem defender os direitos salvaguardados pelas leis do Estado ou então retornar à situação da justiça privada, ainda que ilegal sob a ótica do Estado.

Em ambas as situações, ocorre a deslegitimação do Poder Judiciário, seja porque deixa certo grupo de cidadãos sem possibilidade de ver seus direitos salvaguardados, o que permite a ilação de que o Poder Judiciário estaria sempre a serviço de determinadas classes sociais, trazendo instabilidade ao próprio Estado, seja pelo sentimento daqueles que não podem alcançar o sistema de justiça formal de que a administração da justiça torna-se desnecessária. Some-se a isto os custos com a contratação de profissionais habilitados e demais custos relacionados à efetivação de direitos.

A fim de se evitar tais consequências de todo danosas ao Estado, alguns mecanismos precisaram ser estudados para que se fizesse possível a representação daqueles que não possuem condições de arcar com os custos de demandar judicialmente.

São exemplos destes mecanismos no Direito Brasileiro, a existência da Defensoria Pública, os Juizados de Pequenas Causas, hoje, Juizados Especiais Cíveis, Criminais e da Fazenda Pública, a advocacia dativa conjuntamente com a gratuidade da justiça (assistência jurídica gratuita) e até mesmo a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos por determinadas entidades.

No caso presente, examinar-se-á, especialmente, a sistemática da gratuidade da justiça, sem deixar de ressaltar que os demais mecanismos são igualmente relevantes.

2- Da construção do instituto da assistência judiciária gratuita e a gratuidade da justiça e sua incidência no Direito Brasileiro:

Um dos elementos mais relevantes que afastam o indivíduo do mecanismo formal de justiça é efetivamente o custo necessário para a utilização do mecanismo, bem como a contratação de profissional habilitado para proceder a defesa.

Esta questão não é nenhum pouco nova e é parte central de um estudo cuja leitura é obrigatória para quem pretende compreender minimamente os óbices dos cidadãos à justiça formal, qual seja, a obra “*Acesso à Justiça*” de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, como parte do Relatório de Florença que visava justamente examinar o acesso à justiça.

Ressalte-se que o referido estudo de referência foi originalmente publicado no ano de 1978 e sua leitura demonstra claramente que um dos principais óbices ao acesso à justiça é efetivamente o custo.

Contudo, este particular aspecto não passou despercebido pelas diversas sociedades modernas ocidentais e já existiam, mesmo antes do citado relatório e do estudo, formas de se buscar garantir que os custos do processo judicial não afastassem os cidadãos no sistema formal de justiça, malgrado tenha ocorrido a partir das conclusões de Cappelletti e Garth sensível evolução em diversos sistemas jurídicos, inclusive o Sistema Jurídico Brasileiro.

No ordenamento jurídico pátrio, desde o ano de 1950, existe norma que autoriza a concessão da gratuidade da justiça e garantia a assistência jurídica sem o desembolso de qualquer valor pelo indivíduo, bastando, para tanto a afirmação de que o mesmo não tenha condições de arcar com os custos do processo na forma do art. 4º, da Lei 1.060/50, considerando-se tal declaração como prova *iuris tantum* da incapacidade de arcar com os custos, mas que pode ser infirmada no curso do processo.

Do mesmo modo, a Constituição Federal estabeleceu como direito fundamental a gratuidade da justiça àquele que, nos termos da lei, indicasse e comprovasse não possuir condições de arcar com os custos da demanda, como expressamente indicado no art. 5º, LXXIV, da Carta Federal.

Importante se faz consignar que o direito fundamental da assistência jurídica estabelecido na Constituição Federal malgrado indique que o beneficiado deve demonstrar a sua insuficiência de recursos, a forma de tal comprovação deve dar-se na forma da lei e como no caso da assistência judiciária gratuita a Lei 1.060/50, ainda em vigor, estabelece que basta a declaração para a concessão do benefício, tem-se que a complementação existente ao texto constitucional estabeleceu a forma como deve ser comprovada a insuficiência de recursos bastando a simples declaração da própria parte interessada, sendo considerada a declaração como prova *iuris tantum* da incapacidade de arcar com os custos, mas que pode ser infirmada no curso do processo.

Saliente-se que a gratuidade da justiça e a assistência judiciária gratuita no âmbito do direito pátrio, não elidem a condenação do assistido ao pagamento dos emolumentos e custas processuais, mas tão-somente suspende a sua exigibilidade, de modo que caso o indivíduo consiga auferir condições de arcar com as custas judiciais no prazo de 5 anos, deverá fazê-lo, na forma do art. 12, da Lei 1.060/50.

Esta a situação da gratuidade da justiça e da assistência judiciária gratuita, mas cuja interpretação tem sido objeto de constante evolução.

3- Da evolução da interpretação da assistência judiciária gratuita:

Embora no âmbito do direito pátrio permaneça sendo suficiente a declaração

da própria parte acerca da inexistência de recursos suficientes para arcar com os custos do processo, tal circunstância tem sido objeto de interpretação jurisprudencial que merece ser indicada como forma de consolidação do instituto no direito brasileiro.

Esta necessidade de interpretação das normas decorreu da necessidade de salvaguardar o direito do indivíduo hipossuficiente, manter acesso á justiça e, ao mesmo tempo, impedir o abuso do direito, o qual, em verdade não se trata de situação juridicamente correta e que deve ser repelida até como forma de manutenção dos serviços forenses e garantia da utilização do benefício, com a integridade do aparelho jurisdicional por aqueles que efetivamente necessitam do auxílio

No que respeita às pessoas jurídicas, às quais são reconhecidos os mesmos direitos dos indivíduos, com os temperamentos que exige em vista da própria construção da ideia em torno da pessoa jurídica, a jurisprudência vem se posicionando de forma bastante interessante.

Cingindo-se a pessoa jurídica a sociedade empresária ou que tenha sido constituído sob a forma de sociedade e que tenha como finalidade a obtenção de lucro, tem exigido a jurisprudência a demonstração através de documentos fiscais e balanços financeiros a demonstração fática da impossibilidade dos custos serem suportados pela sociedade.

Isto é assim, porque a pessoa jurídica constituída visando o lucro tem como única razão de ser esta última circunstância, sendo certo que o lucro remonta a situação de sobra de valores após o adimplemento de todas as obrigações societárias, razão pela qual em relação à tais espécies de pessoa jurídica, a própria natureza da pessoa jurídica elide a presunção de impossibilidade de arcar com as custas processuais, sendo exigível a comprovação material da impossibilidade.

Do mesmo modo, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos mas que não sejam beneficentes, ou seja, que tenham por objeto a efetivação de determinado fim comum a seus membros e não a comunidade, também devem comprovar a insuficiência de fundos para arcar com as custas processuais.

Esta ponderação funda-se na circunstância de que sociedades não lucrativas mas que tenham o objetivo do bem comum de seus associados não visam o lucro, mas visam o bem de restrito círculo de pessoas e todas as suas atividades voltam-se a tal circunstância, sendo certo que a defesa dos direitos em juízo também é uma das situações associativas e que assim, devem os recursos da associação ou entidade não lucrativa ser utilizada para o pagamento dos custos da administração da justiça em relação à demanda em que se pretende o resguardo de direito da entidade que beneficiará círculo restrito de pessoas.

Deste modo, somente quando demonstrada a insuficiência de recursos para a proteção de direitos de determinado conglomerado de pessoas é que seria possível a concessão do benefício da gratuidade da justiça. Observe-se que também nesta situação a própria natureza da entidade contrapõem-se à razão do benefício da gratuidade da justiça e elide a presunção da simples declaração como prova *iuris tantum*.

Situação diversa ocorre quando se está diante da sociedade filantrópica a qual tem como finalidade servir a coletividade e portanto seus recursos são utilizados exclusivamente para o bem comum, ocasião em que como não há a previsão de lucros e se busca o bem comum, assente que em tal situação a ausência de recursos próprios para prover os custos da justiça é presumida, sob pena de serem retirados recursos da atividade filantrópica e do bem comum. Este o motivo pelo qual tais entes gozam da presunção prevista na Lei 1.060/50, ainda que se tratem de pessoas jurídicas.

Neste mesmo sentido, malgrado nenhuma das decisões colhidas explique detalhadamente os seus fundamentos mas deixam transparecer que as razões são exatamente aquelas aqui indicadas, já decidiu a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA FILANTRÓPICA. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA. PRESUNÇÃO DE MISERABILIDADE IURIS TANTUM. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. DIVERGÊNCIA INSTAURADA NA PRÓPRIA CORTE ESPECIAL.

1. O benefício da assistência judiciária gratuita pode ser deferido às pessoas jurídicas de entidades filantrópicas ou de assistência social, bastando o mero requerimento, cuja negativa condiciona-se à comprovação da ausência de estado de miserabilidade jurídica pelo ex adverso; (ii) as demais pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos, incumbe-lhes o onus probandi da impossibilidade de arcar com os encargos financeiros do processo.

2. A concessão da gratuidade depende do fato objetivo inscrito na lei, no sentido de que a parte não possui condições de arcar com as despesas processuais próprias sem severo prejuízo para a sua subsistência.

3. A inversão do ônus da prova da “miserabilidade jurídica”; vale dizer: pessoas físicas e entidades filantrópicas ou de assistência social

gozam da presunção de miserabilidade *iuris tantum*, por isso que admite-se a prova em contrário. Ao revés, as demais pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos, devem comprovar *prima facie* que não têm condições de arcar com as despesas processuais para usufruírem do benefício que é consectário do “acesso à Justiça”. In casu, a embargante entidade filantrópica e, portanto, goza de presunção de miserabilidade *iuris tantum*.

4. Embargos de divergência providos. (EREsp 1044784/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/06/2010, DJe 09/05/2011).

No que respeita às pessoas físicas, malgrado exista a presunção *iuris tantum* de sua hipossuficiência econômica decorrente da simples declaração de não adimplir os custos do processo, tal assertiva comporta temperamentos.

Isto porque em algumas situações, os elementos fáticos e os elementos notórios na vida social em qualquer comarca, pode o Magistrado ter conhecimento de fatos que desde que indicados como fundamento da decisão, podem ensejar a necessidade de comprovação da hipossuficiência econômica da pessoa física a fim de que não se utilize o referido benefício como abuso de direito.

Neste sentido, tem se inclinado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DEFERIMENTO. MATÉRIA PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Em observância ao princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88, é plenamente cabível a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita às partes. Disciplinando a matéria, a Lei 1.060/50, recepcionada pela nova ordem constitucional, em seu art. 1º, caput e § 1º, prevê que o referido benefício pode ser pleiteado a qualquer tempo, sendo suficiente para sua obtenção que a pessoa física afirme não ter condição de arcar com as despesas do processo.

2. O dispositivo legal em apreço traz a presunção *iuris tantum* de que a pessoa física que pleiteia o benefício não possui condições de arcar

com as despesas do processo sem comprometer seu próprio sustento ou de sua família. Por isso, a princípio, basta o simples requerimento, sem qualquer comprovação prévia, para que lhe seja concedida a assistência judiciária gratuita. Contudo, tal presunção é relativa, podendo a parte contrária demonstrar a inexistência do estado de miserabilidade ou o magistrado indeferir o pedido de assistência se encontrar elementos que infirmem a hipossuficiência do requerente.

3. No caso dos autos, o Tribunal de origem, com base no conjunto fático-probatório constante dos autos, concluiu por manter o deferimento do pedido de assistência judiciária gratuita do ora recorrido, circunstância que inviabiliza o exame da controvérsia em sede de recurso especial, conforme preconizado no enunciado nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 1358935/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 01/02/2011).

