

ANO III – Nº. 07



JUS SCRIPTUM

**Boletim do Núcleo de Estudantes Luso-brasileiros da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**



JUL/DEZ

2007

Jus Scriptum





jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

EDIÇÃO ESPECIAL DOS VOLUMES 1 A 5

Lisboa – Portugal

Periodicidade Trimestral

ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief
Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Paulo Rodrigues, Diretor Científico do NELB
Laura Viana, Diretora Científica interina do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

André Saddy
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Edvaldo Brito
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Fernanda Martins
Universidade do Vale do Itajaí

Francisco Rezek
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Janaina Matida
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Lilian Márcia Balmant Emerique
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Luciana Costa da Fonseca
Universidade Federal do Pará

Maria Cristina Carmignani
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Maria João Estorninho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Rosado Pereira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Romano Martinez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rute Saraiva
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sergio Torres Teixeira
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Susana Antas Videira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Corpo de Avaliadores – Review Board

Camila Franco Henriques
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes

Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcelos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Silvia Gabriel Teixeira

REVISTA JURÍDICA
NELB
Jus
Scriptum

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro


FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBDA
Ano 3 • Volume 3 • Número 7
Jul-Dez 2007 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Semestral
ISSN 1645-9024

NELB – Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Fundado em 07/06/2001
Diretoria do Biênio 2006/07

André Saddy, Presidente
Alenuska Teixeira Nunes, Vice-Presidente
Márcia Castro Pereira, Secretária-Geral
Elisa Ustárroz, Diretora Científica
Caroline Alves Salvador, Diretora Social
Carlos Marcos Borges, Diretor Financeiro

Conselho Editorial:
Eduardo Bruno Milhomens
Fernando Estevam Bravin Ruy
Paula Lins Goulart
Rafael Freitas Machado

Conselho Deliberativo:
Daniel Barroso
Luiz Carlos Messias Junior
Tiana Santos

Colaboradores:
Alyne de Andrade de Oliveira Bezerra

Correspondência: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade, Cidade Universitária · CP 1649014 · Lisboa · Portugal



INDICE

A PASSAGEM DO RISCO DO PREÇO NA VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS – Prof. Dr. Luís de Lima Pinheiro _____

Error! Bookmark not defined.

A REFORMA DO PROCESSO PENAL PORTUGUÊS – Prof. Dr. Paulo de Sousa Mendes _____ **9**

OPOSIÇÃO POLÍTICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – Lilian Márcia Balmant Emerique _____ **13**

REFLEXÕES SOBRE O CONCEITO DE TORTURA – Helena Maria Soares Vila Nova de M. Pacheco _____ **24**

A BOA FÉ OBJETIVA COMO FONTE CRIADORA DE DEVERES ANEXOS DE CONDUTA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS – Maria Eduarda da Fonte de Andrade Lima _____ **39**

DOS ASPECTOS RELEVANTES DO NOVO ART. 285-A DO CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO (COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.277, DE 7 DE FEVEREIRO DE 2006) – Emília Moreira Belo _____ **52**

A EFETIVIDADE DA “INTIMAÇÃO PARA PROTECÇÃO DE DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS” EM PORTUGAL – Aldo Nogueira Venâncio __ **65**

O ATENDIMENTO JURÍDICO DA FAMÍLIA – Hosana Leandro de Souza __ **76**

DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL - UMA ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA DA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO PROTETOR DO AMBIENTE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRA E PORTUGUESA – André Pinto de Souza Oliveira _____ **87**

A PASSAGEM DO RISCO DO PREÇO NA VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS*

*Luís de Lima Pinheiro**

SUMÁRIO: I. Identificação do problema; II. Breve apontamento de direito comparado; III. A determinação do direito aplicável; IV. Regime contido na Convenção de Viena sobre a venda internacional de mercadorias – comparação com o direito material português

I. Identificação do problema

Na venda de mercadorias, bem como mais em geral nos contratos bilaterais de alienação, pode acontecer que a coisa alienada pereça ou se deteriore por facto não imputável a qualquer das partes depois de celebrado o contrato mas antes da sua integral execução¹. Uma das partes tem de suportar o risco daí resultante. O risco é suportado pelo vendedor se perde o direito ao preço, porque fica sem a coisa e sem o seu valor. O risco é suportado pelo comprador na hipótese inversa, porque fica sem a coisa e apesar disso tem de pagar o respectivo valor. O risco passa do vendedor para o comprador a partir do momento em que a perda ou deterioração da mercadoria não exonera o comprador da obrigação de pagar o preço. É neste sentido que se fala de passagem do risco do preço.

A passagem do risco do preço é uma questão especialmente importante na venda internacional de mercadorias, uma vez que geralmente esta venda está associada a um transporte internacional da mercadoria. A questão coloca-se, as mais das vezes, em termos de saber qual das partes é que suporta as consequências de uma

* *Texto que serviu de base à comunicação apresentada no II Seminário Luso-Brasileiro 2007, organizado pelo Núcleo de Estudantes Luso-Brasileiros da Faculdade de Direito de Lisboa, em Maio de 2007.*

** *Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa*

¹ Ver, para uma introdução ao problema, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, – *Direito das Obrigações*, 7.^a ed., Coimbra, 1997, 466 e segs.

perda ou deterioração da mercadoria ocorrida durante o transporte por facto não imputável a qualquer das partes.

Na maioria dos casos, a mercadoria é segurada pela parte que suporta o risco durante o transporte, por forma a obter uma indemnização do segurador em caso de perda ou deterioração. Os *Incoterms*, que constituem termos normalizados que designam cláusulas da venda à distância de mercadorias, são frequentemente acompanhados de regras sobre a parte que deve pagar o prémio do seguro da mercadoria².

II. Breve apontamento de direito comparado

Os sistemas nacionais divergem entre si quanto ao momento da passagem do risco do preço.

Perante alguns sistemas a passagem do risco é, em regra, ligada à transferência da propriedade, e, no que toca a coisas determinadas, esta produz-se automaticamente com a celebração do contrato de venda sem depender da observância de qualquer formalidade. É o caso dos sistemas francês (arts. 1138.º e 1583.º CC), português (arts. 796.º/1, 408.º/1 e 879.º/a CC) e, até certo ponto, inglês³. Na venda de coisa indeterminada a transferência da propriedade depende ainda da individualização ou, como sucede no Direito português, da individualização e do conhecimento da individualização por ambas as partes (art. 408.º/2 CC)⁴.

No sistema alemão, a passagem do risco é ligada, em regra, à entrega da coisa (art. 446.º CC). Devido ao sistema de transferência da propriedade adoptado pelo Direito alemão, a transferência da propriedade de coisa móvel também se opera, em regra, no momento da entrega da coisa (art. 929.º CC)⁵.

² - Ver Luís de LIMA PINHEIRO – *Direito Comercial internacional*, Coimbra, 2005, 328 e segs.

³ - Ver Dieter MARTINY – “Warenkauf”, in *Internationales Vertragsrecht*, org. por Christoph Reithmann e Dieter Martiny, 6.^a ed., Colónia, 2004, n.º 776. Cp., quanto ao Direito dos EUA, Peter HAY – *Law of the United States*, Munique et al., 2002, 127.

⁴ - Ver Luís de LIMA PINHEIRO – “Venda marítima internacional – alguns aspectos fundamentais da sua regulação jurídica”, in *Estudos de Direito Civil, Direito Comercial e Direito Comercial Internacional*, Coimbra, 2006, 120 e segs.

⁵ - Ver LIMA PINHEIRO (n. 4) 124.

Alguns destes sistemas, como é o caso do alemão (art. 447.º CC) e português (797.º CC) contêm regras especiais para a venda com expedição, com especial interesse para a venda internacional de mercadorias, e que serão adiante examinadas.

As regras sobre a passagem do risco contidas nestes sistemas são supletivas e, por isso, são afastadas por convenção das partes em contrário. Esta convenção resulta muito frequentemente da utilização dos já referidos *Incoterms*⁶.

III. A determinação do direito aplicável

Estando a venda internacional de mercadorias em contacto com mais de um Estado soberano, a definição do regime do contrato exige uma determinação do Direito aplicável com base nas normas de Direito Internacional Privado. Aqui temos de distinguir conforme há ou não convenção de arbitragem.

Se houver convenção de arbitragem a determinação do Direito aplicável depende do Direito Transnacional da Arbitragem e de regras especiais de fonte estadual (no Direito português, o art. 33.º da Lei de Arbitragem Voluntária)⁷.

Se não houver convenção de arbitragem temos novamente de distinguir conforme a questão se coloca num Estado que é parte contratante da Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias ou num Estado não contratante. No primeiro caso, os tribunais de um Estado contratante aplicam as regras materiais contidas na Convenção de Viena aos contratos que caíam dentro do âmbito material e espacial de aplicação da Convenção. Já os tribunais de um Estado não contratante, como é o caso de Portugal e do Brasil, terão de determinar a lei aplicável com base nas regras de conflitos de Direito Internacional Privado. Em Portugal, estas regras de conflitos estão contidas na Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais. Se estas regras de conflitos remeterem para a lei de um Estado estrangeiro que seja parte na Convenção de Viena,

⁶ - Ver LIMA PINHEIRO (n. 2) 328 e segs.

⁷ - Ver Luís de LIMA PINHEIRO – *Arbitragem Transnacional. A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Coimbra, 2005, 234 e segs.

e caso se verifiquem os pressupostos de aplicação da Convenção na perspectiva deste Estado, a questão deverá ser resolvida com base nas regras materiais destas Convenção. Caso contrário, serão normalmente aplicáveis regras de fonte interna.

Quando for aplicável a Convenção de Viena, a passagem do risco será regulada pelas suas normas. Quanto for aplicável ao contrato um Direito nacional, a questão da passagem do risco do preço cai no âmbito de aplicação deste Direito, sendo regulada pelas normas de fonte interna ou convencional que vigorarem na respectiva ordem jurídica. Na prática, a determinação do Direito competente assume muitas vezes reduzida importância nesta matéria, porque as regras legais aplicáveis são supletivas e a passagem do risco foi regulada pelas partes através de uma cláusula específica ou da remissão para os *Incoterms*.

No desenvolvimento que se segue vou examinar o regime contido na Convenção de Viena e proceder a uma comparação com o regime estabelecido pelo Direito português.

IV. Regime contido na Convenção de Viena sobre a venda internacional de mercadorias – comparação com o direito material português

Nos termos do art. 66.º da Convenção de Viena “a perda ou a deterioração da mercadoria ocorrida após a transferência do risco para o comprador não libera este da obrigação de pagar o preço, salvo se a perda ou a deterioração se ficarem a dever a acto ou omissão do vendedor.”

Da última parte do preceito resulta que o comprador fica exonerado da obrigação do preço se a perda ou a deterioração se ficar a dever ao incumprimento pelo vendedor de uma obrigação contratual ou extracontratual⁸.

⁸ - Cf. NICHOLAS *in* – *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, org. por C BIANCA e M. BONELL, Milão, 1987 Art. 66 an. 2.2.; John HONNOLD – *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 2.ª ed., Deventer e Boston, 1991, Art. 66 n.º 362; e HAGER *in* – *Kommentar zum Einheitlichen UN-*

A grande maioria das vendas internacionais de mercadorias implica um transporte da mercadoria. Na maior parte dos casos o vendedor obriga-se a entregar a mercadoria ao transportador (venda com expedição simples) ou vende mercadoria em curso de transporte (venda de mercadoria em trânsito). As principais regras convencionais sobre transferência do risco constam por isso do arts. 67.º e 68.º que se reportam, respectivamente, à venda com expedição simples e à venda de mercadoria em trânsito. As regras do art. 69.º, aplicáveis aos casos em que comprador deve receber a mercadoria no estabelecimento do vendedor ou noutra lugar (designadamente no lugar do destino), são mais regras residuais que verdadeiras regras gerais.

Na *venda com expedição simples a regra é a transferência do risco para o comprador com a entrega ao transportador*. Assim, o art. 67.º/1 determina que se o contrato de venda implicar um transporte da mercadoria e o vendedor não estiver obrigado a fazer a sua entrega num lugar determinado, o risco transfere-se para o comprador quando a mercadoria é entregue ao primeiro transportador para transmissão ao comprador de acordo com o contrato de venda. Se o vendedor estiver obrigado a fazer a entrega da mercadoria a um transportador num lugar determinado, o risco não se transfere para o comprador enquanto a mercadoria não for entregue ao transportador nesse lugar. O facto de o vendedor estar autorizado a conservar os documentos representativos da mercadoria não afecta a transferência do risco (art. 67.º/1).

À face da primeira parte do art. 67.º/1 deve entender-se que o risco só se transfere quando a mercadoria é entregue a um transportador independente do vendedor⁹.

O n.º 2 do art. 67.º ressalva que o risco não se transfere para o comprador enquanto a mercadoria não for claramente identificada para efeitos do contrato, pela aposição de um sinal distintivo na mercadoria, pelos documentos de transporte, por um aviso dado ao comprador, ou por qualquer outro meio.

A lei portuguesa reporta-se à venda com expedição simples no art. 797.º CC, quando se refere à venda em que o vendedor deve enviar a coisa para local diferente do lugar de cumprimento. Neste caso, a transferência do risco opera-se com a entrega ao transportador ou expedidor da coisa ou à pessoa indicada para a execução do envio (art. 797.º CC).

A epígrafe (“*promessa de envio*”) e o texto do art. 797.º CC poderia sugerir que a regra aí contida só se aplica quando o vendedor se obriga a realizar o transporte¹⁰. Mas não parece ser esta a melhor interpretação. O art. 797.º CC é visivelmente inspirado no art. 447.º/1 CC alemão¹¹, que pressupõe que o vendedor envie a mercadoria para um local diferente do lugar de cumprimento a solicitação do comprador¹². À face quer da Convenção quer da lei portuguesa o transporte da mercadoria tem de estar previsto no contrato. Mas não se exige que o vendedor se obrigue a realizar o transporte¹³. Pelo contrário, se o vendedor se obriga a realizar a transporte porque o lugar de cumprimento se situa no destino, nem o art. 67.º da Convenção nem o art. 797.º CC se aplicam.

Com efeito, tanto o art. 67.º da Convenção como o art. 797.º CC excluem a hipótese em que o contrato de venda envolve um transporte da mercadoria e em que o vendedor se obriga a entregar a mercadoria no lugar de destino (venda com expedição qualificada). Esta hipótese

¹⁰ - Neste sentido RAÚL VENTURA – “O contrato de compra e venda no Código Civil”, *ROA40*: 305-348, 333 e segs. ¹¹ - Cf. VAZ SERRA – “Impossibilidade superveniente por causa não-imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor”, *BMJ* 46 (1955) 5-152, 98, e Maria ÂNGELA BENTO SOARES e Rui MOURA RAMOS – *Contratos Internacionais. Compra e Venda. Cláusulas Penais. Arbitragem*, Coimbra, 1986, 173.

¹² - Cf. Wolfgang FIKENTSCHER – *Schuldrecht*, 8.ª ed., Berlim e Nova Iorque, 1992, 409. Ver também Karl LARENZ – *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. II, tomo I – *Besonderer Teil*, 13.ª ed., Munique, 1986, 100 e seg.

¹³ - Cp. BENTO SOARES/MOURA RAMOS (n. 11) 170 n. 312.

Kaufrecht, org. Por Peter SCHLECHTRIEM e Ingeborg SCHWENZER, 4.ª ed., Munique, 2004, Art. 66 n.º 7.

⁹ - Cf. HONNOLD (n. 8) Art. 67 n.º 369.1 e SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/HAGER (n. 8) Art. 67 n.º 5.

fica sujeita à regra residual do art. 69.º da Convenção¹⁴. Perante o Direito interno, por argumento de maioria de razão relativamente ao art. 797.º CC, esta hipótese não pode ficar sujeita à regra geral do art. 796.º CC, devendo entender-se que a transferência do risco só se opera com a entrega da coisa¹⁵.