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PESSOA FÍSICA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. JUSTIÇA GRATUITA INDEFERIDA. ACÓRDÃO QUE DECIDIU COM BASE NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ.

1. A declaração de hipossuficiência não ostenta presunção absoluta de veracidade, podendo ser afastada por provas acostada aos autos pela parte adversa ou a pedido do juízo.

2. O benefício da justiça gratuita pode ser pleiteada a qualquer tempo, bastando, para obtenção do benefício pela pessoa física, a simples afirmação de que não está em condições de arcar com as custas do processo e com os honorários advocatícios. Nada obstante, cuidando-se de afirmação que possui presunção iuris tantum, pode o magistrado indeferir a assistência judiciária se não encontrar fundamentos que confirmem o estado de hipossuficiência do requerente (AgRg no REsp 1.073.892/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 18.11.2008, DJe 15.12.2008; AgRg no REsp 1.055.040/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 25.09.2008, DJe 17.11.2008; REsp 1.052.158/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma,

julgado em 17.06.2008, DJe 27.08.2008; e AgRg no Ag 915.919/RJ, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), Segunda Turma, julgado em 11.03.2008, DJe 31.03.2008).

3. O Recurso Especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em face do óbice erigido pela Súmula 07/STJ, sendo certo que, in casu, o Tribunal local analisou a questão sub examine - pedido de assistência judiciária - à luz do contexto fático-probatório engendrado nos autos.

4. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no REsp 1122012/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 18/11/2009).

Portanto, a evolução da compreensão da assistência judiciária gratuita indica a necessidade de ser concedido o benefício àqueles que solicitem o benefício desde que não se vislumbre, desde logo circunstâncias que infirmem a presunção *iuris tantum* da declaração da hipossuficiência.

Cabe assim, ao magistrado examinar nos autos e dos fatos notórios na Comarca e consignar em sua decisão tais elementos quando indeferir o pedido da assistência judiciária gratuita ou mesmo solicitar a comprovação da hipossuficiência.

Resta, ainda, a proposição de um caminho ainda mais desafiador, como se examinará em seguida.

4- Da possibilidade de concessão parcial da assistência judiciária gratuita e a necessidade de sua efetiva aplicação pelo Poder Judiciário:

Como visto a assistência jurídica gratuita tem por escopo permitir que aquele que não tem condições de suprir as custas judiciais que o mesmo possa ter acesso à justiça.

Entretanto, existe respeitável volume de pessoas que embora não possam fazer frente à integralidade das custas processuais, podem ao menos adimplir parte das mesmas.

Nestes casos, entende-se que a gratuidade da justiça deve ser proporcional à sua condição econômica.

Saliente-se, como já indicado, que o referido benefício de assistência judiciária gratuita somente suspende a exigibilidade das custas processuais em virtude do indivíduo não conseguir adimplir às mesmas.

Contudo, se a parte tem condições de arcar com parte das custas processuais, deve a parte suportar tal custo, eis que o benefício da assistência judiciária gratuita não remete à simples situação em que a parte pode obter a suspensão total ou não de todos os custos da atividade judiciária.

Possível se faz que a suspensão da exigência das custas recaia apenas sob parte das custas judiciais, quando comprovado que a parte tem condições de arcar com parte das custas processuais.

Anote-se, ainda, que se trata da aplicação do próprio princípio da isonomia, tratando pessoas em situações distintas de modo distinto à medida de sua desigualdade, ou seja, permite-se que aquele que tem integral condições de arcar com os custos que arque com os mesmos integralmente, aquele que tem condições de arcar com parte dos custos, que arque com os mesmos de forma parcial e aquele que não tem condições nenhuma de arcar com os custos, que não arque com nada, aplicando-se o benefício conforme a sua situação econômica e visando o alcance da igualdade à medida em que o indivíduo pode arcar com as custas processuais.

Este pensamento decorre, ainda, da própria aplicação do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, além de vislumbrar a verdadeira função da assistência judiciária gratuita, qual seja, permitir que o indivíduo tenha acesso à justiça e se este tem condição de arcar com parte dos custos sem prejuízo da sua família, nada impede que seja deferida apenas de modo parcial a gratuidade da justiça.

Aliás, tal previsão encontra-se prevista no art. 13, da Lei 1.060/50.

Neste sentido, tem se manifestado o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO.MAGISTRADO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. CITAÇÃO. DETERMINAÇÃO. ARGÜIÇÃO. DESNECESSIDADE. PRECLUSÃO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. REQUERIMENTO. QUALQUER TEMPO. INDEFERIMENTO. NOVA OPORTUNIDADE. PRÁTICA. ATO PROCESSUAL. CONCESSÃO PARCIAL.POSSIBILIDADE.

I - Torna-se preclusa a questão da necessidade de litisconsórcio passivo, o qual, uma vez determinado, a parte com ele anuiu, limitando-se a requerer os benefícios da assistência judiciária gratuita.

II - A assistência judiciária gratuita pode ser pleiteada a qualquer tempo. Todavia, uma vez requerida no curso do prazo para a prática de

determinado ato processual, se indeferida, deve ser oportunizado à parte novo prazo para a prática daquele ato. Precedentes do STJ.

III - Na espécie, indeferido o pedido de assistência judiciária gratuita no termo final para que o impetrante promovesse a citação por edital dos litisconsortes passivos necessários, caberia ao e. Tribunal de origem, antes de declarar liminarmente a extinção do feito, reabrir o prazo para a prática daquele ato, advertindo a parte da aplicação do parágrafo único do artigo 47 do CPC.

IV - “O Judiciário pode conferir apenas em parte o benefício de assistência judiciária, desde que vislumbrada certa possibilidade de se arcar com as despesas processuais.” (Precedente: AgRg no Ag 632839/MG, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA, DJ 15.05.2006).

V - Em tese, vencimentos líquidos de aproximadamente R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) levam a presumir capacidade de pagamento de custas processuais sem prejuízo do sustento próprio. Todavia, é de se afastar tal presunção, uma vez que o recorrente demonstrou que o custo para promover a citação por edital de todos os litisconsortes passivos necessários estaria orçado no total de R\$ 10.675,00 (dez mil, seiscentos e setenta e cinco reais).

VI - Dessa forma, mostra-se razoável conceder-lhe a assistência jurídica gratuita tão-somente com relação às despesas para a publicação do edital de citação dos litisconsortes passivos necessários (art. 3º, parágrafo único, e 13 da Lei nº 1.060/50).

VII - Prejudicada a questão da aplicação analógica do artigo 515, § 3º, do CPC (teoria da causa madura), em face da remessa dos autos à instância de origem para citação dos litisconsortes passivos necessários, os quais, querendo, lá apresentarão oportunamente defesa. Recurso ordinário parcialmente provido. (RMS 22.416/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2007, DJ 03/12/2007, p. 336).

E voto do Eminentíssimo Ministro relator Felix Fisher extrai-se verdadeira lição sobre o tema:

“Dessa forma, mostra-se razoável conceder-lhe a assistência jurídica gratuita tão somente com relação às despesas para a publicação do edital de citação dos litisconsortes passivos necessários, com aplicação do

disposto no parágrafo único do artigo 3º da Lei nº 1.060/50, que prescreve:

“Art. 3º. (...).

Parágrafo único. A publicação de edital em jornal encarregado de divulgação de atos oficiais, na forma do inciso III, dispensa a publicação do ato em outro jornal.”

A propósito do deferimento parcial da assistência judiciária gratuita, já decidiu esta e. Corte Superior, verbis: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE ISENÇÃO PARCIAL DO PAGAMENTO DE DESPESAS PROCESSUAIS (LEI Nº 1.060/50). POSSIBILIDADE.

1. O Judiciário pode conferir apenas em parte o benefício de assistência judiciária, desde que vislumbrada certa possibilidade de se arcar com as despesas processuais.

2. Agravo improvido.” (AgRg no Ag 632839/MG, Rel. Ministro **HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA**, julgado em 28.03.2006, DJ 15.05.2006 p. 312). Do voto-condutor do aludido precedente, é importante destacar o seguinte trecho: “A decisão judicial de conferir apenas em parte o benefício de assistência judiciária poderia ensejar, aparentemente, a impressão de que se operou, de fato, violação aos dispositivos elencados. Contudo, consagra-se na doutrina e na jurisprudência o padrão hermenêutico que demanda ao intérprete visão abrangente ao conferir sentido às expressões lingüísticas dispostas em comandos normativos.

Para se “materializar o programa de regulamentação imposto pela ordem jurídica”, deve-se interpretar o texto consoante o ‘jogo concertado de complementação e restrição recíprocas’ com as demais normas jurídicas, consoante leciona Karl Larenz (“Metodologia da ciência do direito”. 3ª ed. Lisboa: Fundação Kalousté Gulbenkian, 1997, v. p. 674/686). Sob esse prisma, antes de precipitadas conclusões que apontam para a violação das normas colacionadas, forçoso ter-se em conta o que dispõe o artigo 13 do mesmo diploma legal: ‘Art. 13. Se o assistido puder atender, em parte, as despesas do processo, o Juiz mandará pagar as custas que serão rateadas entre os que tiverem direito ao seu recebimento’.

A fortiori, notória é a permissão conferida pela lei, ao Judiciário, para a concessão parcial do benefício de assistência judiciária gratuita, desde que vislumbrada certa possibilidade de se arcar com as

despesas processuais. Com efeito, se a parte detém condições financeiras de suportar os ônus decorrentes da litigância perante o Estado-Juiz, seria desarrazoada a transferência de tais encargos ao Poder Público.

Em síntese, a decisão judicial vergastada não afronta as ordens dispostas nos arts. 3º e 9º da referida Lei federal. Esses comandos legais devem ser compreendidos como se fizessem referência à concessão do benefício integral da isenção do pagamento de despesas processuais, mas sem inibir a possibilidade da outorga parcial da vantagem, diante do que dispõe o art. 13 do mesmo diploma legal.” (g.n.)

Por fim, resta prejudicado o pedido de aplicação da teoria da causa madura ao caso presente, uma vez que os autos terão de ser remetidos à origem para a citação dos demais litisconsortes passivos, os quais, querendo, deverão apresentar suas defesas naquela instância.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para conceder ao ora recorrente a assistência judiciária gratuita parcial e, com isso, dispensá-lo do pagamento das despesas necessárias para a citação dos litisconsortes passivos necessários, a ser realizada nos termos do disposto no parágrafo único do artigo 3º da Lei nº 1.060/50.

É o voto.”

E, ainda, o respeitável voto do ex-Ministro Hélio Quaqlia Barbosa sobre o tema de fundo tratado no Agravo de Instrumento n. 632.839:

“1. A decisão agravada não merece reparos, devendo ser mantida em toda a sua essência.

No que se refere à pretensão veiculada por meio da insurgência especial, inicialmente, imperioso mencionar que a decisão judicial deferitória do benefício de isenção de taxas e emolumentos judiciários foi pronunciada nos seguintes termos:

“A requerente tem condições financeiras de arcar com as custas do processo, motivo pelo qual deveria realizar o preparo, nos termos do art. 13 da Lei nº 1.060/50.

Concedo, em termos, o benefício de assistência judiciária, que não compreende as custas do processo. Venha o preparo” (fl. 20).

Os preceitos legais supostamente violados preconizam, verbis: “Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

I - das taxas judiciárias e dos selos;

II - dos emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;

III - das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;

IV - das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados;

V - dos honorários de advogado e peritos.

VI - das despesas com a realização do exame de código genético - DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade (Inciso incluído pela Lei nº 10.317, de 6.12.2001) Parágrafo único. A publicação de edital em jornal encarregado de divulgação de atos oficiais, na forma do inciso III, dispensa a publicação em outro jornal (Incluído pela Lei nº 7.288, de 18/12/84)".

"Art. 9º. Os benefícios da assistência judiciária compreendem todos os atos do processo até decisão final do litígio, em todas as instâncias".

A decisão judicial de conferir apenas em parte o benefício de assistência judiciária poderia ensejar, aparentemente, a impressão de que se operou, de fato, violação aos dispositivos elencados. Contudo, consagra-se na doutrina e na jurisprudência o padrão hermenêutico que demanda ao intérprete visão abrangente ao conferir sentido às expressões linguísticas dispostas em comandos normativos. Para se "materializar o programa de regulamentação imposto pela ordem jurídica", deve-se interpretar o texto consoante o "jogo concertado de complementação e restrição recíprocas" com as demais normas jurídicas, consoante leciona Karl Larenz ("Metodologia da ciência do direito". 3ª ed. Lisboa: Fundação Kalouste Gulbenkian, 1997, v. p. 674/686).

Sob esse prisma, antes de precipitadas conclusões que apontam para a violação das normas colacionadas, forçoso ter-se em conta o que dispõe o artigo 13 do mesmo diploma legal: "Art. 13. Se o assistido puder atender, em parte, as despesas do processo, o Juiz mandará pagar as custas que serão rateadas entre os que tiverem direito ao seu recebimento".

A fortiori, notória é a permissão conferida pela lei, ao Judiciário, para a concessão parcial do benefício de assistência judiciária gratuita, desde que vislumbrada certa possibilidade de se arcar com as despesas processuais.

Com efeito, se a parte detém condições financeiras de suportar os ônus decorrentes da litigância perante o Estado-Juiz, seria desarrazoada a transferência de tais encargos ao Poder Público.

Em síntese, a decisão judicial vergastada não afronta as ordens dispostas nos arts. 3º e 9º da referida Lei federal. Esses comandos legais devem ser compreendidos como se fizessem referência à concessão do benefício integral da isenção do pagamento de despesas processuais, mas sem inibir a possibilidade da outorga parcial da vantagem, diante do que dispõe o art. 13 do mesmo diploma legal.

2. Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.”

Portanto, indisfarçável a possibilidade de concessão apenas parcial do benefício da assistência gratuita àqueles que somente tenham condições de arcar com as custas judiciais.

C) Conclusão:

Diante das reflexões expostas, necessário se faz repensar a gratuidade da justiça integral para toda e qualquer situação, devendo o Poder Judiciário coibir eventuais abusos com o manejo das posições já consolidadas e que devem ser utilizadas.

A questão que se impõe é aplicar com razoabilidade os referidos instrumentos.

Bibliografia:

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant, Acesso à Justiça; tradução: Ellen Gracie Northfleet; Editora Sergio Fabris, 1988.

Sistemas Agroindustriais e Contratos de Integração Vertical

Renato M. Buranello

Advogado. Mestre e Doutorando em Direito Comercial pela PUC-SP, instituição na qual é professor convidado do curso de Direito Empresarial (COGEAE). Fundador do Instituto Brasileiro de Direito do Agronegócio (IBDA). Membro do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (IBDS) e da Academia Nacional de Seguro e Previdência (ANSP).

1. MERCADO AGROINDUSTRIAL E SUAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Na economia contemporânea, não se pode mais conceber a empresa de forma isolada. Essa visão, que a confina nas próprias fronteiras, desliga-a do funcionamento do mercado, reduzindo impropriamente a análise integrada de uma atividade como uma unidade microeconômica. A adoção dessa perspectiva não permite reconhecer o papel essencial desempenhado pelas “relações estabelecidas entre os entes que atuam no mercado”¹. A empresa atua e o faz principalmente por meio de contratos, sua abertura para o ambiente institucional em que se encontra é significativa a ponto de parte da doutrina afirmar que os modernos complexos produtivos não são tanto estoque de bens ou *standarts* de serviços, mas redes contratuais. A empresa concentra-se em sua atividade de interagir; *a empresa é agente econômico*. É preciso adquirir insumos, distribuir produtos, viabilizar novas tecnologias, acessar distribuidores e consumidores. A relação entre a empresa e seus agentes interessa ao direito na medida em que gera contratos e consequentemente constantes relações jurídicas.

O mercado identifica-se, assim, com um emaranhado de relações contratuais, tecido pelos agentes econômicos e dessa maneira, na economia moderna, é o contrato, acima de tudo, que mobiliza a riqueza. A aproximação do moderno agronegócio com a *Nova Economia das Instituições*, principalmente em suas vertentes de custos de transação e contratos, como fonte referencial teórica é uma tendência que vem sendo observada nos principais centros de estudo de *agribusiness*. A agricultura brasileira até meados do século XX era diferente. Com o processo de modernização, com uma tecnologia que cada vez tornava-se mais específica, desde atividades de produção de fertilizantes, defensivos, máquinas e implementos,

1 FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 23.

rações, vacinas, operações de financiamento, de pesquisa, saem do âmbito interno das propriedades rurais e passam para terceiros, empresas especializadas em seus segmentos, dentro do chamado “antes da porteira”.

Além das atividades de produção, quase sempre bastante diversificadas, eram também criados animais de tração, produzidos e adaptados os implementos, ferramentas, equipamentos de transporte e insumos básicos, tais como fertilizantes, sementes, etc. O armazenamento e a comercialização também estavam incorporados às fazendas. As famílias formavam unidades de produção, nas antigas “colônias”. Quando se referia ao termo “agricultura”, todas essas atividades estavam inclusas, sendo um termo abrangente o suficiente para todo o setor. Os produtores, por sua vez, não eram especializados, executavam todo o processo, ao nível de especificidade e desenvolvimento tecnológicos padrões da época.

Começou-se, então, a ganhar grande importância a chamada visão sistêmica englobando no sistema os setores denominados de “antes da porteira”, que são os fornecedores de insumos (máquinas, implementos, defensivos, fertilizantes, sementes, tecnologia, etc.) o setor “dentro da porteira”, com as atividades agropecuárias propriamente ditas, e o setor “pós-porteira”, incluindo o armazenamento, beneficiamento, industrialização, embalagem, distribuição, consumo de produtos alimentares, fibras e produtos energéticos provenientes da biomassa. Significa que os produtores e todos os demais integrantes do sistema, ou seja, os tomadores de decisão, seja das empresas de insumos, processamento ou distribuição, passam a olhar não só os seus clientes/consumidores próximos (os seguintes do sistema, para quem vendem), mas também os consumidores finais, com suas novas tendências, dentro de um mercado em evolução. A ideia básica da visão sistêmica é que o todo é maior que a soma das partes individualizadas. Não adianta ser extremamente eficiente em sua atividade dentro do sistema se o sistema como um todo não está sendo eficiente, mostrando falhas dentro do enfrentamento de certas externalidades.

O setor de produção agrícola deverá se voltar para o mercado final, rompendo sua tradição de preocupação única em produzir. O setor de processamento deve continuar a ser o elo forte da cadeia que liga a produção ao consumidor final. A economia mundial caminha hoje para a globalização, o rompimento de fronteiras e formação dos grandes blocos econômicos, quer por questões de complementaridade institucional como por questões meramente comerciais. As organizações possuem um novo papel, o varejo ganha força pela proximidade com o consumidor final, lançamento de marcas próprias pela distribuição, a questão ambiental passa a preocupar e aspectos sociais como saúde, estrutura etária, dinâmica populacional, alterações de estilo de vida, aspectos culturais e regionais precisam ser sempre

considerados pelas organizações visando à produção com aspectos de marca, conveniência, qualidade, variedade, saúde e sustentabilidade.

Basicamente, a economia dos custos de transação parte de determinadas características presentes nas transações, tais como grau de especificidade dos ativos (bens/serviços) envolvidos, recorrência (frequência) e risco para justificar a forma de organização (coordenação) das transações, seja num extremo a via mercado, seja em outro extremo a via hierárquica (integração vertical), ou seja, as denominadas formas mistas, tais como franquias, licenciamento de produtos, *joint-ventures*, alianças estratégicas, entre outras. A ideia é que formas organizacionais mais eficientes são as redutoras não só de custos de produção, mas também de custos de transação, além da flexibilidade e rapidez para promover ajustes às mudanças ambientais. Em síntese, a economia dos custos de transação analisa as características das transações (especificidade dos ativos envolvidos, incerteza e frequência), aspectos dos contratos (flexibilidade, padrões, incentivos e garantias), dentro de um ambiente institucional organizado.

Essa aproximação do *agribusiness* com o enfoque de coordenação dado pela teoria dos custos de transação é muito importante como meio para embasar teoricamente os estudos do setor, possibilitando testar as transações e reduzindo as principais críticas aos enfoques de segmentos, relativas principalmente à dificuldade de teste de hipóteses e de uma teoria que fundamentasse esses estudos e pudesse ser testada. O processo de coordenação na sequência de operações produtivas é de fundamental importância.

Agentes especializados executam funções relacionando-se diretamente com um ou mais agentes também ligados ao sistema, tendo como meta a produção de produto ou serviço ao chamado elo principal da cadeia, o consumidor final.

Uma vez que essas transações que geram as formas de coordenação, dão-se via contratos, aproxima-se então do referencial teórico dos custos de transação e dos contratos, no âmbito da Nova Economia das Instituições. Todas essas referências remetem a avaliação da empresa como um complexo de contratos coordenados centralmente, com o objetivo de economizar em custos de transação. O estudo das relações contratuais existentes no sistema agroindustrial permite a ampliação da análise, evoluindo da ótica da agricultura como geradora de excedentes transferidos para a indústria, para a análise onde os elos visam otimizar o processo organizacional, dentro da visão sistêmica².

2 FARINA, E. M. M. Q. Abordagem sistêmica dos negócios agroindustriais e a economia de custos de transação. In FARINA, E. M. M. Q.; AZEVEDO, P. E.; SAES, M. S. M. *Competitividade: mercado, estado e organizações*. São Paulo: Singular, 1997, p. 171.

2. SISTEMAS AGROINDUSTRIAIS E FORMAS INTEGRATIVAS

Conforme visto anteriormente, as transações dentro dos sistemas agroindustriais podem ir desde simples operações de compra e venda no mercado até integração vertical, ou seja, são duas formas extremas de organização da empresa: via interna e via mercado, sempre levando em consideração a especificidade de ativos, a incerteza e a frequência das transações. Porém, surgem diversas formas contratuais distintas de coordenação envolvendo a propriedade parcial dos ativos, ou seja, entre estas duas vias. Essas formas, definidas por alguns autores como *quase-integração*, ocorrem quando uma empresa possui os equipamentos ou insumos específicos, tecnologias ou marcas operados por uma outra firma pertencente a outro segmento correlato. São casos onde normalmente são firmados contratos específicos entre estas empresas onde são estabelecidos os direitos de propriedade dos ativos.

O conceito de integração é um conceito bastante genérico, *podendo ser caracterizado como a combinação de processos dentro das fronteiras de uma mesma empresa*, ou seja, sob um mesmo comando decisório (seja um indivíduo, empresa, conglomerado, instituição ou outra forma), e envolvendo a propriedade total dos ativos. É chamada de integração vertical quando esses processos são tecnologicamente distintos (ex: produção, processamento, distribuição, vendas) e integração horizontal quando não são distintos tecnologicamente. Pode ser nacional, quando está limitada aos limites do país, ou internacional ou geográfica, quando a empresa integra-se em mais de um país. Quando o processamento é feito em único estabelecimento ou as etapas de produção e industrialização são realizadas por uma só empresa, agregando valor ao produto, que é valorizado na primeira oferta após a etapa de industrialização, criando com isso melhores oportunidades de mercado, dá-se o nome de *integração vertical*. Por outro lado, quando as etapas de produção se relacionam entre si sem a intervenção industrial centralizada, mas na correlação das etapas, de forma a racionalizar a produção e maximizar a utilização dos recursos disponíveis, reduzindo os custos da etapa de produção, temos a *integração horizontal*. As integrações agroindustriais mais comuns são as coordenadas por uma só empresa, que executa todas as etapas, mantendo vínculos contratuais com os demais participantes, dentre eles os arrendatários e parceiros. As empresas que lideram as atividades podem ser constituídas na forma de sociedade cooperativa, sociedade limitada ou anônima, constando do objeto social autorização para integração na parceria empresarial³.