Também à face do art. 797.º CC se deve entender que o risco só passa com a entrega a um transportador independente do vendedor¹⁶.

O efeito prático do art. 797.º CC tanto pode ser o de protelar a passagem do risco como o de antecipar a passagem do risco.

Na venda de coisa determinada, da regra geral do art. 796.º, conjugada com a do art. 408.º/1 CC, decorre que o risco passa no momento da celebração do contrato. Neste caso, tratando-se de venda com expedição simples, o art. 797.º leva ao protelamento da passagem do risco.

Na venda de coisa indeterminada, da regra geral do art. 796.º, conjugada com a do art. 408.º/2 CC, resulta que o risco se transfere quando a coisa for determinada com conhecimento de ambas as partes, sem prejuízo do disposto em matéria de obrigações genéricas (no art. 541.º CC). Na venda com expedição simples – como é o caso das vendas CFR e CIF (com excepção das que tenham por objecto coisa em viagem) – a individualização verifica-se “*com a entrega ao transportador ou expedidor da coisa ou à pessoa indicada para a execução do envio*” (art. 797.º CC *ex vi* art. 541.º)¹⁷. Se o transportador ou expedidor puder ser considerado, para este efeito, como representante do comprador, há uma coincidência entre o momento da individualização e a entrega ao comprador (e, obviamente, o conhecimento da individualização pelo

comprador). Nesta hipótese, o art. 797.º não introduz qualquer desvio relativamente à regra geral contida no art. 796.º. Mas nas vendas CFR e CIF o transportador ou expedidor não pode ser considerado como representante do comprador, uma vez que o vendedor contrata o transporte por sua conta e que o comprador não confere ao transportador qualquer poder para actuar em sua representação. Nestas vendas a propriedade só se transfere com o conhecimento da individualização pelo comprador, que ocorrerá normalmente mediante o aviso do vendedor de que a mercadoria foi entregue a bordo do navio. Nesta hipótese, o disposto no art. 797.º conduz a uma antecipação da passagem do risco.

Nos termos do art. 68.º da Convenção, se:

a mercadoria for vendida em trânsito, o risco transfere-se para o comprador no momento da conclusão do contrato. Contudo, se as circunstâncias assim o indicarem, o risco fica a cargo do comprador a partir do momento em que a mercadoria for entregue ao transportador que emitiu os documentos que constatarem o contrato de transporte. No entanto, se, no momento da conclusão do contrato de venda, o vendedor sabia ou deveria saber que a mercadoria tinha perecido ou se tinha deteriorado e disso não informou o comprador, a perda ou deterioração fica a cargo do vendedor.

A mercadoria é vendida em trânsito quando está em curso o seu transporte. *A regra geral, com respeito à venda de mercadoria em trânsito, é a passagem do risco no momento da celebração do contrato.* No entanto, as partes podem convencionar que o risco se considere transferido desde a entrega ao transportador e esta convenção tanto pode ser expressa como inferida das circunstâncias. Uma convenção neste sentido pode, em especial, ser inferida de ter sido celebrado pelo vendedor um seguro da mercadoria e de a respectiva apólice ter sido transferida para o comprador, como sucede na venda CIF¹⁸.

¹⁴ - Cf. BIANCA/BONELL/NICHOLAS (n. 8) Art. 67 an. 2.5., HONNOLD (n. 8) Art. 67 n.º 364 e SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/HAGER (n. 8) Art. 67 n.º 3.

¹⁵ - Cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA – *Código Civil Anotado*, vol. II, 4.ª ed., 1997, Lisboa, Art. 797.º an. 2, RAÚL VENTURA (n. 10) 336 e, *de iure condendo*, BENTO SOARES/MOURA RAMOS (n. 11) 176.

¹⁶ - Cf. RAÚL VENTURA (n. 10) 337.

¹⁷ - Contanto que este acto opere de facto a determinação da mercadoria vendida, o que não se verifica quando esta mercadoria for expedida em conjunto com outra mercadoria do mesmo género, destinada a comprador diferente, sem qualquer separação.

¹⁸ - Cf. Peter SCHLECHTRIEM – *Uniform Sales Law. The UN-Convention for the International Sale of Goods*, Viena, 1986, 90; BIANCA/BONELL/NICHOLAS (n. 8) Art. 68 an. 2.2.; Bernard AUDIT – *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, Paris, 1990, 91; HONNOLD (n. 8) Art. 68 n.º 372.2; Carlo ANGELICI – “Art. 68” in

Neste caso, porém, o efeito retroactivo da passagem do risco no momento da entrega ao transportador só opera a favor do vendedor que estava de boa fé, i.e., que não sabia nem deveria saber que a mercadoria tinha perecido ou se tinha deteriorado antes da celebração do contrato.

Tudo indica que o art. 68.º também se aplica só quando o vendedor não tem a obrigação de entregar a mercadoria no lugar de destino. O mesmo se diga do art. 938.º CC port., que se reporta à venda de mercadoria em trânsito que seja uma venda sobre documentos (o que é a regra com respeito à venda de mercadoria em trânsito) e em que figure, entre os documentos entregues, a apólice de seguro contra os riscos do transporte.

Como justamente assinalam BENTO SOARES/MOURA RAMOS, o art. 938.º CC é algo contraditório¹⁹. A al. a) do n.º 1 que determina que o preço deve ser pago ainda que a coisa se tivesse perdido causalmente durante o transporte, antes da celebração do contrato, bem como a al. b) do n.º 1 que estabelece que o contrato não é anulável com fundamento em defeitos da coisa produzidos causalmente após a entrega ao transportador, só podem a meu ver significar que o risco se transfere com a entrega ao transportador. É a solução que decorre, nesta hipótese da Convenção, bem como do art. 1529.º CC italiano, que inspirou, até certo ponto, a referida disposição portuguesa. A boa fé do vendedor também é exigida pelo n.º 2 do art. 938.º CC.

A al. c) do n.º 1, porém, vem estabelecer que o risco fica a cargo do comprador desde a data da compra. Este preceito só parece ter sentido útil nos casos em que o vendedor já sabia, ao tempo do contrato, que a coisa estava perdida ou deteriorada (art. 938.º/2 CC)²⁰.

Quando o comprador não beneficie do seguro feito pelo vendedor, a solução que resulta da aplicação da regra geral do art. 796.º CC à venda de mercadoria em trânsito coincide, na maior parte dos casos, com a da

Convenção (passagem do risco no momento da celebração do contrato).

Foi atrás assinalado que *as regras do art. 69.º da Convenção são mais regras residuais que verdadeiras regras gerais*. Vejamos em que consistem estas regras.

Quando o comprador deve receber a mercadoria no estabelecimento do vendedor, o risco transfere-se no momento em que recebe a mercadoria ou, se não o fizer em tempo devido, a partir do momento em que a mercadoria é posta à sua disposição e em que ele incorre em incumprimento do contrato ao recusar a recepção (art. 69.º/1)²¹.

Se o comprador estiver obrigado a receber a mercadoria noutra lugar, o risco transfere-se no momento em que a entrega deva ser feita e o comprador saiba que a mercadoria é posta à sua disposição nesse lugar (art. 69.º/2). Este preceito aplica-se, designadamente, à venda com expedição qualificada, em que a coisa deve ser entregue no lugar do destino.

O n.º 3 acrescenta que se o contrato recair sobre mercadoria ainda não individualizada, considera-se que a mercadoria não está colocada à disposição do comprador até que seja claramente identificada para efeitos do contrato.

Estas regras residuais, que atendem ao momento em que o comprador entra ou deveria entrar na detenção material da mercadoria, parecem claramente superiores à solução retida pelo Direito português no art. 796.º/1 CC, que liga a passagem do risco à transferência da propriedade.

À semelhança das regras estaduais, as regras da Convenção sobre passagem do risco são supletivas (art. 6.º), sendo afastadas por estipulação das partes em sentido diferente.

Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili, org. por C. BIANCA, Milão, 1992, 282. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/HAGER (n. 8) Art. 68 n.º 4.

¹⁹ - (N. 10) 180 e seg. Cp. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA (n. 15) Art. 938.º an. 2.

²⁰ - Cp. BENTO SOARES/MOURA RAMOS (n. 11) 181.

²¹ - Ver Maria de LURDES PEREIRA – “A obrigação de recepção das mercadorias na Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias”, *in Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, 239-392, Coimbra, 2002, 369 e segs.

A REFORMA DO PROCESSO PENAL PORTUGUÊS*

*Paulo de Sousa Mendes**

SUMÁRIO: *Introdução; 1. Protecção da vítima; 2. Protecção do arguido; 3. Reforço dos poderes do Ministério Público; 4. Reforço da eficácia do processo penal; Conclusão*

Introdução

O Código de Processo Penal (CPP) português, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro, tem sido considerado uma notável obra de legislação pela generalidade dos operadores de justiça nacionais, não obstante as críticas a aspectos pontuais tantas vezes ouvidas.

Em função dessas críticas, não custa perceber que o CPP já tenha sido sujeito por catorze vezes a alterações, sempre cirúrgicas, nenhuma delas desfigurando o próprio Código.

Está em curso nova alteração ao CPP. Com efeito, o Governo apresentou, em 20 de Dezembro de 2006, à Assembleia da República a proposta de lei n.º 109/X, que procede à décima quinta alteração ao CPP²². Essa proposta de lei teve por base os trabalhos da Unidade de Missão para a Reforma Penal (UMRP), criada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 138/2005, de 17 de Agosto. Também os Grupos Parlamentares do PSD, CDS-PP, BE e PCP apresentaram iniciativas com a intenção de alterar o CPP. A proposta de lei do Governo e os projectos de lei dos Partidos mereceram discussão conjunta no Parlamento. A proposta de lei do Governo foi

* *Guião da conferência realizada no âmbito do II Seminário Luso-Brasileiro – 2007 (Direito Público e Privado), organizado pelo Núcleo de Estudantes Luso-Brasileiro (NELB) na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), nos dias 3 e 4 de Maio de 2007. Agradeço ao Dr. André Saddy, Presidente do NELB, o amável convite.*

** *Doutor em Direito / Professor Auxiliar da FDUL*

²² <http://www.parlamento.pt>.

aprovada na generalidade, em 15 de Março de 2007, com os votos favoráveis do PS e PSD e a abstenção do BE, CDS-PP, PCP e PEV. De resto, o “*Pacto de Justiça*” entre os grupos parlamentares do PS e PSD, assinado a 8 de Setembro de 2006, garantiu, na prática, a aprovação da proposta de lei do Governo.

Nem por isso se deve esquecer que o processo de revisão do CPP foi preparado com rigor e contou com ampla participação, na medida em que os trabalhos da UMRP foram complementados com reuniões frequentes de um conselho consultivo que integrava representantes dos diversos sectores da justiça e professores universitários, criado por iniciativa do Coordenador da UMRP, Rui Pereira. As soluções foram consensualizadas sempre que possível, mas nunca prescindindo do confronto das opiniões divergentes.

O Anteprojecto da UMRP propôs a alteração de mais de um terço do Código (*i.e.*, 188 dos 524 artigos do CPP). Apesar da enorme quantidade de alterações apresentadas, a UMRP cuidou de salvaguardar o essencial do Código, procurando apenas aperfeiçoá-lo com base na experiência da sua aplicação e na jurisprudência do Tribunal Constitucional. Também houve alterações que resultaram directamente da necessidade de transpor para a ordem jurídica interna as obrigações internacionais do Estado português.

O aperfeiçoamento da legislação processual penal nunca é, porém, uma questão meramente técnica, axiologicamente neutra. Pelo contrário, o aperfeiçoamento ocorreu no quadro de determinados objectivos político-criminais, a saber: por um lado, o acréscimo da protecção concedida à vítima e, por outro lado, o reforço das garantias de defesa do arguido, mas compatibilizando-as com o desígnio de melhorar a eficácia do processo penal, de mais a mais lembrando que o n.º 2 do artigo 32.º da Constituição consagra em paralelo a presunção de inocência e o direito a um julgamento rápido.

A proposta de lei refere-se a 191 artigos do CPP (doravante citados tal como constam da proposta de lei, salvo indicação em contrário).

Seguramente, não cabe aqui dar conta de todas as alterações preconizadas na proposta de lei, mas apenas

referir algumas que, pela sua importância, mais podem interessar aos Colegas brasileiros, ademais atentando na comparação com o processo penal brasileiro.

1. Protecção da vítima

O CPP não é parco na protecção concedida à vítima, mas ainda assim são estabelecidas novas medidas:

- Reforça-se a posição do assistente, prevendo-se expressamente que ele se pode fazer acompanhar de advogado em todas as diligências em que intervier (art. 70.º);

- Para viabilizar o procedimento criminal nos casos de denúncia anónima, a autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal (OPC) competentes passam a informar o titular do direito de queixa ou participação da existência da denúncia, contanto que dela se retirem indícios da prática de crime ou ela mesma constitua crime (art. 246.º, n.º 6);

- Em atenção à vulnerabilidade do ofendido, prescreve-se que o tribunal deve informá-lo da data em que a libertação do arguido terá lugar, quando esta possa criar perigo, regime que é extensível aos casos de libertação e fuga de presos (arts. 217.º, 480.º e 482.º).

2. Protecção do arguido

Muitas são as alterações que visam o reforço das garantias de defesa do arguido. Especialmente significativas são as seguintes:

- O arguido passa a ser informado da notícia do crime, sempre que o Ministério Público (MP) tiver razões para crer que ele não a conhece (art. 247.º, n.º 1);

- Além de que passa a ser informado dos factos que lhe são imputados antes de prestar declarações perante qualquer entidade (art. 61.º, n.º 1, alínea c)), a fim de se acabar com os interrogatórios inquisitoriais em que o arguido tinha de adivinhar o sentido das perguntas, correndo até o risco de se auto-incriminar aduzindo novos factos aos que já estavam a ser investigados;

- Em especial, o juiz, no primeiro interrogatório judicial de arguido detido, tem de informar o arguido dos motivos da detenção, dos factos imputados e dos meios de

prova, salvo se, neste último caso, a revelação puser gravemente em causa a investigação, a descoberta da verdade ou direitos fundamentais (art. 141.º, n.º 4);

- Também o MP, se o arguido detido lhe for presente sem ter sido interrogado pelo juiz de instrução em acto seguido à detenção, deve informá-lo da mesma maneira (art. 143.º, n.º 3);

- Acresce que todas as declarações de arguidos detidos ou presos só poderão ser obtidas na presença do advogado (arts. 64.º, n.º 1, alínea a), e 144.º, n.º 3);

- Além de que o arguido em liberdade que for chamado a prestar declarações passa a ter o direito de ser assistido por advogado, sendo disso informado oportunamente pela entidade que o convocar para interrogatório (art. 144.º, n.º 4);

- Considerando que uma testemunha pode, a qualquer momento, converter-se em arguido, também ela passa a poder ser acompanhada por advogado sempre que deva prestar depoimento (art. 132.º, n.º 4);

- Ademais, é facultado ao arguido o acesso aos autos durante o inquérito, mediante requerimento, ressalvadas as hipóteses de prejuízo para a investigação ou para os direitos dos participantes ou das vítimas (art. 89.º, n.º 1).

Estas alterações foram saudadas, entre outras entidades, pela Ordem de Advogados, que, de resto, esteve representada no Conselho da UMRP²³.