3 BURANELLO, Renato M. *Sistema privado de financiamento do agronegócio: regime jurídico*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 159.

A integração tem por base a utilização de transações internas em relação a transações externas ou de mercado. Acredita-se ser mais barato, mais fácil e menos arriscado desenvolver atividades administrativas, produtivas, de distribuição ou marketing internamente do que ter de recorrer ao mercado. A integração vertical implica maiores margens sobre a organização de mercado à medida que cresce a especificidade de ativos. Devido ao poder de gestão da integração vertical, os custos de adaptação vão baixar à medida que as mudanças são implementadas sob alta especificidade de ativos.

Contudo, da mesma forma que a solução integrada é melhor que o mercado em termos de adaptabilidade às mudanças, tem a desvantagem de adicionar os custos burocráticos, além da redução ou perda dos fortes incentivos providos pelos mercados. As explicações para integração vertical podem ser divididas em dois grandes grupos: os que a consideram como obtenção de poder de monopólio, e os que a consideram como estratégia de minimização de custos de transação gerando então maior eficiência.

Economias de escala estão presentes quando um aumento proporcional na utilização de determinado insumo produz uma elevação da produção mais do que proporcional. Conceito explicado pela teoria microeconômica por meio da função de produção e estrutura de custos, considerando maximização de lucro e minimização de custo, levando à estrutura ideal da empresa. A empresa expande-se, integrando-se tanto vertical como horizontalmente visando alcançar o seu tamanho ótimo, dentro do melhor equilíbrio econômico-financeiro na relação da sua estrutura de ativos. Ex: produtores rurais podem se unir em cooperativas visando ganhos em escala, ou uma empresa de gestão que possua capacidade gerencial com potencial maior e disponibilidades de recursos pode expandir suas relações verticalmente com uma agroindústria, e com isto agregar valor. Pode haver ganho também na redução do número de etapas do processo produtivo, redução de custos de transportes, de manipulação, etc. Operações integradas possuem um mesmo comando decisório, podendo trazer melhorias no fluxo de informações interno, possibilidade de informações diretas com o consumidor, percepção de novas tendências, repasse de informações estratégicas, etc. A integração pode possibilitar também à empresa adquirir mais conhecimentos sobre o processo tecnológico e adequá-lo a situações integradas. Em certos casos, são menores os custos de controle quando há um só comando decisório, uma hierarquia bem definida⁴.

4 NEVES, Marcos Fava. *Sistema agroindustrial citrícola: um exemplo de quase-integração no agribusiness brasileiro*. 1995. Dissertação (Mestrado em economia, administração e contabilidade) Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 27 e seguintes.

Os custos burocráticos com organização interna podem ser maiores ou menores que via mercado, dependendo da eficiência da corporação em sua estrutura organizacional. Em casos de integração, também pode haver economia em tributos específicos de transações, além de tornar mais fácil para as empresas a evasão de impostos, utilização de benefícios específicos da lei para determinados setores, etc.

Presume-se que uma empresa integrada estaria reduzindo seus riscos pois terá oferta e demanda asseguradas, podendo independer do mercado de insumos e outros, já que terá o seu suprimento garantido. Além deste fato, teria a economia dos chamados relacionamentos estáveis ou perenes, podendo desenvolver procedimentos altamente especializados em negociações. Evitar-se-ia o mercado monopolizado de fatores e as consequentes distorções que este poderia trazer.

A diversificação pode trazer benefícios, como maiores opções de estratégia de crescimento, maximização do lucro, minimização do risco (dependendo de um maior número de atividades), melhoria no uso de ativos específicos (inovações tecnológicas e canais de mercado, etc.). A empresa integrada pode ter maiores facilidades à diversificação, por conhecer mais estágios produtivos, ser mais ampla com relação a empresas específicas. Vem acontecendo muito via fusões e aquisições. O conceito de diversificação vertical e integração vertical são correlatos, portanto a diferenciação pode ser um determinante de integração. A integração vertical é uma estratégia a ser considerada pelas empresas na escolha de sua forma de coordenação das transações.

Uma análise baseada nos custos de produção e nos custos de transação, aliada a todos os outros fatores citados acima, permite que as decisões de se realizar internamente determinada etapa anterior ou posterior dentro do sistema agroindustrial sejam tomadas num ambiente de maior clareza e consequente possibilidade de acerto.

Dentre os vetores de funcionamento dos contratos mercantis, as *partes não* contratam pelo mero prazer de trocar declarações de vontade, ou seja, ao se vincularem, as empresas têm em vista determinado escopo, que se mescla com a função que esperam que o negócio desempenhe; todo negócio possui uma função econômica. O ato que leva à contratação exige justificação objetiva, cujo reconhecimento reclama a adoção de perspectiva dinâmica da autonomia privada. Para a compreensão do acordo, é necessário deixar de considerar apenas a letra fria do instrumento e passar a admitir que as partes, valendo-se da autonomia privada, lancem mão dos contratos para consecução de certos fins. Ou seja, indo além de sua dimensão escrita, o negócio jurídico há de ser visto como meio empregado pelas partes na concreção de seus escopos. As partes, quando negociam e contratam, não

tomam confortavelmente assento diante de um código e escolhem, entre fórmulas tipificadas, aquela que mais lhes apraz. Os contratos empresariais nascem da prática dos comerciantes e raramente de tipos normativos preconcebidos por autoridades exógenas ao mercado.

3. CONTEXTO ECONÔMICO NA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS DE INTEGRAÇÃO

Como observa Eros Grau o negócio é feito no mundo dos fatos, por certo à luz dos códigos, das leis e regulamentos, mas a exegese contratual somente será praticada se a paz temporária obtida, por via do contrato, resultar, em sua aplicação, no surgimento de problemas. Instaurada a discussão dos conflitos de interesses, tem início uma frenética atividade de composição de suportes fáticos e de exercícios de subsunção dos fatos à norma. Ao contratar, a parte não possui todas as informações existentes sobre a outra, sobre o futuro e sobre a própria contratação; diz-se assim, que sua racionalidade é limitada. Nesses momentos podemos perceber com nitidez que o direito não é apenas um sistema de regras, mas uma prática social no bojo da qual o dever-ser e o ser se interpenetram⁵.

Entretanto, apesar das limitações a que estão sujeitos, os agentes econômicos buscam agir racionalmente. No reconhecimento que não são capazes de prever todas as coisas que podem vir a ser importantes, eles compreendem que a comunicação é custosa e imperfeita e que os entendimentos são sempre deficientes, e eles sabem que não podem encontrar matematicamente a melhor solução para problemas difíceis. Elas podem agir de forma intencionalmente racional, procurando fazer o melhor possível dadas as limitações do contexto. *O negócio jurídico somente pode ser entendido na complexidade de seu contexto, cuja análise requer visão interdisciplinar.* Os contratos devem ser considerados no ambiente que os circunda, condicionando-os. Para o doutrinador Junqueira de Azevedo, o negócio jurídico é o negócio jurídico e todas as suas circunstâncias. As circunstâncias negociadas assumem tal relevância a ponto de integrar o negócio jurídico. Consistem no conjunto de circunstâncias que formam uma espécie de esquema, ou padrão cultural, que entra a fazer parte do negócio e faz com que a declaração seja vista socialmente como dirigida à criação de efeitos jurídicos. As circunstâncias negociais são, pois, um modelo de conduta, o qual, em dado momento e em determinado mercado, são dirigidos à produção de efeitos jurídicos⁶.

5 GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 159.

6 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 122.

O *contratualismo* desvenda sua verdadeira função ao favorecer a circulação dos bens que são objeto de propriedade. Isso não significa, em absoluto, que, atualmente, a liberdade de contratar seja irrestrita; mesmo no campo do direito comercial ela se põe como *limitada* (lembre-se, por exemplo, da necessidade de controle das externalidades negativas e de incentivo das positivas). Porém, é inegável que, de todas as áreas do direito, aquela empresarial mostra-se a arena na qual a liberdade econômica assume quadrantes mais largos. Ademais, a liberdade de contratar e a autonomia privada no direito mercantil, até por força do artigo 131 do Código Comercial, sempre foram *objetivadas* pelo mercado, e não baseadas na vontade individual, desconectada da realidade. Em um cenário econômico de constante mutação, a capacidade de transformar as ameaças de choques externos em oportunidades lucrativas de negócio depende da existência de um sistema de coordenação capaz de transmitir informações, estímulos e controles ao longo de toda a cadeia produtiva, a fim de viabilizar a nova estratégia. Esse sistema de coordenação nada mais é do que o conjunto de estruturas de governança que interligam os segmentos componentes de uma cadeia produtiva. Dessa forma, os determinantes de um sistema eficiente de coordenação estão associados às características das transações que se estabelecem entre esses segmentos.

A habilidade de diferentes estruturas de governança responder a mudanças no ambiente competitivo é, atualmente, tratada no contexto da firma, sendo a flexibilidade contratual *ex-post* uma importante característica de contratos de Longo Prazo. Ao estender esse conceito para uma cadeia produtiva temos que contrapor não mais uma solução contratual referente a uma única transação, mas combinações de diferentes redes contratuais que se estabelecem nesse sistema como resposta às características das transações que ocorrem entre seus diferentes agentes. O mercado é a forma mais eficiente de coordenação quanto menor a especificidade dos ativos envolvidos e quanto melhor a informação dos agentes, sendo o exemplo mais comum o mercado de *commodities* agrícolas. As transações de mercado são baseadas numa lógica individual não cooperativa. A integração vertical internaliza as transações econômicas, tornando-as subordinadas à hierarquia, onde os custos de se transacionar no mercado são substituídos pelos custos do monitoramento e estímulos internos associados à estrutura organizacional interna da firma.

Hoje, contratos de longo prazo tomam lugar à integração vertical na presença de especificidade de ativos e informação imperfeita. Constituem arranjos privados cuja função é prover mecanismos de estímulo e controle das ações dos agentes e distribuir os riscos do comportamento oportunista. Quando o padrão de concorrência se baseia em contínua mudança técnica e segmentação do mercado,

a consequência é um aumento da especificidade dos ativos e, portanto, de custos irrecuperáveis. Isso se dá porque novos produtos, métodos e processos, assim como a garantia de atributos especiais de produtos para segmentos específicos do mercado implicam transmitir essas mudanças ao longo de uma cadeia de etapas tecnológicas tecnicamente separáveis, isto é, de estabelecer uma coordenação em sintonia fina, onde o cumprimento de cada etapa pode comprometer o resultado de toda a cadeia produtiva. Os custos de transação tornam-se elevados diante da exposição ao comportamento oportunista, derivado de uma relação de barganha de preços entre clientes e fornecedores.