Ainda poderíamos referir muitas outras medidas de protecção do arguido, mas impõe-se uma visita selectiva da reforma. Temos, porém, de mencionar mais duas:

- As alterações ao regime da prisão preventiva, que doravante só se pode aplicar aos casos de crimes dolosos puníveis com prisão superior a cinco anos, ressalvando-se alguns fenómenos criminalidade terrorista, violenta ou altamente organizada (art. 202.º, n.º 1). Acresce que os prazos de prisão preventiva são reduzidos. Mas no caso de o arguido já ter sido condenado em duas instâncias sucessivas, o prazo máximo eleva-se para metade da pena que tiver sido fixada (art. 215.º, n.º 6). Para evitar a perpetuação da prisão preventiva, estabelece-

²³http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31623&idsc=31623&ida=47898.

se que os prazos previstos não podem ser ultrapassados quando existir pluralidade de processos (artigo 215.º, n.º 7);

- A criação da possibilidade de o arguido requerer indemnização dos danos sofridos quando se comprovar que não foi agente do crime ou actuou justificadamente (art. 225.º, n.º 1, alínea c)). O Estado assume uma espécie de responsabilidade civil objectiva, não olhando a custos quando se trata de ressarcir o arguido inocente que sofreu privação da liberdade, ainda que não tenha havido nisso nada de errado.

3. Reforço dos poderes do Ministério Público

Os poderes do MP são significativamente reforçados, em vários aspectos:

- No sistema do CPP, o MP é dono do inquérito, mas o seu domínio tem desaparecido na prática, não sendo actualmente raro que ele só tome contacto com o processo no final do inquérito, quando só resta acusar ou arquivar. Com a revisão, há vários actos das polícias que terão de ser validados ou então simplesmente controlados pelo MP, tais como a constituição de arguido, se for feita por OPC (art. 58.º, n.º 3), ou as escutas telefónicas, cujas gravações e relatórios de conteúdo têm de ser entregues ao MP, que depois tem 48 horas para levá-los ao juiz de instrução (art. 188.º, n.ºs 1, 3 e 4). Com isso se visa melhorar a articulação do MP com as polícias, mas respeitando a autonomia técnica e táctica destas, consagrada na Lei da Investigação Criminal (Lei n.º 21/2000, de 10 de Agosto);

- Na instauração de inquéritos, o MP passa a poder avaliar se a denúncia constitui ou não uma notícia de crime, devendo decidir em função disso se é de abrir ou não inquérito (arts. 58.º, n.º 1, alíneas a) e d), e 246.º, n.º 5, alínea a)), não obstante todas as denúncias ficarem registadas, mesmo as manifestamente infundadas. A avaliação da denúncia não deve, porém, ser confundida com o juízo de oportunidade, a menos que se tenha do MP a ideia de que é um amanuense que regista denúncias e abre automaticamente inquéritos;

- Nos crimes particulares, o MP ganha o poder de arquivar o inquérito se não concordar com a acusação particular (art. 285.º, n.º 5), assim se impedindo a instrumentalização do processo pelo assistente que acusa sem provas. Em contrapartida, concede-se agora ao assistente o direito de requerer, também aqui, a abertura da instrução (art. 287.º, n.º 1).

4. Reforço da eficácia do processo penal

As formas de processo especiais sofrem alterações de monta, com vista a alargar e melhorar a sua aplicação, promovendo-se assim a máxima celeridade processual, desde que compatível com as garantias de defesa. Senão vejamos:

- Alarga-se o âmbito do processo sumário, tornando-o obrigatório nos casos de detenção em flagrante delito por crime punível com prisão não superior a cinco anos, em vez dos actuais três anos (art. 381.º, n.º 1);

- Além de que o processo sumário abrange agora os casos de detenção em flagrante delito efectuada por particular, desde que o detido seja entregue a uma autoridade judiciária ou entidade policial, num prazo que não exceda 2 horas (art. 381.º, n.º 1, alínea b)). Procura-se assim abarcar as inúmeras situações de furto, entre outras, que actualmente não podem ser julgadas nesta forma de processo, não obstante o inquérito, que é obrigatório na forma de processo comum, fazer aqui as vezes de um ritual inútil, até porque os meios de prova já são todos conhecidos;

- Acaba-se com o debate instrutório no processo abreviado (arts. 286.º, n.º 3, e 391.º-C);

- Os actos relativos aos processos sumário e abreviado passam a poder praticar-se em dias não úteis (art. 103.º, n.º 2, alínea c)) e os respectivos prazos correm durante as férias judiciais (art. 104.º, n.º 2);

Conclusão

Em suma, dir-se-á que todos os sujeitos processuais têm razões para festejar a revisão do CPP,

pois todos vêm reforçadas as suas posições. Isso nada tem de surpreendente, nem, muito menos, de paradoxal: o processo penal português não é um processo de partes, à maneira do acusatório puro. Na verdade, o MP não tem o estatuto de parte, mas o de uma autêntica magistratura, que está sujeita ao estrito dever de objectividade. Por isso, o reforço dos poderes do MP não tem de ser feito à custa dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, quer ofendidos, quer suspeitos ou arguidos.

OPOSIÇÃO POLÍTICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*Lilian Balmant Emerique**

SUMÁRIO: *Introdução; 1. Conceito de oposição; 1.1. Funções da oposição; 1.2 Estratégias da oposição; 2. Oposição e o princípio democrático, da cidadania e do pluralismo político; 3. Direito de oposição política; 3.1. Elementos presentes nas referências constitucionais ao direito de oposição; 3.2. Aspectos do direito de oposição política; 3.3. Estatuto do direito de oposição; Referências*

Introdução

A função da oposição em uma democracia é um assunto de pouco destaque nos estudos da Ciência Política e menos ainda no campo jurídico. De fato, a doutrina oferece um mínimo espaço para o debate sobre a relevância e o papel da oposição na configuração do Estado democrático de direito. No Brasil, o tema só recebeu alguma atenção em determinadas circunstâncias, principalmente durante as etapas de transição de regimes autoritários para regimes democráticos, com o estabelecimento ou retomada da democracia a ênfase do debate recaiu sobre assuntos ligados à identidade partidária, campanhas eleitorais e problemas de governabilidade no presidencialismo, deixando uma lacuna de estudo relacionada ao papel da oposição na (re)construção democrática brasileira em andamento.

O fato de a oposição política não apresentar maiores considerações de cunho doutrinário, legislativo e jurisprudencial internamente suscita alguns questionamentos: seria a oposição tão somente uma realidade política alheia à regulação e sem um interesse maior no campo normativo? É possível defender a existência jurídica desse fenômeno político? Então, de que maneira identifica-se o estatuto do direito de oposição política a partir de uma ordem constitucional, tendo em

vista que geralmente ela possui um caráter informal, quase sempre assistemático, na dinâmica da política? Os princípios fundamentais da democracia, da cidadania e do pluralismo político podem alcançar maior concretude e densidade com o reconhecimento do direito de oposição política? É cabível falar em um direito fundamental de oposição política?

A oposição política geralmente não surge como uma categoria do direito constitucional dotada de um estatuto inteiramente formalizado, embora seja difícil negar que o direito de oposição pertença ao domínio do direito constitucional ou político. Todavia não há uma correspondência na ordenação suprema de uma consagração formal que diretamente permita saber quais os direitos e deveres que a definem juridicamente.

A importância da oposição e o seu valor na ordem democrática justificam a necessidade de se proceder a um estudo específico dessa instituição, face à necessidade permanente de fortalecimento da democracia (através da criação de condições mais estáveis de funcionamento de suas instituições), abertura para a pluralidade e participação cidadã nos processos políticos.

A oposição é uma expressão do pluralismo, sem a qual um Estado não conta com uma autêntica legitimidade democrática. A democracia, por sua vez, é instrumentalizada na conjugação dinâmica entre maioria e minoria. O governo não se resume no exercício do poder pelo(s) grupo(s) vencedor(es), mas na atividade tanto da oposição como da situação na condução da vida política de um Estado.

O estudo da oposição tem indiscutível importância, como uma das instituições essenciais à conformação de um Estado Democrático de Direito.

A questão da oposição é assunto de interesse constitucional e todo o aparato que a compõe e que enseja o direito de oposição são determinantes nas disposições correspondentes aos direitos fundamentais de caráter político e também como concretização do princípio democrático, do princípio da cidadania e do princípio do pluralismo político.

* *Pós-doutora em Ciências Jurídico-políticas pela Universidade de Lisboa. Doutora em Direito (PUC/SP). Mestre em Direito (PUC/RJ). Pesquisadora e professora do Programa de Mestrado em Direito da UNIFLU/FDC.*

1. Conceito de oposição

Opor-se é tomar uma posição contrária (ou simplesmente diferente). O conceito de oposição envolve relação e articula-se a partir da dicotomia baseada no contraste entre a perspectiva dos que detêm o poder e daqueles que não estão diretamente na dianteira das funções de governo.

Oposição é diferente de *contestação política*. Contestação serve como classificação de todas as manifestações de agitação e críticas mais radicais às instituições e aos valores estabelecidos, quando não são expressas por canais da oposição. A atitude contestatória pode ser anterior à organização sistemática da oposição. Entretanto, nada impede que sua organização seja posterior, situação em que será um meio de reação à oposição, julgada como insuficiente ou inoperante em um sistema político, resultando na adoção de medidas mais extremas e sem subordinação a nenhuma regra convencional.²⁴

A característica da contestação é ultrapassar o plano do subsistema político, opondo-se à sua legitimidade, colocando em pauta não somente a sua própria ordem normativa. A oposição é uma ação embutida nas estruturas do subsistema político que procura mudar o funcionamento das mesmas. A contestação é uma ação de protesto intenso, cercada ou não de atitudes de violência, que menospreza os métodos institucionalizados da oposição política (quando disponibilizados) e critica a mesma por entender que esta facilita a manutenção de um sistema social e político repressivo.²⁵

Oposição é um termo de difícil definição, porque ela é um produto das funções inerentes ao papel que os grupos ou indivíduos desempenham dentro das relações políticas no contexto social. O papel da oposição pode ser exercido, de período em período, conforme inúmeras variáveis, tais como o tempo e os objetivos, por um ou outro(s) grupo(s).

²⁴ LAVAU, Geoges. A contestação política. *Revista de Ciência Política*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 1, n. 1, p. 6-8, mar. 1958.

²⁵ LAVAU, Geoges. *Op. Cit.*, p. 9-11.

Oposição é a união de pessoas ou grupos que têm por propósito fins contrários aos fins definidos e almejados pelo grupo ou grupos que detêm o poder político; a estes, institucionalmente identificados como autoridades políticas e sociais, os grupos de oposição revelam seu desacordo, servindo-se de métodos e meios de outros tipos.²⁶

A oposição expressa controvérsia própria do processo de formação da vontade política e da adoção de decisões e atua de modo coerente com o respeito e aceitação das regras consensuais do jogo político.

Oposição pode ser entendida como o “*conjunto de órgãos de formação da decisão política e as forças que, no âmbito do Estado constitucional, dentro ou fora do Parlamento, se opõem "all'indirizzo politico della maggioranza"*”.²⁷

Em um sentido consensual, oposição indica o conjunto de forças sociais que se contrapõem a atuação de um regime ou governo e lutam contra ele de forma não violenta, impugnando sua conduta por razões de conveniência ou legalidade.

A oposição caracteriza-se por um tipo de conduta ou comportamento político cuja formalização nas instituições e nos sistemas políticos ocorre com o desenvolvimento do parlamentarismo e dos partidos políticos.

Quando se toma como ponto de partida um conceito estrito de oposição – como um grupo, partido político ou associação, cujo propósito é uma reformulação governamental, inclusive da linha política adotada num contexto legal – a ação oposicionista pacífica é um dos fenômenos políticos recentes de criação não planejada, que surge como elemento formal do quadro institucional político.

²⁶ ZUCCHINI, Giampaolo. Verbete "oposição". in: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 9. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, vol. II, p. 846.

²⁷ NEGRI, Antonio *apud* CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Oposição na política*. São Paulo: Angelotti, 1995, p. 12.

O processo de institucionalização da oposição política democrática passou por três fases:²⁸

- a) reconhecimento do direito de participar através do voto nas decisões do governo;
- b) reconhecimento do direito de estar representada;
- c) reconhecimento do direito a uma oposição organizada capaz de suscitar votos contra o governo no curso das eleições e nos órgãos legislativos.

Não há uma linearidade e uma continuidade da institucionalização da oposição; cada país segue sua própria trajetória, inclusive em relação aos avanços e retrocessos, em alguns momentos.

A oposição foi adquirindo importância, sobretudo nas democracias assentadas sobre o princípio do pluralismo político e cujo processo político estrutura-se por meio da organização partidária.

1.1. Funções da oposição

A) FISCALIZAÇÃO – Consiste no papel de controle permanente e legal do governo, exercido enquanto minoria política, tanto no âmbito parlamentar, onde é canalizado de maneira mais intensa, como também em outras instâncias sociais, sobretudo aquelas associadas à formação da opinião pública²⁹.

A fiscalização serve para fins de avaliação crítica da condução das políticas públicas. Esta é uma tarefa contínua de controle, influência, persuasão, dissuasão e impedimento de adoção ou exercício de decisões majoritárias. Controlar torna-se uma forma de co-

participação. O governo impulsiona a ação e a gestão política, enquanto a oposição inspeciona, adverte e luta pela retificação.

A oposição deve agir com consciência e vigilância sobre toda e qualquer ação do governo, ela deve ajudá-lo a governar melhor através da crítica. Em muitas situações há a possibilidade de correção dos rumos, aprimoramento dos programas e acerto a partir do aproveitamento das contribuições e críticas.

A oposição parlamentar tem a vocação de limitação e controle crítico do poder da maioria, formalmente exercido através da avaliação da legitimidade da atividade legislativa conduzida pela maioria e, no plano substancial, por meio da defesa dos direitos das minorias dissidentes e como a alternativa política do poder.³⁰

Compete à oposição ser antítese ao governo, cabendo-lhe uma tarefa *patriótica* de promover a regeneração do sistema. A ação da oposição patriótica ocorre quando a atuação é sistemática, baseada em propostas concretas, com possibilidade de fiscalização política efetiva e de acordo com as possibilidades de atuação admitidas dentro do modelo político no qual se inscreve.³¹

²⁸ JIMÉNEZ, M. Ramírez. *Gran enciclopedia Rialp*. Madrid: Rialp, 1991, p. 947. Verbete: "oposición política", p. 947.

²⁹ Cf. dentre outros: ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico Acquaviva*. 7. ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira LTDA, 1995, p. 1011. JIMÉNEZ, M. Ramírez. *Op. cit.*, p. 947. Verbete: "oposición política". ZUCCHINI, Giampaolo. Verbete "oposición". in BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Op. cit.* v. II, p. 848. MURO, Ignacio Torres. Recensiones. *Revista de estudios políticos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 101, p. 389, jul. 1998.

³⁰ ZUCCHINI, Giampaolo. Verbete "oposición". in BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Op. cit.* v. II, p. 848. DUHAMEL, Olivier; MÉNY, Yves. *Dictionnaire constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992, p. 677-678. Verbete "opposition". Descreve a oposição parlamentar como: "L'opposition parlementaire, Qui se caractérise par as critique de l'action du gouvernement et de la majorité et se distingue par la régularité de ses votes hostiles notamment lors des scrutins les plus significatifs (en particulier ceux engageant la responsabilité du gouvernement), trouve dans le Parlement un moyen privilégié d'expression et de reconnaissance. Outre leur participation au contrôle de l'action gouvernementale (par les débats et les procédures de questions), les membres de l'opposition (comme tout parlementaire) disposent de droits de parole codifiés par le règlement des assemblées et du droit d'amendement reconnu par la Constitution. Les facultés d'expression ainsi offertes à la minorité apparaissent importantes car elles permettent à l'opposition d'obliger le gouvernement à s'expliquer et à débattre."