A integração vertical pode se estabelecer, dando origem a uma estrutura setorial dominada por grandes corporações. Alternativamente, pode-se estabelecer uma organização constituída de uma rede de fornecedores e distribuidores entre os quais se definem relações de cooperação e consulta, onde há um grau não usual de compartilhamento de informações, normas e padrões. Essas relações podem estar assentadas em contratos idiossincráticos formais ou informais. Sustenta-se que o novo padrão de concorrência exige flexibilidade organizacional em nível das firmas e relações cooperativas em nível da cadeia produtiva, facilitando o fluxo de sugestões, informações e consultas, estabelecendo um ambiente voltado à resolução de problemas, constante atenção ao detalhe e uma integração entre o pensamento e a ação. A integração vertical responde tanto às perspectivas de lucros, quanto à redução de riscos, bem como à estratégia de melhorar o poder de mercado ou proteger-se do mesmo. Um ambiente de cooperação entre fornecedores onde prevaleça a confiança pode, inclusive, tornar desnecessários contratos formais. Da mesma forma, a existência de relações cooperativas espontâneas baseadas na confiança da garantia histórica e operacional no cumprimento das obrigações.

O equilíbrio entre a cooperação e a concorrência nas relações verticais determina a capacidade de um sistema responder a externalidades, tais como: mudança no ambiente legal, restrições impostas pelos consumidores ou ainda a introdução de uma nova tecnologia. Mesmo que um sistema (i) apresente maiores custos de produção quando comparado a um sistema (ii), se o primeiro tiver elementos de coordenação mais eficientes poderá ajustar-se mais rapidamente e superar o sistema (iii) de menor custo de produção nas condições iniciais. Ele será mais competitivo, podendo ganhar margens de mercado, enquanto o sistema concorrente se ajusta. A eficácia dessa instrumentalização vai depender da rapidez com que a informação flui por meio do sistema, como os agentes reagem ante ajustamentos com impactos distributivos e, especialmente, da capacidade de adaptação. Como as estruturas de governança eficientes dependem das características das transações e estas dependem da

tecnologia, das instituições e das estratégias empresariais, podem se formar vários padrões de coordenação associados a diferentes grupos estratégicos. O resultado será um processo de diferenciação dos sistemas a partir das características do padrão competitivo que, por sua vez, determinará as características das transações intersegmentos.

4. REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS DE INTEGRAÇÃO VERTICAL

Dentro dos princípios informadores do direito contratual, em sua função social os contratos desempenham relevante papel na sociedade, nacional e internacionalmente considerada. O atual Código Civil não ficou à margem dessa indispensável necessidade de integrar o contrato na sociedade como meio de realizar os fins sociais, pois determinou que a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato (art. 421)⁷. De outro modo, à luz da boa-fé objetiva, permanecem no Código Civil as ideias de respeito às atividades essenciais e aos negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural ou industrial (art. 164), em que as partes devem comportar-se com probidade, sob a marca também, do princípio da colaboração recíproca.

Assim, da mesma forma, está refletida a noção de comutatividade nos contratos, porque exige a equivalência das prestações e o equilíbrio delas no curso das contratações, por ela as partes devem saber desde o início do negócio quais serão seus direitos e obrigações, suas possíveis receitas e eventuais perdas, importando a equipolência das prestações. A conclusão que se nos parece impor é a de que a autonomia privada, começando por ser expressão da liberdade individual, passa pela via da relação, a revestir a conotação da autonomia social, sempre contida nos limites que lhe impõe o ordenamento jurídico⁸.

O direito dos contratos é um dos ramos jurídicos sensíveis à globalização da economia. Em termos gerais, o avanço do processo integracionista conduz, de um lado, à revitalização da autonomia da vontade. Assim, constata-se que a ampliação da margem para a livre negociação das partes permite a necessária flexibilização dos custos na busca do preço competitivo no mercado global. A disciplina jurídica dos contratos é direito-custo, já que formam os elementos atuais no cálculo empresarial⁹. O exemplo mais utilizado de funcionamento dos mercados competitivos nos cursos de microeconomia é o dos mercados agrícolas. O que se costuma ressaltar

7 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2009, p. 17-18.

8 MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria geral do negócio jurídico*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2009, p. 39.

9 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 7 e 16.

são as características dos mercados competitivos como: os produtos são homogêneos, existe um grande número de compradores e de ofertantes, a informação é perfeita e, portanto, o sistema de preços deve ser capaz de alocar os recursos de modo adequado. Os produtos *commodities* são os exemplos mais próximos que se pode dar de um mercado competitivo; portanto, a teoria sugere que não se deve encontrar outros mecanismos de coordenação que não o sistema de preços. Entretanto a realidade observada nos convida a questionar tal princípio. Na agricultura abundam os exemplos de contratos envolvendo agricultores e ofertantes de insumos, canais de distribuição, bem como de coordenação horizontal.

Ao se considerar a complexa gama de atividades gerenciadas pelos agricultores nos *Sistemas Agroindustriais* (SAGs), percebe-se que relações contratuais formais e acordos de cooperação informais de longo prazo se estabelecem entre os agricultores, os fornecedores de insumos, os *traders*, as firmas processadoras, e ainda com os supermercados e sistema de distribuição de produtos frescos. A implicação imediata da contratação por parte dos agricultores é a diminuição dos ativos e o aumento da remuneração do capital. Tais práticas nos informam que existem custos na operação dos mercados e que as partes, contratantes e contratados, preferem muitas vezes, realizar as atividades de suprimento, de produção e distribuição de forma coordenada pela via contratual. Isto implica em afirmar que existe aumento do valor da organização pela via contratual, evitando-se custos associados ao funcionamento dos mercados e tal aumento de valor serve de incentivo para as partes envolvidas no contrato.

A contratação também apresenta custos e exige salvaguardas com respeito a possíveis quebras contratuais. Tais mecanismos podem ter natureza privada e são parte dos arranjos entre os agentes produtivos. Também podem amparar-se em mecanismos públicos dos tribunais, que sinalizam para o cumprimento dos contratos. No caso brasileiro dois problemas são discutidos. O primeiro é o da eficiência do judiciário, que pode não sinalizar os agentes como esperado. O segundo é a fragilização do instituto do contrato, que adquire nova roupagem com o surgimento do conceito jurídico de papel social do contrato.

Os produtores rurais também se organizam horizontalmente na forma de relações contratuais ou acordos informais de produção. As vantagens da cooperação estão fartamente tratadas na literatura de ações coletivas. Seja como forma de ganhar em economias de escala, economias de rede, de adicionar valor de forma seletiva, ou para ampliar o potencial de coordenação com a indústria processadora, existem incentivos para a organização horizontal ampliadora de valor da organização. A literatura aplicada de cooperação horizontal no campo da Economia

Agrícola veio a florescer com os estudos das organizações cooperativas. Já sobre os contratos e a coordenação vertical, a literatura de coordenação vertical é muito rica e mostra evidências de que os contratos representam significativa parcela da produção da agricultura e pecuária em todo o mundo.

Um estudo do USDA (*United States Department of Agriculture*) analisa apenas os contratos formais e a teoria geral dos contratos nos convida a pensar nas transações de um modo geral, que podem ter algumas dimensões contratadas e outras dimensões acordadas informalmente. Portanto, os dados indicam apenas a parte visível das relações, que certamente são muito mais amplas. No Brasil as evidências da adoção de contratos nas relações agroindustriais são marcantes. Ainda que, até o presente, o Censo Agropecuário e outras fontes de estatísticas relevantes não incluam esta informação nos seus questionários, os estudos específicos mostram a pluralidade de mecanismos à espera das lentes acadêmicas. Assim, os contratos surgem como estruturas de amparo às transações que visam controlar a variabilidade e mitigar riscos, aumentando o valor da transação ou de um conjunto complexo de transações. Um passo conceitual básico dando origem à Economia os Custos de Transação.

Do ponto de vista econômico, resultados de observações práticas indicam que a atividade regulada por contratos de integração gera profundas transformações tecnológicas e organizacionais, além de caracterizar os produtores integrados como um conjunto diferenciado de produtores rurais. Certa empresa integradora garante que fornecerá ao produtor integrado pintos de um dia, ração, medicamentos, assistência técnica e a comercialização do produto. O integrado deve fornecer galpão com os equipamentos, mão de obra e aquecimento. Na integração direta com a empresa industrial ficam quase eliminados os efeitos diretos do mercado nas relações entre a empresa integradora e os produtores rurais. Por meio da análise de trabalhos específicos das áreas, observa-se uma tendência por todo o país de crescimento desta forma de produção de frangos. A eficiência do sistema é notável, sobretudo quando se consideram as grandes empresas integradoras.

No Brasil, nos últimos dez anos, multiplicaram-se os contratos de integração vertical que são distintos da multiplicidade de contratos de simples comercialização encontrados no Código Civil Brasileiro. São os sujeitos daqueles produtores agropecuários e empresas privadas que se relacionam fora do livre mercado que é substituído pela articulação de unidades de produção familiar com uma unidade central de processamento, exportação ou compra que regula, antecipadamente, mediante contrato, o preço, a forma de produção, a qualidade e quantidade do produto

e o crédito¹⁰. Tais contratos nascem com a ideia de especialização e profissionalização da produção voltada para o mercado, bem como em outros setores da produção agropecuária, o constante desenvolvimento tecnológico que vem ocorrendo acaba por exigir que se criem condições adequadas para que esses animais possam se desenvolver de forma rápida e lucrativa, fugindo muitas vezes à realidade dos produtores independentes, principalmente os pequenos. Assim, para o produtor, a integração vem se tornando um sistema quase dominante no complexo agroindustrial brasileiro, ou seja, devido à especificidade e caráter profissional da atividade, a integração deixa de ser alternativa para se tornar exigência do mercado sobre o produtor e o industrial.

Vemos na necessidade do mercado de manter um fluxo contínuo de produção para atender à demanda presente e conquistar novos mercados, o viés econômico dessa forma contratual. Para manter essa produção constante as empresas necessitam de um fornecimento de matéria-prima em quantidade pré-determinada, e algumas vezes com qualidade e características específicas para atender a especificidades do mercado consumidor cada vez mais diversificado e exigente. Uma das formas para as empresas atingirem esse objetivo é integrar sua atividade à atividade produtiva por meio de uma quase-integração, de forma a manter a independência jurídica dessas entidades, e com a segurança que o instrumento contratual oferece. Contudo, muitas vezes o negócio agroindustrial necessita ainda maior sequenciamento das fases dos SAG's.

Os contratos de integração vertical vêm sendo fortemente utilizados tanto dentro dos setores de industrialização como no de comercialização. Tanto é assim que a maioria da produção de legumes para processamento é produzida sob contrato na França, na Holanda e no Reino Unido e esses contratos não são meramente de entrega e de venda, mas se constituem em “contratos de transferência administrativa ou empresarial” em que as empresas contratantes são responsáveis por muitas ou todas as tomadas de decisão, ou pela execução de atividades do processo de produção agrícola, incluindo oferta de insumos, determinação das épocas de plantio e tratamento, e até mesmo realizando a colheita e o transporte. Outro setor produtivo agrícola brasileiro em que ocorre, com muita frequência, a integração vertical por meio de contratos é o setor de fruticultura. É o que acontece, por exemplo, com o cultivo de uva fina nordestina e a maçã catarinense e sul-rio-grandense que com plantio irrigado e logística mais aprimorada, conseguiram alcançar o

10 PAIVA, Nunziata Stefania Valenza. O problema da qualificação jurídica dos contratos de integração vertical agroindustriais no direito brasileiro. *Revista Faculdade de Direito UFG, Goiânia*, v. 33, n. 2, jul./dez. 2009, p. 187.

mercado externo.

No Brasil, como já foi dito anteriormente, não existe lei que regule especificamente os contratos de integração vertical, nem tampouco doutrina jurídica que tenha se ocupado do tema em profundidade. A primeira tentativa brasileira de normalização desses contratos é o Projeto de Lei 4.378/98, que hoje se encontra em trâmite no Congresso Nacional. No artigo 2º do referido projeto vem definido o chamado *contrato de produção integrada* como sendo aquele em que produtor rural integrado e agroindústria, mediante acordo, definem os objetivos da colaboração recíproca, as regras da parceria, as normas técnicas e parâmetros de desempenho a serem observados pelas partes, os direitos e deveres recíprocos, prazo de vigência do trabalho em parceria, assim como os parâmetros e os critérios de remuneração da parte contratada para a realização de determinada etapa do sistema de produção integrada ou para o suprimento de determinados produtos.

Tal definição parece não servir tecnicamente como conceito do contrato de integração vertical agroindustrial, porém, muito mais, apenas descreve o conteúdo que esses contratos poderão ter. A definição tal como se apresenta prende-se à ideia de “parceria” como a união de pessoas com fim comum e, ao que parece, é mais uma tentativa de institucionalizar, por meio de lei específica, uma relação jurídica que tem se multiplicado na prática entre as indústrias beneficiadoras de carne e os criadores de aves e suínos. Essa relação jurídica, na prática, se reveste da forma de contrato agrário de parceria, e embora haja de fato certa cooperação, verifica-se que os interesses das partes integrantes não são comuns, pois a uma parte interessa receber constantemente a matéria-prima na quantidade e qualidade prestabelecidas e a outra receber o preço pela engorda dos animais. Na verdade, não há a distribuição de riscos e lucros e a necessidade prática de estabelecer cláusulas contratuais, para melhor atender ao interesse das partes, acabam por desvirtuar o contrato de parceria regulado pelo Estatuto da Terra.

No contrato de integração vertical, embora exista realmente a perda da autonomia econômica do integrado (o produtor agrícola), a grande ingerência da indústria no processo produtivo utilizado pelo produtor e a superioridade do poder contratual do integrador sobre o integrado, não há a mesma subordinação que existe no contrato de trabalho. Neste a sujeição é econômica e jurídica, enquanto que naquele o integrado mantém sua independência jurídica e pode aumentar seu poder contratual por meio de formas associativas. No contrato de integração, o que se coloca à disposição é a organização dos fatores produtivos e não o trabalho do integrado. No entanto, deve-se estar atento sempre à possibilidade de fraude às leis trabalhistas quando se faz um instrumento de integração vertical para encobrir um

verdadeiro trabalho subordinado, principalmente nos casos em que o preço recebido pelo produtor integrado equivale somente ao valor da mão de obra empregada.

No contrato de parceria há de se observar estritamente o dispositivo da lei, sob pena de nulidade, sobretudo quanto à porcentagem de partilha dos riscos e lucros. No contrato de integração vertical, não há uma partilha de riscos e lucros, mas estes são precisamente definidos no momento de realização do acordo sem que se atenham aos percentuais fixados pela lei da terra. Não há, a rigor, divisão de lucros e dividendos a exemplo da sociedade, mas troca de coisa por preço, acrescido de obrigações de fazer.

Portanto, o contrato de integração não pode ser considerado um contrato agrário de parceria. No caso do cultivo e venda de produtos agrícolas, objeto de alguns contratos de integração vertical, não pode lhes ser atribuída a qualificação de parceria agrícola, pois não há a cessão específica do imóvel rural para a agroindústria, uma vez que a atividade de cultivo continua sendo operada pelo produtor rural, proprietário ou arrendatário do imóvel rural.

Analisada a matéria no que diz respeito aos seus aspectos gerais de inserção na esfera econômica e na prática contratual, e ainda tendo como ponto de partida estudos de direito comparado dos ordenamentos jurídicos italiano e francês no que tange à qualificação dos contratos de integração vertical, resta, agora, propor um conceito e uma qualificação jurídica que possam ser atribuídos a tais contratos no sistema jurídico brasileiro. O sistema jurídico brasileiro consagrou no setor privado do direito o princípio da autonomia da vontade. Tal princípio que no século XIX constituía a diretriz geral, numa época em que vigorava o liberalismo na economia e o voluntarismo no Direito, sofreu atenuações no mundo atual de modo a se tornar menos uma vontade estritamente individual para tentar equilibrar vontade individual e interesse social. Contudo, o princípio da autonomia da vontade continua determinando as relações entre particulares e na Constituição Brasileira de 1988 é especialmente tutelado no título primeiro que trata dos Princípios Fundamentais, artigo 1º que dispõe na alínea IV o respeito dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

No Direito moderno, é facultado ao sujeito, por sua livre iniciativa, criar, mediante vínculo contratual, quaisquer obrigações. Embora existam os tipos contratuais definidos em lei, as pessoas não estão adstritas a usá-los. Desfrutam, pois, da liberdade de contratar ou obrigar-se. Os contratos que se formam segundo as disposições legais são chamados *contratos típicos* e os que se formam à margem dos paradigmas legais estabelecidos denominam-se *contratos atípicos*. A expectativa dos litigantes de que as sentenças sejam fundadas em artigos de lei leva os juízes a forçar

a inserção de figuras atípicas no esquema de contratos típicos, em vez de recorrerem aos princípios gerais do direito contratual¹¹. Essa tendência manifesta-se a pretexto de resguardar a certeza do direito, mas é condenável. Os contratos de integração, ao que tudo indica, pertencem a essa categoria contratual de contratos atípicos e inominados. Nascidos da necessidade socioeconômica dos tempos modernos, do processo de modernização da agricultura e fortalecimento da sociedade de consumo, da tentativa de conciliar a oferta de produtos, quantitativa e qualitativamente, ao mercado consumidor, a integração vertical, via contratos, coloca-se como uma alternativa frente a leis de livre mercado. Por meio dos contratos de integração e dos acordos coletivos o setor agrícola passa a produzir os bens que o consumidor quer adquirir, seja *in natura*, seja transformado pela indústria, na quantidade que será de fato consumida.

A configuração da natureza jurídica dos contratos de integração vertical é difícil devido às múltiplas faces de que se reveste. Além do que, não há um critério único para distinguir os diversos tipos de contrato. O elemento distintivo para alguns é a causa ou função econômico-social do contrato, para outros, a norma cogente que indica os caracteres essenciais de um contrato, e por fim há quem entenda que o critério distintivo geral é a natureza da prestação. Contudo, entendemos que qualquer um desses critérios é insuficiente pelo que se sugere a adoção de critérios múltiplos e heterogêneos, como ocorre na distinção dos tipos legais: qualidade das partes, natureza do bem que é objeto do contrato, conteúdo das prestações, fator tempo e modo de aperfeiçoamento do contrato. O problema se resolveria pela aceitação da *categoria lógica do tipo*, elaborada pela doutrina alemã e contraposta ao conceito, pois, enquanto este põe em evidência os elementos comuns a todos os indivíduos do grupo, o tipo se constrói individualizando os dados característicos em função de um quadro total que se apanha globalmente sem que seja necessário que todos os dados estejam presentes em todos os elementos do grupo.

No entanto, uma vez inexistente o tipo legal de contrato de integração vertical agroindustrial, é ainda assim possível afirmar sua autonomia frente às demais categorias contratuais típicas, tais como a compra e venda, a empreitada, o trabalho subordinado, a parceria agrária e a sociedade, seja pela diferença quanto à função econômico-social, seja pelos elementos que o compõe. Trata-se, portanto, de uma categoria contratual autônoma e que por não possuir disciplina legal específica no Brasil, é uma categoria atípica e inominada legalmente. Porém o grande problema das categorias contratuais atípicas legalmente continua existindo para os contratos

11 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 2.

de integração vertical e refere-se à aplicação do regime jurídico apropriado. Não resta dúvida que, neste caso, os contratos de integração vertical agroindustriais, enquanto não receberem do legislador a tutela legal específica, e mesmo nas lacunas dessa eventual legislação, deverão ser interpretados segundo as normas do próprio instrumento contratual, das normas gerais relativas aos contratos e demais obrigações (contidas no Código Civil) e por fim as normas dos contratos típicos com os quais, segundo a análise do caso concreto, mais se aproxime. Note-se que recorrer às categorias contratuais típicas não nega ou diminui a natureza autônoma dos contratos de integração vertical agroindustriais.

Quanto ao conceito dos contratos de integração vertical agroindustriais propõe-se a sua construção neste trabalho com base nos elementos essenciais que caracterizam esses contratos. São estes: a reciprocidade das obrigações de fazer e de dar; o fornecimento recíproco de bens ou serviços; a dominação que é um critério identificável no poder de controle e direção exercido pelo polo integrador na busca da qualidade dos produtos; a função de troca e de cooperação pela qual se pretende resolver o problema da irregularidade na oferta de matéria-prima para a indústria e a dificuldade de colocação no mercado dos produtos agrícolas pelo produtor; os sujeitos da relação que são sempre o produtor agrícola de um lado e a empresa industrial do outro, ou melhor, a empresa agrária de um lado e a empresa industrial ou comercial do outro lado.

Quando se discute o tema dos contratos de integração vertical agroindustriais torna-se fundamental para a melhor compreensão do fenômeno, seja na esfera econômica, seja na jurídica, a sua inserção no contexto mais amplo da modernização da agricultura. Esta, no decorrer do século XX, sofreu profunda evolução de modo que a agricultura de subsistência cedeu lugar à moderna agricultura de mercado, embora ainda persistam formas de agricultura destinadas ao consumo próprio. A agricultura moderna incorpora toda a tecnologia produzida no campo da mecânica, da eletrônica, da biologia, da genética e também da administração rural. Cada vez mais, ao fenômeno da produção agrícola se agrega a ideia de empresa entendida como a organização dos fatores produtivos destinada ao mercado, pois atualmente é exatamente essa a imagem da nova agricultura. Assim, com o evoluir da agricultura, novos instrumentos jurídicos foram necessários para dar suporte às novas formas de organização e cooperação agrícolas, dentre as quais se destacam os contratos de integração vertical agroindustriais. Estes instrumentos destinados a promover a cooperação entre o setor agrícola e o setor industrial e/ou comercial, tiveram origem nos Estados Unidos na década de 30 e se expandiram nos anos 50.

No Terceiro Mundo, os contratos de integração agrícola surgiram após a

Segunda Guerra Mundial por duas principais razões. Primeiramente corporações do *agribusiness* foram forçadas a entregar seus direitos sobre a terra como resultado de pressões nacionalistas e atendimento às ameaças de expropriações. Segundo, porque produtores agrícolas independentes foram praticamente “capturados” pelos contratos agrícolas com a promessa de crédito e modernização. No contexto mais abrangente, o contrato de integração amplia-se, no período após a Segunda Guerra Mundial, no âmbito da internacionalização da agricultura na América e no mundo em geral, vindo a substituir diversas formas de produção agrícola. Atualmente pode-se observar que os contratos de integração constituem uma prática comum na América do Norte e na Europa Ocidental, porém nos últimos 20 anos ou mais, estes vêm representando uma crescente e mais visível forma de agroindustrialização nos países emergentes.

Esses mecanismos de integração apresentam vantagens e desvantagens para as duas partes. Mas o aspecto mais importante do contrato de integração agrícola talvez seja a sua força que consiste em produtores rurais que trabalham na própria terra e são usualmente promovidos como uma “dinâmica sociedade” entre a pobreza rural e o capital privado, enfim, representam a passagem da agricultura de baixa renda para uma agricultura comercial que cada vez mais se impõe no mundo globalizado. Essa sociedade promete rápida integração ao mercado, crescimento econômico, inovação tecnológica, ao mesmo tempo em que protege os direitos e a autonomia do produtor via contratual. Além das vantagens específicas de cada parte, os contratos de integração vertical desempenham o importante papel de instrumento de organização do mercado de produtos agrícolas, regulando a oferta de matéria-prima de acordo com as exigências quantitativas e qualitativas da indústria e do mercado consumidor. Torna-se, portanto, uma alternativa localizada entre as regras do livre mercado e a rigidez da economia planificada.