³¹ CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Op. cit.*, p. 14. Sublinha a influência de Bolingbroke ao desenvolver a idéia de uma oposição patriótica: "Em verdade pode-se falar numa especial valorização do fenômeno oposição

B) ALTERNÂNCIA POLÍTICA - A oposição realmente se consubstancia em sistemas políticos nos quais as condições de fato e de direito asseguram e autorizam a alternância política e uma linha crítica ao governo, em uma postura responsável diante da perspectiva de assumir o poder.

A oposição tende a ser moderada nas situações em que há alternância no poder pelos partidos políticos, mas tende ao radicalismo quando, de modo contínuo, vê-se obstada da probabilidade de conquista e exercício do poder. A ausência de perspectivas de alcance do poder pode incliná-la à demagogia e à divulgação de programas inexequíveis, face à ausência do risco de ser cobrada quanto à realização dos mesmos programas pelos eleitores.³²

A democracia consolida-se pela alternância do poder e a oposição adquire mais consistência nos seus projetos quando vislumbra reais condições de alcançar o poder pelas vias democráticas convencionais. Sem a alternância, a oposição pode perder de vista sua responsabilidade e se tornar ruidosa, mas sem plausibilidade no programa alternativo oferecido à sociedade. A contínua preparação para transformar-se em maioria nas próximas eleições, movimenta-a para um compromisso mais substancial com a sociedade e uma maior responsabilidade tanto ao criticar como ao oferecer respostas aos problemas enfrentados pelo governo.

C) DISSENTIR - Consiste na atividade básica de opor-se. Requer uma vocalização articulada da divergência, a multiplicidade de opiniões sobre as questões comunitárias e a capacidade de absorver progressivamente os conflitos sociais, o que somente é

plausível quando o poder constituído consegue conviver com uma oposição cuja legitimidade não é conferida paternalmente pelo próprio poder e nem tem sua atuação totalmente limitada pelo ordenamento jurídico.³³

A ausência de um diálogo contínuo e regulado com uma oposição autonomamente constituída gera um antagonismo difuso e a ameaça constante de sua irrupção de forma inesperada, o que muitas vezes enseja uma vigilância excessiva frente à ausência de instituições públicas para canalizar eficientemente a discordância.

A oposição tem a função de promover ataques ao governo. Se por um lado existe o dever de opor-se, por outro lado há o dever de aceitar a derrota. A oposição e o governo são conduzidos pela dissidência e consenso, segundo o qual a minoria concorda que a maioria deve governar, e a maioria concorda que a minoria deve dissentir e criticar.

O apoio ao governo pelos situacionistas e as objeções a ele pelos opositoristas devem ser sistemáticos. A questão central do debate respalda-se em duas posições: a) aqueles que negam um verdadeiro valor ao debate parlamentar que não é seguido por deliberações; b) aqueles que sustentam a inutilidade prática total do debate, porque, nas Casas Legislativas, o voto segue quase sempre a linha partidária.³⁴

Contudo, apesar do diferentes enfoques sobre a importância do debate, vale ressaltar que o valor prático da alteração assenta-se: a) no seu reflexo sobre a opinião pública. Um debate fechado e restrito somente às sessões plenárias ou das comissões não cumpre o objetivo de esclarecer e promover a pressão da verdade sobre a vida social, política e administrativa; b) os votos dos membros da oposição e situação representam suas responsabilidades perante o eleitorado que os elegeu.³⁵

em terreno inglês, no cenário a envolver o processo evolutivo do parlamento, despontando sua significância no jogo do poder de forma quase que concomitante ao surgimento da tese da responsabilidade política que timbra o coroamento da matriz parlamentarista. Para tanto, porém, irretorquível a contribuição do pensamento de Bolingbroke, desenvolvendo a idéia de ‘oposição patriótica’, conceito que se aclimatava particularmente aos arranjos institucionais visualizados pelos *whigs* e pelos *tories*, no seio da Gloriosa Revolução.”

³² GONZALEZ, Ismal. *Partidos e modelo político*. Rio de Janeiro: Julex, 1978, p. 53.

³³ SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Poder e política: crônica do autoritarismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978, p. 25-26.

³⁴ FARACO, Daniel. *Parlamento, vale a pena?* Porto Alegre: Globo, 1978, p. 113-115.

³⁵ FARACO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 116-118.

1.2 Estratégias da oposição

A) OBSTRUÇÃO - é um expediente técnico-parlamentar usado geralmente pela minoria para retardar ou impedir o processo legislativo de discussão e votação de leis, a fim de que a maioria seja forçada a acordos, entendimentos e ou concessões. Ocasionalmente a maioria pode provocar a obstrução, caso se encontre em eventual posição minoritária na discussão de matérias de interesse do governo ou da bancada.³⁶

Existem também outras estratégias empregadas na atividade opositora, dentre as quais se destacam: pedidos de inversão de pauta, requerimento de urgência, pedido de adiamento de votação, verificação de *quorum* e saída das bancadas, quer pela maioria ou pela minoria, importa manter a visão de conjunto nas Casas Legislativas.

A oposição tem as marcas do conteúdo e da modalidade do seu exercício; na América Latina, por exemplo, a oposição normalmente exerce a função obstrucionista (não deixar governar) na crença de triunfar no próximo pleito eleitoral. Existem certos casos em que a forma do exercício da oposição revela ou antecipa a forma de ser governo e cria o temor que prejudica a alternância política e interrompe o jogo democrático.³⁷

B) USO DA INFLUÊNCIA – uso da influência valendo-se do peso dos seus votos para construtivamente mudar projetos governamentais. Consiste em fazer oposição ao governo sem opor-se ao país, cujo limite estratégico é o da manutenção da identidade oposicionista pela crítica fiscalizadora e a constante atividade de apresentação de visões alternativas ao governo.³⁸

³⁶ FARHAT, Saïd. *Dicionário parlamentar e político: o processo político e legislativo no Brasil*. São Paulo: Melhoramentos, 1996, p. 663. Verbete: "obstrução".

³⁷ NÓBREGA, Francisco Adalberto. Oposição e polêmica na visão holística do Direito. *Revista da Procuradoria geral do INSS*, Brasília, v. 4, n. 4, p. 37-43, jan.-mar. 1998.

³⁸ LAFER, Celso. Papel da oposição. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 18 jan. 2004, p. A2 (editorial).

2. Oposição e o princípio democrático, da cidadania e do pluralismo político

A Constituição de 1988 consagrou os princípios democrático, da cidadania e do pluralismo político como princípios fundamentais do Estado brasileiro (art. 1º). Todos apresentam conexões diretas com o direito de oposição, enquanto uma componente básica da democracia pluralista porque a sua noção está associada a uma parcela do poder político, como complemento ou contraparte lógica, e não como sua contradição. É uma forma institucionalizada de condução do conflito com o objetivo de preservar o equilíbrio do poder ou uma evolução ordenada do mesmo.

O pluralismo supõe a existência da oposição, porquanto os grupos dispersos na ordem social constituem partidos políticos e competem entre si pela promoção de seus interesses e valores. O pressuposto do paradigma democrático é a competição eleitoral decorrente do pluralismo político. A democracia, considerada em sua formalidade, constitui um sistema onde os partidos ganham ou perdem eleições. É um sistema no qual a maioria governa, mas também define o direito da minoria ou minorias a existir, a ter representação, a participar e, quando for o caso, a opor-se.

Na democracia, é necessário resguardar os direitos políticos da minoria, dentre eles o de tornar-se maioria. São direitos fundamentais na democracia a existência e o exercício da oposição. Contudo, isso não significa a redução das minorias a um papel meramente reativo, mas a um perfil propositivo próprio. A diversidade de programas e projetos políticos requer um espaço para a divergência, como também para o consenso.

A democracia de caráter pluralista pode ser assinalada como o governo das diferenças, no qual a manifestação de desacordo favorece a cidadania, as liberdades civis, exalta os valores da livre expressão e da convivência tolerante e pacífica entre seus membros, bem como fortalece a legitimidade do regime.

A oposição que particularmente coaduna-se com o princípio democrático e do pluralismo político é a oposição responsável, legal e legítima, exercida em consonância com as decisões fundamentais de uma

comunidade e conforme os ditâmes maiores instituídos na Constituição. Uma oposição anti-sistema só se justifica quando a mesma tem por propósito central estabelecer ou recobrar, nas situações onde se encontra ausente, a própria democracia.³⁹

O direito de oposição é um direito fundamental, assentado e concretizado sobre uma estruturação procedimental e substancial do Estado democrático, fundado na cidadania e no pluralismo político, reconhecedor da multiplicidade de interesses, posições partidárias e identidades de grupos, mesmo que tal direito não seja expresso diretamente na ordem constitucional ou legal.

3. Direito de oposição política

O direito de oposição descreve um conjunto de normas e práticas de nível constitucional integrantes do estatuto disciplinador das funções da oposição política, inscritas ou imediatamente decorrentes da Constituição, por ela tuteladas, e garantidoras da continuidade do Estado. Requer uma equilibrada relação entre a Constituição e a prática que ela procura alicerçar. Reveste-se de um carácter material, institucional e teleológico.⁴⁰

A oposição política se sujeita, implícita ou explicitamente, a uma disciplina jurídica, sendo necessário esclarecer a sua configuração e a sua função na ordem constitucional. Essa disciplina geralmente tem carácter informal, quase sempre assistemático.

A oposição é uma realidade de construção histórica que adquire importância no desenho do Estado contemporâneo. A dificuldade de enquadrar o seu significado não quer dizer que tenha um conceito indefinido, ou seja, irrelevante para efeito da ordem constitucional e os valores que ela preconiza na estruturação social.

Existem certas conceituações de oposição política equivocadas, o enfoque dado padece dos

seguintes vícios: a) remessa da oposição para fora dos termos constitucionais como uma realidade acobertada pela informalidade; b) redução da oposição a uma estrutura do poder com função de limitá-lo, tornando-se apenas uma ação de bloqueio de determinadas opções políticas, mas sem expressão para a alternância política e autonomia institucional; e c) identificação exclusiva da oposição com a modalidade parlamentarista de governo.⁴¹

O direito de oposição é tratado em algumas das constituições estrangeiras, dentre as quais se enfatiza a Constituição Portuguesa de 1976, no art. 114/2, que dispõe: "*É reconhecido às minorias o direito de oposição democrática, nos termos da Constituição e da lei.*"

Também cabe mencionar a Constituição Colombiana de 1991, que no art. 112, modificado pelo Ato Legislativo nº 1 de 2003, estatui:

Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que se declaren en oposición al Gobierno, podrán ejercer libremente la función crítica frente a éste, y plantear y desarrollar alternativas políticas. Para estos efectos, se les garantizarán los siguientes derechos: el acceso a la información y a la documentación oficial, con las restricciones constitucionales y legales; el uso de los medios de comunicación social del Estado o en aquellos que hagan uso del espectro electromagnético de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones para Congreso inmediatamente anteriores, la réplica en los mismos medios de comunicación. Los partidos y movimientos minoritarios con personería jurídica tendrán derecho a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, según su representación en ellos. Una ley estatutaria reglamentará la materia.

Por último, trazemos à baila o art. 117 da Constituição do Equador de 1998, que diz: "*Los partidos y movimientos políticos que no participen del gobierno, tendrán plenas garantías para ejercer, dentro de la Constitución y la ley, una oposición crítica, y proponer alternativas sobre políticas gubernamentales. La ley regulará este derecho.*"

A referência ao direito de oposição pode acontecer de forma expressa ou mesmo no âmbito legal infraconstitucional. Tradicionalmente, são poucas as

³⁹ CAZZOLA, Franco. *Governo e opposizione nel parlamento italiano*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1974, p. 69.

⁴⁰ LEITÃO, J. M. Silva. *Constituição e direito de oposição*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 36-37.

⁴¹ LEITÃO, J. M. Silva. *Op. cit.*, p. 100.

Constituições nas quais o direito de oposição é previsto expressamente, em alguns países a referência ocorre na legislação infraconstitucional. É comum uma maior preocupação com o aspecto jurídico da oposição em países cujo regime é parlamentarista. A oposição já não pode ser considerada meramente como uma realidade de fato, prescindindo de qualquer medida de reconhecimento de direito.

3.1. Elementos presentes nas referências constitucionais ao direito de oposição

É convencional nas constituições que tratam do fenômeno da oposição política existir as seguintes configurações:⁴²

a) geralmente o tema tem assento nas disposições relacionadas à Constituição política de um Estado;

b) a ordem democrática, a cidadania e o pluralismo sócio-político concretizam-se, em parte, no direito de oposição;

c) a norma constitucional pode ser mais objetiva, sem pormenorizar os instrumentos ou meios necessários para o exercício do direito sob exame, ou pode traçar algumas diretrizes a serem seguidas pelo legislador ordinário, contudo, em qualquer dos casos, o comando fica sujeito a uma regulamentação posterior, conforme os parâmetros estabelecidos constitucionalmente;

d) não se coaduna com uma oposição anti-sistema, porque a legitimidade do seu exercício depende de uma atmosfera democrática e isso afasta qualquer modalidade de oposição cuja atuação seja contrária às decisões fundamentais constitucionais;

e) visa garantir o livre exercício das funções características da oposição (crítica, fiscalização e alternância política) dentro dos limites estabelecidos na Constituição ou lei(s) regulamentadora(s);

f) não tem a sua titularidade circunscrita apenas aos partidos políticos e nem pode ser estritamente caracterizado como oposição parlamentar;

g) expressa a unidade do poder político democraticamente estruturado, tendo em vista que sua efetivação acontece em contraposição à atividade de governo e se manifesta na coexistência do governo e da oposição como os dois lados de uma mesma moeda;

h) há uma multiplicidade de mecanismos e de direitos concretizadores do direito de oposição e nenhum deles, tomados unilateralmente, respondem pela totalidade do mesmo;

i) a exigência de regulamentação legislativa não retira a força normativa do direito de oposição, cuja eficácia condiciona-se aos limites estabelecidos no próprio enunciado da norma constitucional.

A importância do direito de oposição política pode ser enquadrada na constatação de que a qualidade de uma democracia depende não só das virtudes do seu Governo, não só das interações do Governo com a oposição, mas sim de um modo especial da qualidade da oposição, posto que esta, uma vez bem equipada, melhora a qualidade da democracia, ainda quando não alcança o Governo, principalmente quando persiste em lançar candidatos para através deles exercer sua atividade de controle e de orientação, de proposta e de crítica.

Na ótica de um direito fundamental de oposição política pode-se indagar: a subordinação do estatuto de oposição à ordem constitucional coaduna-se com uma noção de reforma constitucional autonomizada em relação ao direito de oposição? Pode a alteração da Lei Maior ser efetuada sem a participação direta da oposição política? Pode ocorrer a supressão do direito de oposição ou mesmo a restrição indevida do seu papel em um processo de reforma constitucional? Em uma sociedade democrática e pluralista, dotada de um poder do qual a oposição política é um elemento relevante, a resposta é negativa.

A atuação política democrática encontra na atividade da oposição um importante critério legitimador e, neste caso, tal instituição possui uma função crucial principalmente em relação a qualquer mudança no conteúdo ou na forma da Constituição, sendo ela mesma portadora de um direito que não pode ser eliminado ou

⁴² EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. *Direito fundamental como oposição política*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 268-269.

limitado impropriamente, sob pena de desconfiguração da ordem democrática.

3.2. Aspectos do direito de oposição política

O direito de oposição democrática decorre imediatamente da liberdade de opinião e da liberdade de associação partidária. Por essa razão não se limita à oposição parlamentar, mas acolhe o direito à oposição extraparlamentar, desde que praticado nos quadros constitucionais. A oposição exerce-se face à maioria parlamentar e ao governo. A interpretação restritiva desse direito levaria a que as forças políticas não representadas no ambiente legislativo vissem a sua liberdade política, o seu direito de participação na vida pública, o seu direito fundamental de associação e a sua liberdade de expressão, indiretamente restringidos por uma interpretação constitucionalmente inadequada do direito de oposição democrática, que é, aliás, incompatível com a própria democracia. A noção de oposição extraparlamentar está interligada com outros direitos fundamentais, como, por exemplo, os direitos de reunião e de manifestação, e, acima de tudo, com o princípio democrático.