Diante da importância de que se revestem os contratos de integração vertical, torna-se imprescindível o seu estudo sistemático, seja na esfera econômica na qual já prospera copiosa literatura a respeito, seja na esfera jurídica ainda carente de estudo doutrinário no Brasil. A análise jurídica do conteúdo e do funcionamento desses novos modelos contratuais é feita, desde 1960, em países Europeus como Itália e França, nos quais se espelhou o presente estudo, que contam com uma legislação específica sobre esses contratos. No Brasil, embora os contratos de integração prosperem na prática, sobretudo em setores fortes como a fruticultura, pecuária leiteira e de corte, e mais recentemente junto ao *complexo soja*, mas além de não existir normativa legal específica, não existe ainda um estudo jurídico teórico que forneça os elementos básicos desses tipos contratuais. Em geral, na integração vertical

agroindustrial a parte agrícola se compromete a realizar as atividades de cultivo ou criação de animais dos quais deriva o produto ou serviço objeto do contrato, com respeito a indicações técnicas pactuadas e entregar toda a produção contratada que corresponda aos critérios de qualidade pactuados. A parte integradora se obriga a receber toda a produção objeto do contrato correspondente à qualidade pactuada e pagar o preço conforme pactuado. São igualmente considerados contratos de integração vertical, os acordos singulares firmados entre uma ou mais empresas industriais ou comerciais com um mesmo produtor agrícola, ou um grupo de produtores, e cuja reunião remonte às obrigações recíprocas.

Podemos então definir o *contrato de integração vertical agroindustrial como o instrumento contratual firmado entre produtor agrícola, individual ou associado, e empresa de transformação industrial ou comercial, individual ou grupo econômico e que estabelece recíprocas obrigações de fornecimento de produtos ou serviços agropecuários, segundo critérios técnicos operacionais*. Por fim, afigura-se possível determinar a figura contratual em estudo como um contrato misto. A complexidade aqui diz respeito somente ao elemento objeto, no qual as prestações das partes aludem a tipos contratuais distintos¹². Há nesse instrumento contratual a combinação de elementos próprios de tipos contratuais diversos, mas subordinados a uma mesma causa, à especificidade preponderante e ao fim comum do contrato. Enquanto a existência de mais de um negócio – embora ligados entre si – é elemento essencial para a conexão contratual, no contrato misto há uma pluralidade de elementos de distintos tipos contratuais reunidos um único negócio jurídico¹³. *Conclui-se, pois, pela caracterização dos contratos de integração vertical no Brasil como categoria contratual mista cujo conceito conjuga os elementos da reciprocidade junto aos ciclos de produção, industrialização, comercialização, das obrigações de dar e fazer, e de cooperação econômica*.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

12 MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Contratos coligados no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 111.

13 KONDER, Carlos Nelson. Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 149.

- BURANELLO, Renato M. *Sistema privado de financiamento do agronegócio: regime jurídico*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3.
- GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- FARINA, E. M. M. Q. *Abordagem sistêmica dos negócios agroindustriais e a economia de custos de transação*. In: FARINA, E. M. M. Q.; AZEVEDO, P. F.; SAES, M. S. M. *Competitividade: mercado, estado e organizações*. São Paulo: Singular, 1997, p. 165- 176.
- FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revistados Tribunais, 2009.
- KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria geral do negócio jurídico*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.
- NEVES, Marcos Fava. *Sistema agroindustrial citrícola: um exemplo de quase integração no agribusiness brasileiro*. 1995. 86 p. Dissertação (Mestrado em economia, administração e contabilidade) Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- PAIVA, Nunziata Stefania Valenza. O problema da qualificação jurídica dos contratos de integração vertical agroindustriais no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito UFG*, Goiânia, v. 33, n. 2, jul./dez. 2009, p. 184-198.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995.

A Violação ao Direito Fundamental Constitucional do Sigilo da Comunicação Telefônica Por Decisão Judicial Sem a Devida Fundamentação e o Dever do Estado em Reparar os Danos Daí Originados.

Fernando Antônio Prazeres

Juiz de Direito em 2º Grau e Diretor da Escola de Magistratura do Paraná.

Em meados de 1999, graves conflitos agrários aconteciam no Paraná.

No afã de investigar as atividades de integrantes do assim chamado Movimento dos Sem-Terra, integrantes dos quadros da Polícia Militar do Estado do Paraná encaminharam pedido a uma autoridade judiciária para que lhes fosse autorizada a interceptação e escuta originadas e/ou recebidas de duas linhas telefônicas.

Este pedido foi deferido, com a simples oposição da expressão: **R. A. Defiro.**

Vem daí a indagação: a decisão que determinou a quebra de sigilo telefônico, sem a devida fundamentação, atenta contra direito fundamental daquele que teve seu sigilo violado? E, se atenta, é devida indenização?

A resposta a esta indagações depende, num primeiro momento, da análise dos direitos fundamentais constitucionais implicados.

Em primeiro lugar, impõe-se definir qual o direito fundamental violado.

Dispõe o art. 5º, XII da CF/88:

É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação ou instrução processual penal.

Esse é o direito violado.

O direito que protege a esfera íntima do indivíduo. O direito outorgado a qualquer pessoa de manifestar-se de forma livre e sem interferência, com resguardo da sua privacidade.

Mas esse não é um direito absoluto.

Ele encontra limitações no próprio texto constitucional.

É que o sigilo telefônico pode ser violado por ordem judicial, nos termos da lei, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

É o que se convencionou chamar de cláusula de ressalva.

Para o caso em exame, o legislador infraconstitucional criou a Lei nº 9.296/1996 regulamentando, assim, a já referida cláusula.

Pertinente, aqui, as ponderações que José Afonso da Silva faz a respeito do tema. Diz ele:

Por outro lado, vê-se, pela dicção constitucional, que a lei não terá uma aplicação incondicionada, pois requer ordem judicial, caso a caso. Mas essa ordem judicial também está sujeita a condicionamentos: não pode ser dada, se não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, se a prova puder ser feita por outros meios disponíveis ou o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com a pena de detenção. E não pode ser dada por qualquer despacho do juiz, porque terá que se traduzir numa decisão fundamentada, indicando, também, a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo, se necessário (Lei 9.296/1996, arts. 3º e 5º). A interceptação só pode ser executada pela Polícia Civil, federal ou estadual, seja a seu próprio pedido, na investigação criminal, ou a requerimento do representante do Ministério Público, na mesma hipótese e na instrução processual penal, ou por determinação do juiz, de ofício. (in Comentário Contextual à Constituição, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 107).

Como se vê, a exceção oposta ao direito fundamental ao sigilo das comunicações telefônicas tem regras rígidas.

Voltemos, então, à questão controversa: uma decisão judicial, sem a devida fundamentação, viola direito fundamental de garantia ao sigilo das comunicações telefônicas? E, se viola, é devida indenização?

E mais:

Neste caso, o Estado deve responder pelos danos daí derivados?

A resposta merece alguma reflexão.

Segundo o § 6º do art. 37, da CF/88 “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadora de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Esta é a regra geral.

Verificado o dano e sendo ele decorrente da ação ou omissão de agente do poder público, o Estado responde por ele, independentemente da verificação prévia de culpa ou dolo.

É a chamada responsabilidade objetiva.

Mas no caso em exame, o agente que supostamente causou o alegado dano moral é um agente do Poder Judiciário.

E para atos do poder judiciário, a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXXV, prevê a indenização ao condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

Parece, assim, que a norma do art. 5º, LXXV, da CF/88 excepciona aquela outra prevista no art. 37, § 6º do mesmo diploma.

Seria, então, uma antinomia aparente que se resolveria pelo princípio da especialidade.

Não penso assim, porém.

Forçoso concluir que o erro judiciário, no âmbito do direito interno, só é passível de reparação nos casos expressamente previstos na CF/88.

Assim, somente o erro judiciário em razão de condenação indevida ou excesso de prazo de prisão além do previsto podem gerar o dever de indenizar.

Não é qualquer decisão judicial que obriga o Estado a reparar eventuais prejuízos, até porque, convenha-se, é um dos efeitos das decisões judiciais a restrição a direitos, seja pela privação do patrimônio alheio, seja pela privação da própria liberdade.

Enfim: a idéia de prejuízo decorre da própria atividade jurisdicional e, por isso, a regra geral é a da irresponsabilidade do Estado por atos de jurisdição.

Mas no caso em exame o fato assume proporções que, ao meu sentir, extrapolam mesmo a simples tarefa de apontar caminhos para suplantar antinomias aparentes do direito interno.

É que a decisão judicial em apreço, em total desrespeito às normas legais então vigentes (Lei 9.296/1996) afrontou direito fundamental, não só garantido pela Constitucional Federal, mas, também e sobretudo, pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica e inserta no direito interno pelo Decreto Legislativo 27, de 25.9.1992 e promulgada pelo Decreto 678 de 06.11.1992.

Eis o Decreto:

O VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no exercício do cargo de **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição, e Considerando que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978, na forma do segundo parágrafo de seu art. 74;

Considerando que o Governo brasileiro depositou a carta de adesão a essa convenção em 25 de setembro de 1992; Considerando que a Convenção Americana

sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) entrou em vigor, para o Brasil, em 25 de setembro de 1992, de conformidade com o disposto no segundo parágrafo de seu art. 74;

DECRETA:

Art. 1º A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2º Ao depositar a carta de adesão a esse ato internacional, em 25 de setembro de 1992, o Governo brasileiro fez a seguinte declaração interpretativa: “O Governo do Brasil entende que os arts. 43 e 48, alínea d, não incluem o direito automático de visitas e inspeções in loco da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as quais dependerão da anuência expressa do Estado”.

Art. 3º O presente decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 6 de novembro de 1992; 171º da Independência e 104º da República.

Vai daí que a interpretação do texto constitucional a respeito da indenização por atos de jurisdição está a merecer interpretação sistemática, ponderando, inclusive, os princípios insertos na Convenção America sobre Direitos Humanos a qual, doravante, vou me referir como “Pacto”.

Sobre a honra e a dignidade, o Pacto dispõe:

Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

3. *Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.*

E mais adiante, ao tratar da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Pacto assim dispõe em seu art. 63, item 1: *Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.*

Como se vê, ao tempo em que o Pacto garante a proteção à honra e a dignidade da pessoa humana, não permitindo, neste senso, ingerência arbitrária na sua vida privada, determina que a violação desses direitos seja objeto de justa indenização.

Frise-se, por oportuno, a pessoa deve estar garantida, por lei, contra essa ingerência e essa garantia deve ser dada pelos Estados membros que aderiram ao Pacto.

No caso ora presente, o Estado não se desincumbiu desta garantia, na medida em que um de seus agentes violou expressa disposição de lei, atentando, assim, contra a dignidade de quem teve seu direito ao sigilo violado.

Pois bem.

Ocorre que a Constituição Federal parece não permitir a responsabilização do Estado por atos derivados do Poder Judiciário, com exceção daqueles previstos no art. 5º, LXXV.

O Pacto prevê, contudo, coisa distinta.

Existe, assim, conflito entre duas normas ou antinomia, cuja solução urge, sob pena mesmo de convivermos sob o império de normas que se excluem.

Mas qual o critério a ser adotado?