De acordo com a Constituição Portuguesa de 1976, são direitos específicos da oposição parlamentar o direito à informação regular e direta sobre o andamento dos principais assuntos de interesse público (art. 114/3), o direito de fiscalização e de crítica na Assembléia da República (art. 156, 180/2/c e 194), o direito de participação na organização e funcionamento do próprio Parlamento (art. 175/b, 176/3, 178/2 e 180/1) e o direito de antena (art. 40/2).⁴³

A existência da oposição reflete a garantia de certas liberdades dentro de uma democracia (liberdade de expressão, liberdade de reunião, liberdade de associação, liberdade e independência dos meios de comunicação social) e também denota o pluralismo social, o que favorece a competência política e a alternância no poder.

Dentre os direitos da oposição pode-se citar: a) o direito de consulta prévia sobre certas decisões de maior

relevância; b) o direito à informação; c) o direito de participação; d) o direito de participação legislativa; e) o direito de depor.

Os direitos e deveres da oposição variam nas diferentes comunidades políticas. Em Estados nos quais a atuação é formalizada (por exemplo: no Parlamento britânico ou no Congresso norte-americano), o reconhecimento formal pode ocorrer através de compensações extras para a oposição, com uma participação política definida para o líder da oposição, tais como: a) o direito de responder declarações públicas do governo e; b) de ser consultado sobre questões partidárias, como programas e processos do legislativo, declaração de guerra, e o direito de participar de cerimônias do Estado.

3.3. Estatuto do direito de oposição

O direito de oposição consiste na possibilidade de formar e exercitar uma oposição como um elemento essencial do ordenamento fundamental liberal democrático, e que contribui para formar o núcleo inviolável e intangível da estrutura estatal.⁴⁴

Já o direito à oposição significa a liberdade geral de fundação e atividade de oposição de um grupo, resultando no objeto de tutela no âmbito dos direitos fundamentais clássicos, especialmente da liberdade de manifestação de pensamento, da liberdade de reunião e de associação, e do direito de petição. A igualdade democrática exige que a maioria no poder e a minoria de oposição venham a reservar fundamentalmente a mesma oportunidade na campanha para agregação do consenso eleitoral.⁴⁵

O estatuto constitucional brasileiro do direito de oposição compõe-se do princípio democrático, do princípio do Estado de Direito, do princípio federativo e do direito fundamental de oposição, juntamente com os demais princípios e direitos que os concretizam, além de outros como, por exemplo, o princípio do pluralismo político, o princípio da cidadania e determinados subsídios presentes nas disposições sobre os partidos

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 309.

⁴⁴ MEZZETTI, Luca. *Giustizia costituzionale e opposizione parlamentare*. Rimini: Maggioli, 1992, p. 41-49.

⁴⁵ MEZZETTI, Luca. *Op. cit.*, p. 41-49.

políticos (por exemplo: liberdade partidária e pluripartidarismo) e sobre a organização do Poder Legislativo correlacionada ao direito da(s) minoria(s).

O tratamento jurisprudencial do direito de oposição no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha passa por uma caracterização jurisprudencial que apresenta uma formação composta: contém elementos próprios do direito fundamental (direito à oposição), em senso objetivo e subjetivo, e componentes tipicamente jurídico-organizativos (direito de oposição), com conteúdo normativo institucional e funcional. Concretamente referido a uma multiplicidade de setores da vida democrática, o direito sob exame resguarda o *status activus* do cidadão e a posição constitucional dos grupos e formações sociais, bem como dos partidos ou grupos da minoria no âmbito da instituição parlamentar.⁴⁶

O exercício da oposição recebe uma disciplina diferenciada da parte do regulamento, conformado pelo:⁴⁷

a) direito de participação do grupo de oposição (participação nas votações, composições proporcionais de comissões permanentes e de inquérito);

b) direito de articulação da minoria de oposição cuja entidade corresponde, ao menos, a dimensão de um grupo;

c) direito de queixa como função da oposição no confronto da opinião pública (expresso, por exemplo, pela obstrução, pelo direito de votação nominal ou discussão de caso de denegação de uma resposta de informação objeto de uma queixa precedente);

d) direito de informação (direito de constituir comissão de inquérito, de efetuar audiência ou de receber informação e de convocar o comissário parlamentar da defesa, do instrumento de interrogação em relação ao governo);

e) direito de controle específico da oposição (através de interpelações);

f) direito de convocação funcional respeito à realização da política parlamentar de oposição; e

g) direito de veto da minoria (por meio da obstrução).

No Brasil, a oposição afasta-se de qualquer padrão organizacional. Não há nenhum tipo de referência expressa. A Lei Maior cobre indiretamente a atividade da oposição parlamentar em alguns dispositivos relacionados à organização do Poder Legislativo:

a) princípio da maioria (art. 47: "*Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros.*");

b) competência do Congresso (art. 49, X: "*É da competência exclusiva do Congresso Nacional: X – fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.*");

c) prerrogativas parlamentares (art. 53: "*Os Deputados e senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.*");

d) instituição de comissões (art. 58: "*O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. § 1º: Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa; § 4º: Durante o recesso, haverá uma Comissão representativa do Congresso Nacional, eleita por suas Casas na última sessão ordinária do período legislativo, com atribuições definidas no regimento comum, cuja composição reproduzirá, quando possível, a proporcionalidade da representação partidária.*");

e) composição do Conselho da República (art. 89, IV: "*O Conselho da República é órgão superior de consulta do Presidente da República, e dele participam: IV – os líderes da maioria e da minoria na Câmara dos Deputados.*");

f) medidas de exceção (art. 140: "*A Mesa do Congresso Nacional, ouvidos os líderes partidários, designará Comissão composta de cinco de seus membros*

⁴⁶ MEZZETTI, Luca. *Op. cit.*, p. 50.

⁴⁷ MEZZETTI, Luca. *Op. cit.*, p. 75-78.

para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas referentes ao estado de defesa e ao estado de sítio.").

No âmbito parlamentar, os regimentos internos das Casas Legislativas instituem a figura do líder da minoria e reconhecem a atuação do Bloco Parlamentar da Minoria junto com o Bloco Parlamentar da Maioria. A estas formações dedica um capítulo especial: art. 20 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (Res. nº 17/89), há previsão até de um "Colégio de Líderes", constituído pelos líderes da maioria, da minoria, dos partidos, dos blocos parlamentares e do governo. Suas decisões, porém, são tomadas por meio de voto ponderado em face da expressão numérica de cada bancada, o que, de fato, esvazia a influência eventual da minoria parlamentar.

Quanto à atuação do Poder Judiciário, o entendimento predominante nas decisões envolvendo direito da(s) minoria(s) no Poder Legislativo segue a linha de que as questões *interna corporis* não são objeto de sua apreciação, pois violam o princípio da separação de Poderes. Desta forma, é urgente a defesa de uma posição doutrinária e jurisprudencial mais favorável ao entendimento do direito de oposição política como um direito fundamental.

Referências

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico Acquaviva*. 7. ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira LTDA, 1995.
- ARAGON, Manuel. *Constitucion y democracia*. Madrid: Tecnos, 1989.
- BAEZA, Mario Fernández. *Diccionario electoral*. t. II. San José (Costa Rica): Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000.
- BARKER, Rodney. *Studies in opposition*. London: Pelican Books, 1971.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- _____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 9. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, vol. II.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. 4. Tir. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Teoria Constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BORJA, Rodrigo. *Enciclopedia de la política*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- BRASIL. Constituição da República Federativa. Promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL. Constituição da República Federativa. Promulgada em 24 de janeiro de 1967, na redação dada pela EC nº 1 de 17 de outubro de 1969 e demais emendas ulteriores. Coleção Lex. 3ª ed. São Paulo: Aurora, 1974.
- CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Oposição na política*. São Paulo: Angelotti, 1995.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- _____. *Estado de Direito*. Lisboa: Fundação Mário Soares; Gradiva, 1999.
- CAZZOLA, Franco. *Governo e opposizione nel parlamento italiano*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1974.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- DAHL, Robert Alan. "Governments and political oppositions", in o *Handbook of Political Science*. v. 3. New Haven: Addison-Wesley Publishing Company, 1965.
- _____. *Political oppositions in western democracies*. 4. ed. New Haven-London: Yale University Press, 1969.
- _____. *Poliarquia: participação e oposição*. São Paulo: Edusp, 1997.
- _____. *Sobre a democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- DUHAMEL, Olivier; MÉNY, Yves. *Dictionnaire constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.
- EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. *Direito fundamental como oposição política*. Curitiba: Juruá, 2006.

- FARACO, Daniel. *Parlamento, vale a pena?* Porto Alegre: Globo, 1978.
- FARHAT, Saïd. *Dicionário parlamentar e político: o processo político e legislativo no Brasil*. São Paulo: Melhoramentos, 1996.
- GONZALEZ, Ismal. *Partidos e modelo político*. Rio de Janeiro: Julex, 1978.
- GORLITZ, Axel. *Diccionario de ciencia política*. Madrid: Alianza Editorial, 1980.
- IONESCU, Ghita; MADARIAGA, Isabel de. *Opposition*. 2. ed. Middlesex: Penguin Books, 1972.
- JIMÉNEZ, M. Ramírez. *Gran enciclopedia Rialp*. Madrid: Rialp, 1991.
- LAFER, Celso. Papel da oposição. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 18 jan. 2004.
- LAVOU, Georges. A contestação política. *Revista de Ciência Política*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 1, n. 1, mar. 1958.
- LEITÃO, J. M. Silva. *Constituição e direito de oposição*. Coimbra: Almedina, 1987.
- LOAEZA, Soledad. *Oposición y democracia*. 2. ed. México: Instituto Federal Electoral, 2001.
- LÓPEZ, Mario Justo. *Manual de Derecho Político*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1994.
- MARTÍNEZ, Orlando Pardo. Presidencialismo y la oposición en América Latina: una difícil cohabitación. *Reflexión política*, Bucaramanga, ano 2, nº 4, dic. 2000.
- MEZZETTI, Luca. *Giustizia costituzionale e opposizione parlamentare*. Rimini: Maggioli, 1992.
- MIRANDA, Jorge. *Estudos de direito eleitoral*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1995.
- _____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MURO, Ignacio Torres. Recensiones. *Revista de estudios políticos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 101, jul. 1998.
- NAVARRO, Ángel J. Sánchez. *La oposición parlamentaria*. Salamanca: Congreso de los Diputados, 1997.
- NÓBREGA, Francisco Adalberto. Oposição e polêmica na visão holística do Direito. *Revista da Procuradoria geral do INSS*, Brasília. v. 4, n. 4, jan.-mar. 1998.
- PASQUINO, Gianfranco. *La oposición en las democracias contemporáneas*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1997.
- REQUEJO, Paloma. *Democracia parlamentaria y principio minoritario*. Barcelona: Ariel, 2000.
- SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. v. I. São Paulo: Ática, 1994.
- SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y Constitucion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- VALADÉS, Diego e RIVAS, Rodrigo Gutiérrez (coord.). *Democracia y gobernabilidad – Memoria del IV Congreso nacional de derecho constitucional II*. t. II. México: Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

REFLEXÕES SOBRE O CONCEITO DE TORTURA

*Helena Maria Soares Vila Nova de M. Pacheco**

SUMÁRIO: *Introdução; 1. O percurso da tortura; 1.1 Antiguidade; 1.2 Idade média: inquisição; 1.4 Tortura na atualidade; 1.3 Iluminismo; 2. Os elementos que compõem o conceito de tortura; 2.1 Elemento material; 2.2 Elemento teleológico; 2.3 Elemento subjetivo (sujeito ativo); Conclusões; Referências*

Introdução

Se atualmente a tortura é repudiada pela comunidade civilizada, e amplamente rechaçada pela opinião pública internacional, sendo considerada sua prática como imoral e internacionalmente ilícita, não devemos esquecer que, apesar disto, é incorreto afirmar que o uso da tortura – assim como outros meios repressivos condenáveis – é patrimônio exclusivo da idade média, da inquisição, e das ditaduras; lamentavelmente, regimes democráticos – ou supostamente democráticos – também recorrem a ela, ainda que em menor escala, e de maneira ocasional. E é precisamente por isso que esta prática absurda, não obstante encontre raízes nos períodos mais obscuros da história, tenha sido qualificada como uma das pragas mais indignantes do mundo atual.

Essas breves linhas, traz um breve panorama histórico da evolução do fenômeno da tortura para, em seguida, abordar umas das questões acessórias ao estudo desse flagelo qual seja, o problema da extradição de indivíduos que se vêem ameaçados de ser torturados acaso voltem aos seus países de origem.

Para tanto, iniciamos com um relato da tortura na história remota, desde a antiguidade passando pela Idade

Média e Iluminismo até alcançarmos o período contemporâneo; depois apresentamos o mecanismo de incorporação da tortura no plano do Direito Internacional.

Em seguida, passaremos ao enquadramento da tortura nos diversos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos; assim como nas Convenções específicas sobre o tema. Por fim, faremos algumas reflexões acerca da questão da extradição, e as implicações dessa conduta dentro do ordenamento internacional sobre a tortura.

As colocações que se apresentam nesse trabalho não tem como pretensão esgotar o tema, mas tão somente trazer à baila algumas informações sobre o assunto, esclarecer e fazer reflexões sobre o passado da tortura, sua disseminação e as idéias que, hoje, se espalham acerca da possibilidade da sua tolerância.

1. O percurso da tortura

A história aponta vários momentos os quais a prática de violências foi rotineira; entre esses momentos estão as guerras civis ou militares, ou até mesmo desordens sociais fruto de motivações diversas. Nesses instantes a força prevaleceu sobre a razão, de forma oficial ou não. Em todas essas situações, um ponto parece comum, a desumanização da humanidade através da tortura.

Em verdade, a prática dos tormentos está diretamente ligada ao próprio sistema penal vigente na sociedade que os pratica, qualquer que seja ela, em conseqüência devemos lembrar que, a legislação de um povo reflete os conceitos e valores dos mesmos a cada época.

Sob o aspecto processual, historicamente, a tortura funcionou como instrumento útil na obtenção de confissões via de regra, não muito confiáveis, e que por si só eram hierarquicamente superior a qualquer outra prova.

No seu percurso, a tortura foi utilizada como pena, assim como prova propriamente dita, e finalmente, como satisfação, não apenas do crime cometido, mas,

* *Advogada, Licenciada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Pós – Graduada em Direitos Humanos e Democratização pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Mestranda em Ciências Jurídico – Internacionais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.*

também, como meio de satisfazer os instintos mais baixos, em atos de verdadeiro sadismo⁴⁸.

A Idade Média⁴⁹ pode ser vista como o momento de maior desumanização das vítimas da tortura, e isso em razão das lutas por territórios e a crescente necessidade de manutenção de poder através da força⁵⁰, assim como a necessidade de conter os hábitos, por vezes, vistos como pervertidos do povo.

O século XVIII marcou historicamente a senda da tortura, pois nesse período a tortura passou a ser rechaçada até chegar a ser abolida em quase todos os Estados. Essa mudança de comportamento deveu-se a influência das idéias iluministas.

Atualmente, ainda persiste em muitos Estados a prática da tortura como sanção e também – às vezes de forma marginal - como forma de combater e intimidar criminosos perigosos. Discute-se ainda a utilização dos tormentos como meio de defesa da sociedade contra aquelas pessoas que são consideradas ameaçadoras para a sociedade, a exemplo disto, os terroristas.

Em suma, as célebres práticas da inquisição na caça as bruxas, os métodos nazi-fascista, etc.; são provas eloqüentes da facilidade com que o ser humano pode estar disposto a fazer sofrer o seu próximo e a rebaixar-se aos níveis mais inimagináveis de barbárie. Muitos dos

instrumentos de tortura utilizados no período passado da história, hoje, fazem parte de museus e são exibidos com horror e vergonha. Contudo, infelizmente, o homem não cessa de criar novas técnicas e novos métodos para produzir dor e sofrimento prolongado no seu semelhante⁵¹.

Nas linhas que se seguem, efetuaremos breves incursões esporádicas e ilustrativas do tratamento conferido à tortura em vários momentos da história da humanidade objetivando, dessa forma, apreender com maior clareza esse fenômeno, sua evolução e seus condicionamentos; ressaltando que, o uso da tortura como instrumento de aferição da “verdade” é uma faceta vergonhosa da história da humanidade, principalmente diante das misérias que a sua extensão provocou e ainda provoca no contexto mundial.

1.1 Antiguidade

Desde a pré- história, o homem sentiu a necessidade de viver em grupo, unidos por laços fortes entre seus componentes; esses elos reuniam as pessoas seja em razão dos temores reais, seja pelos imaginários e sobrenaturais a que estavam sujeitos. Nesse contexto, acreditava-se que os entes sobrenaturais, tanto podia proteger quanto castigar o grupo, dependendo do seu comportamento.

Nos primeiros tempos, uma das finalidades da tortura era mesmo a retribuição do mal causado pelo delito o que acarretava em métodos de expiação que proporcionava dores praticamente insuportáveis. Nessa época, era possível haver punições coletivas, de todos os que pertenciam ao grupo; essa conduta era justificada pela idéia de que apenas dessa maneira a ira da divindade poderia ser acalmada, obstando sua vingança pelo descumprimento de determinadas obrigações⁵².

⁴⁸ Cfr: SZNICK, Valdir. *Tortura: histórico, evolução e crime*. São Paulo: Leud, 1988, pp. 20. “... a tortura tem em si uma conotação muito ligada ao sadismo; o sadismo supera o poder – que leva à tortura – e, ainda, à vingança; no fundo, o torturador é um sádico”.

⁴⁹ Cfr: SZNICK, 1998, pp. 20. “A tortura, em sua evolução histórica, foi empregada, de início, como meio de prova, já que, através de confissão e declarações, se chegava à descoberta da verdade; ainda que fosse um meio cruel, na Idade Média e na Inquisição, seu papel é de prova no processo, possibilitando com a confissão a descoberta da verdade.”

⁵⁰ Cfr: DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Futuro do Estado*. Saraiva. São Paulo. 2006, pp.55. O autor, discutindo sobre a questão proposta por Maquiavel em 1513, quando pretendeu saber se para um príncipe era melhor ser temido ou amado pelo seu povo, concluiu: “Governantes sem legitimidade e sem escrúpulos, preocupados apenas com a preservação de seus privilégios, sem nenhuma possibilidade de serem amados, usaram amplamente o terror para manter o povo intimidado e submisso. E o próprio povo, por sua ignorância, companheira inseparável dos preconceitos, muitas vezes colaborou para que seus dominadores usassem da violência”.

⁵¹ Cfr: LEDESMA, Héctor Faúndez. *El Derecho a La Integridad Personal y La Prohibición de La Tortura*. Universidad Católica Andrés Bello. Revista de la Facultad de Derecho. Venezuela, 1989, pp.242.

⁵² Cfr: MATTOSO, Glauco. *O que é tortura*. São Paulo: Nova Cultural Brasiliense. 1986. O autor relata que nos tempos antigos, a tortura também era praticada como ritual de iniciação à vida adulta e à religião, ou de vingança contra os inimigos capturados. O dever do

Dos povos antigos a doutrina atribuí aos gregos, a transição, pela primeira vez na histórica ocidental, de um sistema legal arcaico para outro mais complexo onde as questões que envolviam a prova e a distinção entre homem livre e escravo foram de importância crucial⁵³.

Naquela época, nos primeiros conflitos legais a prova era utilizada de forma resumida, e o resultado dependia sempre da posição social dos litigantes e da boa vontade dos membros mais importantes da comunidade. No século V a.C. o marco das cidades – estados, “a lei”, já não era medida pela animosidade existente entre as pessoas; Os homens iam reconhecendo paulatinamente que melhor seria não reger-se por esse modelo, a forma mais aconselhável seria tornar a lei independente de opiniões excessivamente pessoais, escrevendo e formulando critérios específicos e claros de juízo, considerando ainda que, em casos de desacordos fossem apresentadas testemunhas sobre os fatos.

Nesse contexto, todos os cidadãos livres com dignidade e honra, em caso de conflito, declaravam, mas não eram submetidos a torturas. A importância da honra de um cidadão dividia as provas em “*provas naturais*” e

guerreiro era aguentar com bravura e firmeza, sem expressões de medo, nem implorando piedade; enquanto isso, os torturadores procuravam tornar a tortura o mais dolorosa possível, a fim de fazer a vítima fraquejar. Como resultado, a iniciação de um guerreiro em sua tribo, acabava, muitas vezes em morte, a exemplo disso estão as tribos da Guiana que iniciavam seus meninos com uma dança de açoitamento, os aborígenes da Oceania e nativos da África Oriental mutilavam órgãos genitais, dentre outros rituais primitivos de iniciação à vida adulta. Ver ainda na obra pp. 37. “*As mais antigas civilizações, como a egípcia, babilônica, assíria e persa, tiveram seus castigos devidamente catalogados e classificados. Cerca de 2000 anos a.C. , a chamada pena de Talião (olho por olho, dente por dente) já estava presente no Código Dungi (Rei Sumério da lei Sumária), que inspirou o Código de Hamurabi (Rei Babilônico), que por sua vez teria inspirado a legislação hebraica (Torá ou Pentateuco) e gregas (Código Turiano, por exemplo).*”

⁵³ Apesar de a doutrina apontar os gregos como o primeiro povo a usar a tortura sistematicamente na instrução criminal, o texto mais velho que dela nos dá notícia acha-se em fragmento egípcio relativo a um caso de profanadores de túmulos, no qual aparece consignado que “*se procedeu às correspondentes averiguações, enquanto os suspeitos eram golpeados com bastões nos pés e nas mãos*”. Sobre o assunto Cfr: GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*. São Paulo: Saraiva, 5. ed. , 1993, pp. 32.

“*provas forçadas*”, as primeiras, obtidas apenas através da simples palavra dos cidadãos, já as segundas se conseguiam daqueles que não tinham nenhum status de honra ou de cidadania, quais sejam: os estrangeiros, os escravos os que tinham ocupações vergonhosas ou aqueles cuja desonra era reconhecida publicamente. “*A forma de adquirir as “provas forçadas” era então, a prática da tortura probatória, classificada por Demóstenes como “um meio seguro de obter evidência”*”⁵⁴.

Acompanhando o modelo grego, os proprietários romanos de escravos, podiam torturá-los caso suspeitassem que fossem culpados por crimes contra a propriedade. A aplicação da tortura, nos procedimentos judiciais, somente foi regulamentada e limitada nos Códigos de Teodosiano e Justiniano; seria usada apenas nos casos de adultério, de fraude cometida no censo e nos delitos de lesa majestade.

Os romanos aperfeiçoaram a herança grega incrementando, praticamente, todos os tipos de suplício da antiguidade. A tortura probatória em Roma era denominada *quaestio*, e como exemplos dos tormentos empregados citam-se a *tormentum ignis* (do fogo), *tormentum famis* (da fome), *tormentum sitis* (da sede), dentre outros. Apenas os escravos eram submetidos a essa ordem de suplícios caso fossem acusados de um crime⁵⁵

As guerras sociais e a queda da República acabaram com as velhas diferenças difundidas entre homens livres e escravos e, no caso de homens livres, entre patrícios e plebeus. As novas distinções surgidas com a lei no século III d.C falavam de dois tipos de cidadãos: “*honestiores*” e “*humiliores*”. Os primeiros faziam parte da classe governante efetiva do Império, os a seguir eram o resto do povo, os que se dedicavam a ocupações simples, os pobres.

⁵⁴ Cfr: SZNICK.... 1998, pp. 38.

⁵⁵ Cfr: GOULART, Valéria Diez Sacraze Fernandes. *Tortura e prova no processo penal*. São Paulo: 2002, pp. 24. “*A confissão era prova suficiente para a condenação. Desde que sem defeitos e aceitável, não havia a necessidade de realizar mais nenhuma prova, interrompendo-se o processo. Para tanto, a confissão era avaliada com cautela, ainda mais quando obtida mediante tortura (quaestio)*”.

A divisão da sociedade romana em duas classes deixava a segunda delas vulnerável aos métodos de interrogação e castigo reservado anteriormente para os escravos. Nessa época, excepcionalmente, os “*honestiores*” poderiam ser torturados nos casos de traição e outros crimes específicos;

Foi na fase do Império que o processo sofreu grande transformação, restringindo-se em grande parte o direito de acusação, que foi cedendo lugar à acusação *ex officio* e ao procedimento *extra ordinem*, tendo sido a tortura oficialmente introduzida⁵⁶.

Em síntese, com a chegada do Império e a divinização da figura do Imperador e, ainda, com a mudança dos cidadãos do Império para a condição de súditos de sua Majestade e de suas divinas ordens, qualquer um poderia ser acusado de crime de lesa majestade. A divinização do Estado outorgou ao crime político um caráter de sacrilégio incompatível com as garantias de um processo normal.

1.2 Idade média: inquisição

Os medievais não podem historicamente ser classificados como bárbaros, pois, ao seu modo, buscavam a justiça. No regime feudal não estava formada a idéia de interesse público em punir os crimes praticados dentro de uma sociedade; as pessoas lesadas restavam apenas o direito de acusar.

Dava-se especial importância aos juramentos e testemunhas. Se por acaso não existisse restavam dois expedientes: o duelo (confronto entre acusador e acusado) e os “*Juízos de Deus*”, ou ordálios que só vieram a desaparecer no século XIV. Ambas as soluções baseavam-se na crença de um Deus onipresente que interferia nas relações humanas em busca do culpado real.

⁵⁶ Cfr: VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. Trad. Frederico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 106. “*Primeiramente César e depois Augusto respeitaram a memória da liberdade, ainda recente no espírito dos romanos; depois, gradualmente, ela se foi debilitando, e o natural desejo dos déspotas de ter um poder ilimitado sobre tudo se expandiu com menor comedimento (...) À medida que se consolidava a tirania, a tortura, utilizada apenas contra os servos nos tempos felizes de Roma, fosse estendida também aos livres*”.

Os “*Juízos de Deus*” surgiram no século XI, com a colonização dos bárbaros, e são considerados o início da tortura em juízo; foi nesse período histórico que a confissão passou a ser a rainha das provas – *regina probarum* – devendo ser buscada a qualquer custo⁵⁷.

A partir do século XII até o século XIV deu-se o fenômeno que personificou a institucionalização da tortura: a Inquisição, cujo nome completo era *Tribunal do Santo Ofício da Inquisição*; este ultrapassou as fronteiras da Idade Média e do Renascimento, chegando até a Idade Moderna.

Importa fazer uma pequena reflexão acerca desse período histórico. Despidendo-se do quadro estereotipado dos inquisidores é preciso considerar o contexto no qual a Inquisição estava inserida e se modelou à formação cultural, o estilo de vida, a relação das pessoas com a política, economia e principalmente com a religião. Essa análise pode explicar alguns comportamentos; em verdade, a inquisição foi produto da época e a legitimidade da tortura utilizada não suscitava então dúvidas. Naquele período, os costumes do povo eram tão bárbaros quanto às leis; ele adora os suplícios como as festas públicas e os sofrimentos acabavam por divertir a massa⁵⁸.

Não queremos nesse trabalho defender as praticas tormentosas utilizadas nesse período histórico,

⁵⁷ Cfr: GONZAGA, 1993, pp. 23. “*Se por qualquer motivo não conviesse o duelo, recorria-se aos ordálios. (...) Os métodos variavam muito, mas em regra consistiam na – prova de fogo – ou na – prova de água -. Por exemplo, o réu devia transportar com as mãos nuas, por determinada distância, uma barra de ferro incandescente. Enfaixavam depois as feridas e deixavam transcorrer certo número de dias. Findo o prazo, de as queimaduras houvessem desaparecido, considerava-se inocente o acusado; caso se apresentasse infeccionadas, isso demonstrava a sua culpa. Equivalentemente ocorria na prova da água, em que o réu devia, por exemplo, submergir, durante o tempo fixado, seu braço numa caldeira cheia de água fervente. A expectativa dos julgadores era de que o culpado, acreditando no ordálio e por temer as suas conseqüências, preferisse desde logo confessar a própria responsabilidade, dispensando o doloroso teste.*”

⁵⁸ Cfr: VERRI. 2000, pp.80 “*... a natureza humana é tal que, superado o horror pelos males alheios e sufocado o benévolo germe da compaixão, se embrutece e se regozija com sua superioridade no espetáculo da infelicidade alheia, do que também se tem um exemplo de furor dos romanos pelos gladiadores*”.

mas consideramos que tais condutas tiveram um contexto social. A proliferação da criminalidade era caótica, ao mesmo tempo em que não havia uma política social eficaz. Coube assim, à justiça penal ordenar a situação, o que foi feito, infelizmente, através do terror⁵⁹.

Em 1376 Nicolau Eymerich sistematizou o *Manual dos Inquisidores*, pelo qual, para haver a tortura era preciso um acordo entre o inquisitor e o bispo e os meio empregados na tortura deveriam deixar o acusado saudável para ser libertado ou executado; o que se buscava, na verdade, era a confissão. Nota-se que era interdita a tortura de menores de quatorze anos, velhos, mulheres grávidas e, não havia preocupação com as marcas deixadas no corpo, pois retratavam a expiação do crime.

Verifica-se facilmente a ausência de proporcionalidade entre o crime e a pena; ademais, as leis da época limitavam-se a ordenar ou permitir a tortura, fixando algumas regras gerais para o seu uso, mas não especificavam no que ela poderia consistir⁶⁰.

Nos séculos passados era proibido falar-se em liberdade religiosa, e isso era aplicado por todas as religiões. Cada uma exigia da sua população a fidelização a uma crença única oficial. Religião e nacionalidade eram elementos que se confundiam.

Tornava-se difícil exigir que a Igreja Católica respeitasse heterodoxias religiosas, quando os povos eram dizimados ora por cristãos (romanos, por exemplo), ora

por pagãos, ora por anglicanos, ora por islâmicos. Ainda como ponto a ser analisado, temos que considerar que a Igreja Católica, através da força, tentava controlar rebeldes que procuravam minar uma religião já consolidada entre o povo, ao contrario de outras religiões, que queriam impor compulsoriamente ensinamentos a pessoas de antiga fé oposta. Em verdade, nessa época, o que predominava era a intolerância entre as religiões; assim, era certo que, se os hereges assumissem o poder dariam aos católicos o mesmo tratamento.

Nesse contexto, a inquisição, não foi algo artificial, que a Igreja tenha impingido ao povo, mas produto da necessidade natural daquela época, e o seu severo modo de atuar foi condizente – embora reprovável – com o estilo da época. Somente muito mais tarde, presentes outras concepções e outros costumes, é que ela veio a ser criticada como atentatória as liberdades individuais.

1.3 Iluminismo

O primeiro país a iniciar o abandono da prática da tortura foi a Suécia em 1734, mantendo-a apenas para os delitos considerados mais graves, e abolindo-a completamente em 1776.