O primeiro é puramente normativo.

Com efeito, ao aderir ao Pacto, o Estado brasileiro comprometeu-se a *respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social* (art. 1º).

Ora, se há conflito entre o direito interno e as garantias previstas no Tratado, há que prevalecer estas, na medida em que o ato de adesão somente fez restrições ao disposto nos arts. 43 e 48 do Pacto. Nada mais.

E tanto é verdade que o Decreto 678 de 06.11.1992 dispõe, em seu art. 1º que:

Art. 1º A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apenas por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Penso que, ante a clareza do texto, nada mais haveria a ser dito a respeito do conflito.

Não obstante isso, há quem diga que, nestes casos, seja por questões de soberania, seja pela natureza normativa que se empresta aos Tratados e Convenções internacionais, há de prevalecer, sempre, o texto constitucional.

O raciocínio parece correto desde que o objeto da Convenção ou do Tratado, não seja a preservação e garantia de direitos humanos.

Quando se expõe esta premissa, a construção silogística que admite a prevalência do texto constitucional se desfaz.

Explico.

As normas que visam garantir direitos fundamentais ou direitos humanos devem ser interpretadas, sempre, de forma a garantir e ampliar estes direitos.

No conflito de normas, deve prevalecer aquela que amplie as garantias fundamentais. Rejeita-se, por conseguinte - e sempre no caso concreto - a norma restritiva.

Ao debruçar-se sobre os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e o Direito Interno, o Prof. Valério de Oliveira Mazzuoli da Universidade Federal do Mato Grosso propõe “um diálogo” entre as normas de direito convencional e as de direito interno voltadas à proteção da pessoa humana propondo a criação de canais de comunicação ou vasos comunicantes.

Diz ele (Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno, Saraiva, 2010, p. 119):

Exemplos claros desses referidos “vasos comunicantes” (ou cláusula de diálogo) são o art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988 (segundo o qual os direitos expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de tratados – de direitos humanos – em que a República Federativa do Brasil seja parte) e o art. 29, alínea b, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (segundo o qual nenhuma de suas disposições pode ser interpretada no sentido de “limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-parte ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados). Neste último caso, como nitidamente se percebe, a Convenção está a admitir que as fontes do direito não se excluem mutuamente, mas antes se complementam, podendo haver no direito interno estatal disposições mais benéficas que as existentes na própria Convenção Americana e que devem ser aplicadas em detrimento dela, uma vez que o que pretende a Convenção não é a sua utilização em todos os casos, mas naqueles em que tal aplicação se faça necessária, quando não existe no plano interno ou em outros tratados ratificados pelo Estado norma protetiva para determinado caso concreto (...).

E prossegue:

Frise-se, mais uma vez, que à medida que os tratados de direitos humanos se internalizam ao direito estatal, suas regras de interpretação também se incorporam

ipso jure – com nível de normas constitucionais – ao arcabouço normativo doméstico, passando a ser imediatamente aplicáveis. Essa incorporação imediata, que internaliza os “canais de comunicação” previsto no tratado respectivo, impede a postura judicial formalista que vê na norma internacional um produto estranho à nossa legalidade e não a aplica. E não se diga que o produto convencional internalizado ao ordenamento brasileiro é hierarquicamente inferior à nossa ordem constitucional e, por isso, não poderia ter aplicação imediata. Reconhecer a superioridade da ordem interna sobre o direito internacional dos direitos humanos, dando prevalência àquela, mesmo quando protege menos o ser humano sujeito de direitos, é admitir a desvinculação do Estado do movimento internacional de direitos humanos reconhecidos regional e universalmente. O Judiciário, doravante, deverá entender essa simbiose entre o direito internacional e o direito interno e julgar uma causa relativa a direitos humanos de acordo com o texto constitucional e com os tratados internacionais sobre essa matéria ratificados e em vigor no país. Assim, como ensina Néstor Sagüés, os tribunais não mais poderão prescindir desse direito internacional na interpretação de um direito interno (op. cit. p. 123).

Como se vê, no conflito entre normas convencionais de direitos humanos e outra, ainda que presente no texto constitucional, mas que seja limitativa desses mesmos direitos, há de prevalecer aquela.

Por isso, a antinomia aparente aqui constada se resolve com a conclusão de que o Estado pode responder, sim, por ato próprio da jurisdição, desde que, tal como aconteceu no caso em exame, implique em “ingerência arbitrária e abusiva na vida privada” da pessoa sujeito de direitos.

Foi o que aconteceu!

O Estado, então, deve reparar os danos daí decorrentes.

Ora, o fato é um só: uma decisão judicial, sem fundamentação devida, atendeu contra garantia fundamental do cidadão, violando seu direito à intimidade e privacidade que, de resto, é também protegido por Convenção Internacional que versa sobre direitos humanos.

E por isso e só por isso, o Estado responde objetivamente.

Impertinente, outrossim, eventual discussão a respeito de dolo, fraude ou culpa.

Esta discussão só teria relevância caso o Estado viesse a exercer eventual direito de regresso em face de seu agente, quando então deveria demonstrar que o ato se deu com dolo ou fraude, já que, por culpa, os membros do Poder Judiciário não podem ser pessoalmente responsabilizados (art. 133 do CPC).

Que fique claro: uma coisa é a responsabilidade objetiva do Estado pelo ato jurisdicional desprovido de fundamentação e que, por isso, atenta contra direito fundamental do cidadão resguardado pela Constituição Federal e por Tratado Internacional que versa sobre Direitos Humanos. Outra, bem diferente, é a responsabilidade pessoal de membro do Poder Judiciário, esta sim jungida à prova inequívoca de dolo ou fraude.

DICAS DE LINGUAGEM

Algumas Anotações Sobre o Último Acordo Ortográfico

Albino de Brito Freire

Juiz aposentado, é membro da Academia Paranaense de Letras

Está vigendo desde 1.º de janeiro do corrente ano, com emprego facultativo até 31 de dezembro de 2012, o NOVO ACORDO ORTOGRÁFICO. A partir daí, será obrigatório.

Países que assinaram o acordo:

- 1-Angola
- 2-Brasil
- 3-Cabo Verde
- 4-Guiné-Bissau
- 5-Moçambique
- 6-Portugal
- 7-São Tomé e Príncipe
- 8-Timor Leste

Ocorre-me trazer, para sua apreciação, um texto contendo palavras que sofreram modificações. Observem:

Grafia até 2008:

“João trabalha na Assembléia Legislativa, em Curitiba, mas mora em Bocaiúva. Logo cedo, come uma pêra, uma fatia de pão de forma com café-com-leite e, depois, vai tranqüilamente pegar o ônibus. Ele pára no ponto de ônibus e vê uma jibóia, logo adiante, deslizando por entre as pedras. Vizinhos vêem João correndo pela auto-estrada e gritando para fazer o ônibus parar.”

Algumas dúvidas (formas corretas pelo VOLP):

- a) Coerdeiro (aboliu-se a forma “co-herdeiro).
- b) Subumano ou sub-humano (as duas formas).
- c) Coautor, coedição, reeleição, reeditar, reeducar, coabitar.
- d) Forma (ou fôrma) de bolo.

Temos, em tese, até o final de 2012, tempo suficiente para nos adaptarmos à nova ortografia.

No Brasil, o Acordo foi aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 54, de 18 de abril de 1995.

Esse Acordo é meramente ortográfico; portanto, restringe-se à língua escrita, não afetando nenhum aspecto da língua falada. Ele não elimina todas as diferenças ortográficas observadas nos países que têm a língua portuguesa como idioma oficial, mas é um passo em direção à pretendida unificação ortográfica desses países.

Tempos atrás, estive na Academia das Ciências de Lisboa e fui brindado com uma entrevista de mais de uma hora com representantes daquela Academia, onde debatemos alguns aspectos deste tema.

O clima, em Portugal, ainda é um pouco confuso. Dizem eles que a Academia e o Governo não se opõem ao acordo, como se propala. Apenas há os simpatizantes e os do contra. Governo e Academia estão fazendo sua parte. Eu contestei, dizendo que li revistas e jornais de várias regiões de Portugal e não me parece que a reforma esteja acontecendo por lá. Disseram que têm o prazo de 4 anos para implantar a reforma. E lá, ao contrário do que aqui acontece, eles não parecem muito preocupados em se adaptar ao novo sistema.

1) Mudanças no alfabeto

O alfabeto passa a ter 26 letras. Foram reintroduzidas as letras **k**, **w** e **y**, que na verdade não tinham desaparecido da maioria dos dicionários de nossa língua, sendo usadas em várias situações. Por exemplo:

- a) na escrita de símbolos de unidades de medida: km (quilômetro), kg (quilograma), W (watt);
- b) na escrita de palavras e nomes estrangeiros (e seus derivados): show, playboy, playground, windsurf, kung fu, yang, William, kaiser, Kafka, kafkiano.

2) Trema.

Não se usa mais o trema (¨), sinal colocado sobre a letra u para indicar que ela deve ser pronunciada nos grupos **gue**, **gui**, **que**, **qui**.

COMO ERA

agüentar
argüir
bilíngüe
cinqüenta
delinqüente

COMO FICA

aguentar
arguir
bilíngue
cinquenta
delinquente

eloqüente	eloquente
ensangüentado	ensanguentado
eqüestre	equestre
freqüente	frequente
lingüeta	lingueta
lingüiça	linguiça
qüinqüênio	quinqüênio
sagüi	sagui
seqüência	sequência
seqüestro	sequestro
tranqüilo	tranquilo

Atenção: o trema permanece apenas nas palavras estrangeiras e em suas derivadas.

Exemplos: Müller, mülleriano.

3) Mudanças nas regras de acentuação

3.1. Não se usa mais o acento nos ditongos abertos **éi** e **ói** das palavras paroxítonas (palavras que têm acento tônico na penúltima sílaba).

COMO ERA	COMO FICA
alcalóide	alcaloide
alcatéia	alcateia
andróide	androide
apóia (verbo apoiar)	apoia
apóio (verbo apoiar)	apoio
asteróide	asteroide
bóia	boia
celulóide	celuloide
clarabóia	claraboia
colméia	colmeia
Coréia	Coreia
debilóide	debiloide
epopéia	epopeia
estóico	estoico

estréia	estreia
estréio (verbo estrear)	estreio
geléia	geleia
heróico	heroico
idéia	ideia
jibóia	jiboia
jóia	joia
odisséia	odisseia
paranóia	paranoia
paranóico	paranoico
platéia	plateia
tramóia	tramoia

Atenção 1: Essa regra é válida somente para palavras paroxítonas. Assim, continuam a ser acentuadas as palavras oxítonas terminadas em **éis, éu, éus, ói, óis**.
Exemplos: papéis, herói, heróis, troféu, troféus.

Atenção 2: Palavras paroxítonas com esses ditongos abertos, mas terminadas por **r, l, n, x**, continuam levando acento.
Exemplo: destróier.

3.2. Nas palavras paroxítonas, não se usa mais o acento no **i** e no **u** tônicos quando vierem depois de um ditongo.

COMO ERA	COMO FICA
baíuca	baiuca
bocaiúva	bocaiuva
feiúra	feiuura

Atenção 1: Se a palavra for oxítona e o **i** ou o **u** estiverem em posição final (ou seguidos de **s**), o acento permanece.

Exemplos: tuiuiú, tuiuiús, teiú, teiús, Grajaú, Piauí, Itajaí, gravataí.

Atenção 2: Nas palavras paroxítonas, em que o **i** e o **u**, tônicos, formarem hiato com a vogal anterior, o acento permanece.

Exemplos: saúva, saúde, saída, baía, graúdo.

(Continuaremos no próximo número).