A ignorância e as superstições do povo, naquela época, não permitiam que fosse aferido o completo absurdo das acusações. O processo tinha como escopo tornar oficial aquilo que já estava resolvido e, com a tortura, (que era apoiada pela lei) a construção arbitrária das provas pelo juiz. Era assim, obtidos resultados e culpados, independentemente da veracidade desses.

Os Iluministas, em seus escritos, sugeriam a separação total entre os Poderes Legislativo e Judiciário, para afastar deste as pressões de natureza política, os preconceitos e as superstições⁶¹.

⁵⁹ Cfr: GONZAGA. 1993, pp.49. “... *diante de tantas dificuldades para uma eficaz proteção social, dois remédios foram adotados; a justiça incentivava ao máximo as delações secretas, de modo que qualquer pessoa do povo podia acusar outrem, conservando-se no anonimato e a salvo de represálias; depois, o juiz buscava extorquir a confissão do suspeito, mediante tortura (...). Não se cogitava de penas com função reeducativa, exceto no direito da Igreja. Os castigos da Justiça comum tinham mais propriamente o sentido de vingança, contra aquele que violara as ordens do rei e que depois julgado pelos seus juízes. A par disso, a punição devia ser exemplar, escarmentando o povo, a fim de convencê-lo a respeitar as leis. Para tanto, quanto mais severa, melhor seria a pena*”.

⁶⁰ Cfr: GONZAGA... 1993, pp.33 “... *a forma e os meios a serem empregados pra produzir a dor seriam aqueles que os costumes indicassem, ou que fossem inventados por executores imaginosos, facilmente, pois, ocorriam excessos*”.

⁶¹ Cfr: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 1997, pp. 69. “... *é querer subverter a ordem das coisas exigir que um homem seja ao mesmo tempo acusador e acusado, que a dor se torne o cadinho da verdade, como se o critério dessa verdade residisse nos músculos ou nas fibras de um infeliz. Esse é o meio seguro de absorver os celerados vigorosos e de condenar os inocentes fracos*”.

Ousadamente questionavam a postura dos antigos escritores que defendiam a tortura, argumentando que, o uso dos tormentos para obtenção da “*verdade*” não possuía crédito. A prova disso era o paradoxo que havia em seu sistema, isso ficou patente quando em muitos períodos, apenas determinadas camadas sociais eram torturadas; Ora, se os autores que defendiam a tortura acreditassem realmente que esse era o meio ideal para descobrir a verdade sobre os delitos, não poderiam excluir a eles e a seus pares de submeterem-se a esse método caso houvesse necessidade, pois, apresentando-se o interesse da sociedade em desvendar a verdade dos crimes superior aos interesses individuais, ninguém poderia subtrair-se dos meios de descobri-la.

Os Iluministas tiveram mais sucesso na difusão das idéias que buscavam a abolição da tortura que seus predecessores e isso ocorreu porque os críticos anteriores eram humanistas ou teólogos, intelectuais que escreviam para uma minoria. Os iluministas eram, na maioria deles, panfletistas que não pretendiam apenas lecionar, mas também provocar o povo.

Talvez, o episódio que mais tenha contribuído para o declínio da era institucional da tortura tenha sido a publicação da obra “*Dos Delitos e das Penas*” de Cesare de Beccaria em 1764⁶²; além deste, outros iluministas como Voltaire e Bayle, investiram contra a prática da tortura. Levantou-se, então, a tese da injustiça e ineficácia da tortura. No entanto em fevereiro de 1766, o Santo Ofício incluiu no *Index* de livros proibidos a obra revolucionária de Beccaria.

1.4 Tortura na atualidade

O decreto de Frederico II da Prússia deu início ao movimento de abolição da tortura institucionalizada na Europa; A Revolução Francesa, deflagrando as idéias

⁶² A história da tortura pode ser dividida em antes e depois de Beccaria, este foi extremamente à frente do seu tempo: denunciou a crueldade, o suplício e julgamentos secretos e a prática da tortura como meio de obter a prova do crime – confissão. Defendeu a nobre idéia de homens iguais e livres perante as leis. Destarte, Beccaria exerceu influência decisiva na reformulação da legislação vigente à época e estabeleceu os conceitos fundamentais das legislações que se sucederam.

abolicionistas, impulsionou ainda mais a extirpação da tortura nos Estados.

No século XX a tortura abandonou o âmbito das guerras, invadindo o mundo através dos regimes antidemocráticos. Governos militares contribuíram para esse panorama. Nesse mesmo tempo, o fenômeno ultrapassou os limites dos crimes políticos e chegou até a esfera dos presos comuns. Sucessivos relatórios da Anistia Internacional apontaram para a persistência da tortura nos países democráticos, praticada, na grande maioria dos casos, por agentes públicos policiais⁶³.

Em razão da grande abrangência do conceito de tortura entendido tanto pelas organizações de defesa de direitos humanos, quanto pelos Tribunais competentes, a Anistia Internacional tem apontado um número crescente de casos de tortura em cento e cinquenta países⁶⁴.

Situação que chama atenção é a dos Estados adeptos da pena judicial corporal (Tortura Legal). Esses Estados argumentam que trata-se de uma “*sanção legal*” e, portanto não alcançada pela proibição internacional da tortura. Entretanto, a correta compreensão do termo “*sanções legais*”, é a de sanções que são legais tanto no âmbito nacional quanto internacional⁶⁵. Em verdade, as

⁶³ Cfr: CHINELI, Ana Paula; VITURINO, Robson. Dedo na Ferida. *in Superinteressante*. São Paulo: n.º. 208, dez. 2004, pp. 54 – 59. “*Em 2004, o relatório da Anistia Internacional revelou quatro situações em que as denúncias de tortura são especialmente preocupantes. São nações dos governos ditatoriais, países onde a democracia sucedeu a ditadura, mas não houve reforma dos sistemas de investigação e da justiça criminal, lugares onde a tortura aparece em casos isolados de abuso de poder e os eventos ocorridos na prisão iraquiana.*”

⁶⁴ Cfr: ANISTIA INTERNACIONAL. *Faça a sua parte – vamos acabar com a tortura*. Trad. Luiz Augusto Lopes. Publicações Anistia Internacional, 2000, pp. 10. “*A estatística é chocante: houve relatórios de tortura ou de maus-tratos por agentes do Estado em mais de 150 países. Em 70 deles eram difundidos ou persistentes. Em mais de 80 países, as pessoas relatadas morreram em consequência da tortura. As provas sugerem fortemente que a maioria das vítimas eram pessoas suspeitas ou acusadas de delitos criminais. A maioria dos torturadores eram policiais militares.*”

⁶⁵ Cfr: ANISTIA INTERNACIONAL, 2000; pp. 36. “*Em 1992, o Comitê dos Direitos Humanos, em uma observação Geral autorizada, declarou que a proibição de tortura e de maus-tratos sob a Convenção Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, deve estender-se à pena*

penas judiciais corporais são, invariavelmente, ilegais porque vincula elementos-chaves de tortura e de maus-tratos, dentre eles causando deliberadamente dor severa e sofrimento, como pena.

Outra justificativa apresentada para a prática das penas judiciais corporais são que elas têm fulcro na religião ou na cultura. Entretanto, essa justificativa não prospera, pois, a cultura não é estática, e as tradições são invariavelmente reformuladas por novas realidades, novas idéias. Penas que no passado podem ter sido amplamente aceitas, hoje são claramente cruéis e degradantes.

Ainda na atualidade, até antes dos atentados ao World Trade Center, em 2001, a prática da tortura parecia confinada aos porões das prisões numa relação exclusiva entre torturadores e torturados. Após a queda das torres gêmeas aquilo que era horrendo e injustificável – embora ocorresse secretamente – passou a ser defendido abertamente como arma eficaz na luta contra os terroristas, ganhando assim o status de “*doutrina de segurança*”.

Os abusos praticados em prisões, nomeadamente pelos Estados Unidos da América, são renomeados de “*táticas de pressão*”. Em verdade, o governo americano, assim como outros, interessados em utilizar a tortura como meio de obtenção de informações, tem se empenhado em redefinir o significado da palavra tortura; só assim seria possível avançar para além do atualmente permitido de forma legalizada.

Israel foi o Estado pioneiro na busca da legalização da tortura. Em novembro de 1987, com a aprovação do relatório da Comissão de Landau, Israel autorizou a “*pressão psicológica e a pressão física moderada nos interrogatórios dos detentos de segurança*”⁶⁶. Até 1999 os suspeitos de envolvimento

com atividades terroristas, presos pelo Serviço de Segurança Geral de Israel (SSG) eram submetidos a avaliações e interrogatórios com o uso de métodos de *pressão moderada* sem necessidade de autorização por parte do Ministério da Justiça. Após essa data, a Suprema Corte proibiu o uso dessas técnicas de forma genérica, entretanto, abriu exceção para as hipóteses de haver risco de morte para outras pessoas. Nesses casos o SSG precisa comprovar a existência da ameaça para justificar o uso da tortura.

Em suma, a discussão é polêmica, e os entusiastas da legalização da tortura defendem que, apenas a utilização de “*técnicas equivalentes*” as usadas pelos terroristas permitiria a luta igual das Nações contra aqueles que, se superam em brutalidade, a ponto de explodirem seus próprios corpos; Em contrapartida, os defensores dos direitos humanos sustentam que a simples retomada dessa discussão é um retrocesso na tão penosa evolução do comportamento humano.

2. Os elementos que compõem o conceito de tortura

O conceito de tortura tem mudando com o passar do tempo, estando os estudiosos preocupados em açambarcar as formas, cada vez mais novas, de expressão dessa moléstia, o que muitas vezes gera discórdia na classificação se tal ou qual conduta constitui tortura ou outra modalidade de tratamento. Além disso, os Estados, em especial os que são tecnologicamente mais desenvolvidos, adotam, a cada dia, meios mais sofisticados para praticar a tortura dificultando a instrução probatória para a apuração do crime, assim como o seu enquadramento.

O limite exato entre “*tortura*” e quaisquer outras formas de “*penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes*”, embora muito cobrado, é de difícil identificação, em geral, depende de circunstâncias específicas do caso e de características da vítima em particular.

Entretanto, mesmo diante das dissensões de alguns, a definição de tortura envolve três elementos

corporal. (CDH, *Observação Geral nº 20, 1992, par. 5*). Em uma resolução adotada em abril de 2000, uma Comissão de Direitos Humanos da ONU afirmou que **pena corporal, incluindo a aplicada em crianças, pode significar pena cruel, desumana ou degradante ou até a tortura.**” (Comissão da ONU sobre a resolução 2000/43 dos Direitos Humanos).

⁶⁶ Cfr: CHINELI; VITURINO. 2004; pp 54 – 59. “*Entre os métodos de pressão moderada está deter o preso em cárcere incommunicável, privá-lo de sono, sacudi-lo de forma violenta, mantê-lo em posturas doloridas, espancá-*

lo, submetê-lo continuamente a música alta e extremos de frio e de calor”.

essenciais de acordo com a Convenção contra tortura da ONU: a) a infligção deliberada de dor ou sofrimentos físicos ou mentais (elemento material); b) a finalidade do ato – obter informações ou confissões, aplicação de castigo, intimidação ou coação e qualquer outro ato baseado em discriminação de qualquer natureza – (elemento teleológico ou finalista); c) a vinculação do agente responsável direta ou indiretamente com o Estado (elemento subjetivo)⁶⁷.

2.1 Elemento material

No Estudo das Convenções que tratam da tortura, não há uma conceituação precisa do que sejam tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes; entretanto, a análise literal do artigo 16 da Convenção da ONU diz que o critério distintivo entre tortura e os demais maus-tratos é a gravidade, vê-se isso quando o artigo menciona “... *outros atos... que não cheguem a ser tortura...*”.

A gravidade é então, o primeiro elemento, chamado de material, no estudo da definição da tortura por sofrimentos físicos ou mentais, ou seja, a gravidade das dores e aflições funciona com termômetro no enquadramento da conduta como sendo tortura ou outro ato afim.

A definição da gravidade do ato como sendo elemento decisivo a compreensão da tortura, tem recebido inúmeras críticas de autores que qualificam esse critério como arbitrário sustentando que, na busca incessante de normatizar os tratamentos desumanos, cruéis e degradantes, os estudiosos tem-se afastado cada vez mais do verdadeiro conceito de tortura usurpando dele, a sua relevância histórica; e ainda defendem que, no afã de estreitar as diferenças conceituais e práticas entre a tortura e os demais tratamentos graves, violências que deveriam ser enquadradas como torturas acabam sendo qualificadas como de menor relevância⁶⁸.

⁶⁷ Hector Ledesma acresce “la naturaleza activa o pasiva de la conducta”. Cfr: LEDESMA, 1989, pp. 250.

⁶⁸ Cfr: MAQUEDA ABREU, M.L. La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t XXXIX, mayo-agosto 1986, pp. 429. “*bajo la apariencia de venir a cubrir el espacio*

Ainda nesse tema, convém assinalar o contributo da Comissão de Direitos Humanos da ONU que, comentando o artigo 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, acresceu outros critérios de distinção, para além da gravidade, entre as modalidades de maus-tratos; sendo eles: a natureza, a severidade e a finalidade em que se dá o tratamento. A CDH sustenta também que a proibição deve abarcar o castigo corporal, inclusive os castigos físicos excessivos impostos como medida pedagógica ou disciplinar. Por fim, afirma que fazer uma diferenciação rigorosa entre a tortura e as demais formas de tratamentos ou penas cruéis desumanas ou degradantes não é imprescindível, pois o alcance da proteção exigida é mais amplo do que apenas o amparo à tortura, por isso não considera necessário estabelecer diferenças tão precisas entre as diversas formas tuteladas nos instrumentos internacionais⁶⁹.

Para, além disso, a CDH tem utilizado terminologia diversa para descrever os fatos elencados no artigo 7º do PIDCP, distinguindo entre tortura, maus-tratos graves e maus-tratos; essa classificação tem permitido a Comissão ampliar o conceito tradicional de tortura e dos demais tratamentos (violências físicas e morais como métodos de interrogatórios aos detidos) às condições de detenção extremamente duras nos estabelecimentos penitenciários. Na mesma senda está a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que também tem optado pela ampliação dos conceitos em comentário⁷⁰.

representado por formas menos graves de violencia que la tortura y gracias a la imprecisión de su concepto, basado en un criterio de valoración tan arbitrario como la gravedad, ha terminado por hacer inservible o, en su caso, de validez excepcional, aquella noción básica”.

⁶⁹ Cfr: CDH – ONU. Comentário Geral nº 20, artigos 4º e 7º (44º sessão, 1992), Compilação dos Comentários Gerais e das Recomendações Gerais adotadas pelos Órgãos dos Tratados de Direitos Humanos. [www.Unhchr.chhttp://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/](http://www.unhchr.ch/http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/) acesso em 11 julh. 2006.

⁷⁰ Cfr: Caso 10.301, Informe nº. 40/03 de 08 de outubro de 2003 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos - 42º Distrito Policial Parque São Lucas, SP, onde a Comissão responsabilizou o Brasil por impingir aos detentos tratamentos desumanos quando encarcerou cerca de 50 prisioneiros em uma cela de dimensões mínimas. No mesmo entendimento, caso 12.417 de 12 de outubro de 2004. Caso Whitley Myrie v. Jamaica, onde a

A necessidade de distinção entre a tortura e os demais tipos de tratamentos importa, principalmente, no plano da aplicabilidade das Convenções; a exemplo disso, temos que algumas medidas dispostas na Convenção da ONU como o artigo 3º que diz respeito ao princípio da não devolução e, os dispositivos processuais e penais disciplinados nos artigos 4º ao 9º da Convenção, não são necessariamente empregados nos casos de tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes; quanto a essas condutas, os Estados partes tem o compromisso apenas de proibi-las aplicando as medidas preventivas descritas nos artigos 10º e 11º e também concedendo as garantias processuais elencadas nos artigos 12º e 13º do referido instrumento⁷¹.

Corroborando com a idéia de distinção dos conceitos, a Comissão Européia de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos têm tentado delimitá-los, propalando a distinção entre os tratamentos ou penas cruéis entre si, e com a tortura. Inicialmente, a Comissão no *primeiro assunto grego*, sugeriu que nem todo maltrato poderia ser açambarcado pelo artigo 3º da CEDH, pois era necessário ser feita uma distinção entre os atos proibidos pelo dispositivo e “*certas brutalidades*” que, segundo a Comissão, poderiam ser, por exemplo, “*bofetadas ou golpes dados com a mão sobre a cabeça ou o rosto*” e que eram considerados “*normais*” pela maioria dos detidos⁷².

Por sua vez, o TEDH, no assunto *Irlanda v. Reino Unido* também estabeleceu a necessidade de um mínimo de gravidade para enquadrar a conduta nos

moldes do artigo 3º da Convenção Européia⁷³; desse modo, construiu um critério qualitativo baseado na intensidade do sofrimento impingido a vítima⁷⁴. Apontou três níveis de hierarquia entre as violações; o primeiro deles é um nível superior, denominado **tortura** (que coincide com a descrição feita no artigo 1,2 da Declaração da AG da ONU 1975), e que é geralmente a forma agravada do tratamento desumano, e pode pressupor também um elemento intencional⁷⁵.

O nível intermediário correspondeu aos tratamentos desumanos⁷⁶. A CEDH partiu da noção intermediária para definir o nível superior - tortura - e o inferior - tratamento degradante -; definiu os tratamentos desumanos na jurisprudência do primeiro assunto grego como o que, pelo menos, provoca voluntariamente graves sofrimentos mentais ou físicos⁷⁷, e a sua distinção da

⁷³ Cfr: *Affaire Irlande v. Royaume – Uni* Arrêt du (18/01/1978). Série A, nº 25, párg. 165.

⁷⁴ Idem. párg. 167. “*Para o Tribunal, por exemplo, os cinco procedimentos de interrogação, nomeados de métodos de desorientação e privação sensorial (manter o preso encapuzado, fazê-lo permanecer em pé contra a parede durante longos períodos de tempo, submetê-lo a ruídos permanentes, impedi-lo de dormir de comer e de beber), aplicados por membros do exército britânico em Ulster, não causaram sofrimentos de intensidade e crueldade que implicassem no uso do termo tortura; entendeu o Tribunal que o termo, “tortura” deve ser aplicado apenas aos tratamentos desumanos que provoquem graves e cruéis sofrimentos*”.

⁷⁵ Cfr: AC. ILHAN. DE 27 Junho de 2000, R00-VII, pp.343. la notion de torture suppose un élément intentionnel, reconnu dans la Convention des Nations unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, entrée en vigueur le 26 juin 1987, qui précise que le terme « torture » s'entend de l'infliction intentionnelle d'une douleur ou de souffrances aiguës aux fins notamment d'obtenir des renseignements, de punir ou d'intimider (article 1^{er}).

⁷⁶ Destaque-se que o artigo 3º da Convenção Européia, não contém o termo **cruel** que faz parte da Declaração de 1975, da Convenção contra a Tortura de 1984 e da Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura de 1985. Para alguns autores, o termo cruel faz referência ao nível intermediário dos “*tratamentos ou penas desumanas*”. Para desenvolver o tema Cfr. ALTEMIR, Antonio Blanc. *La violacion de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*. Barcelona: Casa Editorial, 1990. pp. 291.

⁷⁷ PREMIER AFFAIRE GRECQUE, *Annuaire de la CEDH*. 1969, pp.186. « la notion de traitement inhumain couvre, au moins, un traitement qui provoque, volontairement, des graves souffrances mentales ou physiques ».

Comissão Interamericana de Direitos Humanos condenou o Estado da Jamaica em tratamentos desumanos por manter o recluso em condições restritivas de espaço no presídio, assim como com restrições de higiene e alimentação e ainda por ter sido submetido a abusos físicos e maus-tratos.

⁷¹ Cfr: RUIZ, Nathalia U. La jurisprudência del comité de las naciones unidas contra la tortura. in *Anuario de derecho internacional*. Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, XX, 2004; pp 538.

⁷² Cfr: PREMIERE AFFAIRE GRECQUE. *Annuaire de la CEDH*. 1969, vol.12, pp.186. (Req. 3321, 3322, 3323,3344/67 du Danemark. De la Norvège, de a Suède et des Pays – Bas contre la Grèce).

tortura está menos na sua natureza, e mais na intensidade dos sofrimentos infligidos.

Por último, em nível inferior estão às penas degradantes⁷⁸. O TEDH, ao analisar se uma pena tem cunho degradante, verifica se existe a vontade de humilhar ou aviltar a vítima e, ainda que não exista a violação pode constituir um elemento pertinente. Importa frisar que a ausência de publicidade não impede o enquadramento da conduta nesse tipo, pois pode ser suficiente que a vítima sinta-se humilhada a seus próprios olhos, mesmo que não seja aos olhos dos outros⁷⁹.

Para o TEDH para mensurar a gravidade dos atos assim como o “*nível de intensidade*” dos sofrimentos conferidos à vítima, a fim de classificar o grau da conduta, é preciso considerar a duração dos efeitos físicos ou mentais, a idade, o sexo e o estado de saúde da vítima; não sendo suficiente que o tratamento seja ilegal, desonroso, repreensível ou desagradável⁸⁰.

A classificação dos maus-tratos por um critério hierárquico dentro do contexto do artigo 3º da Convenção Européia que a jurisprudência da CEDH e do TEDH tem introduzido concedeu a cada um deles um conteúdo próprio, trazendo ao artigo uma significação diversa da

que havia anteriormente. Em verdade, a diferenciação proposta pela Comissão e pelo Tribunal não se efetua de forma objetiva, e sim com base em critérios subjetivos aferidos pelo juiz em face do caso concreto⁸¹.

O alargamento do conceito de tortura e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, também tem ocupado as deliberações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; nesses moldes destaca-se importante decisão proferida, em 1995, em caso de denúncia de violação dos direitos das mulheres no Haiti.⁸² A Comissão Interamericana reconheceu ineditamente nesse caso que o estupro ou abuso sexual não é apenas tratamento desumano e violador da integridade física e moral da mulher, mas também uma forma de tortura.

No caso do Haiti, a Comissão entendeu que as violações sexuais serviram a propósitos políticos, ou seja, foi uma tentativa de destruir o movimento democrático, mediante o terror criado pela série de crimes sexuais. Para a Comissão, o estupro representa não apenas um tratamento desumano que afronta a integridade física e moral de acordo com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, mas também uma forma de tortura nos termos disciplinados naquele instrumento⁸³.

⁷⁸ AC. TYRER V. ROYAUME-UNI. *Annuaire de la CEDH*. 25 de abril de 1978, vol 21, série A, nº. 26. pp 16 (foi considerado como pena degradante o castigo corporal de três golpes de bastão nas nádegas descobertas de um menor de 15 anos), pena decretada por um policial por atos de violência e aplicada num posto de polícia na presença de um médico e do pai da criança. *De modo contrário* Ac. Campbell e Cosans. ANNUAIRE, nº 48, 1982; pp16 (os castigos corporais – golpes na palma da mão com uma correia de couro – aplicados nas escolas públicas da Escócia foram considerados conformes a Convenção).

⁷⁹ Cfr: CEDH, Billan de la Convention européenne des derechos de l’homme. 1985 pp. 6. A CEDH apontou em seu informe que o castigo judicial corporal constituía um castigo degradante no sentido do artigo 3º da Convenção Européia de Direitos Humanos, afirmando que Comissão havia estimado em seu informe que o castigo degradante no sentido do art. 3 da Convenção ao afirmar que a flagelação, como penas ordenadas pelo Tribunal e administradas segundo as modalidades previstas na Ilha de Man constituem um atentado a dignidade humana que humilha e desonra o delinqüente sem ter valor social compensatório.

⁸⁰ Cfr: BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Européia dos Direitos do Homem anotada*. 3ed. Coimbra Editora, pp. 72.

⁸¹ Cfr: SUDRE, Frederic. *La de peines e traitemens inhumains ou degradants dans la jurisprudence de la Commission et de la Court Europeenne des droits de l homme*. R.G.D.I.P., t88, 1984/4, pp. 841. O autor entende que o campo de aplicação dos três conceitos está relacionado com situações excepcionais que pode ocorrer no seio da sociedade, e que é “*inversamente proporcional à gravidade da ameaça que pesa sobre o corpo social*”. Dessa forma o campo de aplicação da tortura relaciona-se com situações extremas como regimes ditatoriais, guerras civis ou guerras internacionais; as penas ou tratamentos desumanos com eventos de guerrilha urbana ou terrorismo político que requerem medidas de resposta excepcionais; e por fim, a as penas ou tratamentos degradantes estão ligados a questões débeis que perturbam a paz do corpo social.

⁸² Inter American Commission on Human Rights, Report on the Situation of Human Rights in Haiti, 1995.

⁸³ Cfr: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Internacional Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 7º ed, 2006. pp 195. *Apud* Theodor Meron (Pte. Do Tribunal Penal Internacional para a ex-Yugoslávia): “*A aprovação pelo Conselho de Segurança da Resolução 827, nos termos do capítulo VII, da Carta das NU, reconhecendo o estupro como uma ofensa punível de acordo com o direito humanitário internacional, confere validade a este importante desenvolvimento normativo que, espera-se ,*

2.2 Elemento teleológico

O segundo elemento que compõe o conceito de tortura é o teleológico, ou seja, o propósito concreto do ato (obter informações ou confissões, aplicação de castigo, intimidação ou coação e qualquer outro ato baseado em discriminação de qualquer natureza). A Declaração contra a Tortura de 1975 exige que os atos de tortura sejam realizados “... *com o fim de obter dela – da vítima – ou de terceiro uma informação ou uma confissão, de puni-la por um ato que tenha cometido ou de intimidar essa ou outras pessoas*”. O grupo de trabalho encarregado de elaborar a Convenção das ONU contra a tortura, após reconhecer a conveniência de enumerar os fins com que poderiam se perpetuar tais atos, afirmou que toda a especificação seria indevidamente restritiva, pois a enumeração dos fins da tortura não era exaustiva.

A redação final da Convenção da ONU contra a tortura, inclui em seu artigo 1º entre os fins perseguidos, a coação ou “*qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza*” estendendo, portanto, de forma considerável o conteúdo do artigo 1.1 da Declaração. A Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura por sua vez, possui um elenco mais abrangente de possíveis motivos para a prática da tortura; entretanto, não diverge radicalmente dos fins elencados na Convenção da ONU.

A tortura é dirigida à consecução de um propósito concreto, mediante o isolamento, a pressão psicológica ou a dor física, se persegue a obtenção de informação, denúncia, confissão ou simplesmente a abdicação pela vítima de suas próprias idéias. Por outro lado, a tortura é utilizada por certos regimes políticos com a finalidade principal intimidatória e como parte da estratégia de segurança do próprio sistema. É esse o contexto que viabiliza a aparição de inúmeras violações

poderá assegurar o reconhecimento do estupro, em determinadas circunstâncias, como tortura ou tratamento desumano, no âmbito do direito internacional dos direitos humanos. Efetivos progressos de combate ao estupro só podem ser feitos mediante uma maior efetividade legal.” Cfr: Rape as a crime under international humanitarian law, American Journal of International Law, pp. 87.

dos direitos humanos, e onde ocorre a chamada “*tortura indireta ou oblíqua*” consistente em atormentar as pessoas que se tem como certa a inocência ou seu desconhecimento sobre os fatos investigados, com a finalidade de que a pessoa presumidamente implicada se denuncie para evitar o sofrimento daquela.

Após a CDH ter ventilado a possibilidade de considerar tortura a aplicação de atos disciplinares, questiona-se sobre a existência real e, ate mesmo, sobre a relevância do elemento teleológico. Em uma análise primária, o elemento teleológico não deixou de existir após as mencionadas considerações da CDH, assim como não perdeu a sua importância, e isso se reflete quando da apreciação conjunta deste elemento juntamente com o elemento subjetivo, pois as finalidades elencadas nas Convenções juntamente com a prática realizada por um agente público é que configuram a tortura.

Se considerarmos a prática de qualquer das condutas que configura a tortura e demais maus-tratos, inclusive as práticas disciplinares, por alguém que não seja vinculado ao Estado de alguma forma ou que se distancie das finalidades elencadas na legislação, o tipo em comento é prontamente desconfigurado como tortura ou comportamentos afins, passando a conduta a ser qualificada de acordo com as agravantes contidas na legislação penal; ou seja, a aplicação de atos disciplinares por agentes públicos, com o intuito de castigar a vítima configura o tipo descrito nas convenções, e a ausência do elemento teleológico nessa classificação faria o conceito ser abandonado. Por isso, é imprescindível a união desses dois elementos para perfazer o tipo. Destarte, o elemento teleológico não pode ser preterido na configuração do conceito⁸⁴.

2.3 Elemento subjetivo (sujeito ativo)

Terceiro elemento constitutivo da definição de tortura, o sujeito ativo engloba a participação direta ou indireta de pessoas que atuam na qualidade de órgãos do Estado⁸⁵.

⁸⁴ Cfr: PIOVESAN, 2006, pp 196.

⁸⁵ Importa mencionar o equívoco cometido pela Lei brasileira nº. 9.455/97 no que se refere ao agente da

A Convenção da ONU produziu uma extensão da compreensão dada pela Declaração de 1975 sobre o tema; esta fez referência apenas aos funcionários públicos, ou outras pessoas por eles instigadas. Aquela se referiu ao funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, por instigação sua ou com seu conhecimento ou aquiescência; desse modo, a Convenção pareceu alcançar todas as possibilidades de participação dos órgãos dos Estados, inclusive as de grupos paramilitares que, não tendo sua atuação diretamente imputada ao Estado, atuam em diversas ocasiões com seu consentimento acedência e tolerância.

Questão importante analisada pelo Comitê contra a tortura tratou de um nacional da Somália que temia ser torturado e executado por membros de um clã *hawiye* caso fosse devolvido ao seu país

⁸⁶. A Austrália impugnou a comunicação alegando que na definição do artigo 1º da Convenção de 1984 não se adaptava os membros de grupos armados somalieses. Entretanto, o CCT entendeu que, em vista da inexistência de um governo central na Somália e de que as facções em guerra exerciam certas prerrogativas compatíveis às exercidas normalmente pelas autoridades legítimas, cabia estender-lhes a qualidade de *funcionários públicos ou outra pessoa no exercício de funções públicas*⁸⁷.

A definição do elemento subjetivo tem por escopo inicial excluir as dores e sofrimentos graves infligidos por pessoas a título privado, ressalvadas as hipóteses de existir consentimento ou aquiescência estatal. Todavia, a amplitude da redação do art. 7º do PIDCP, junto com a grande variedade de casos que tem chegado ao CDH ao CCT, ao TEDH e aos órgãos

tortura. A referida lei menciona ser causa de aumento de pena o crime ser cometido por agente público, nos termos do artigo 1º § 4º, I. Isto é, para a caracterização do crime, não é necessário que o agente seja público. Essa concepção transcende a concepção introduzida pela convenção das ONU, que demanda necessariamente, para a configuração do crime de tortura, a qualidade de agente público. Sobre o Tema Cfr: PIOVESAN ... 2006, pp 196.

⁸⁶ Cfr: CCT. Comunicación 162/2000, *S.Selmi v .Autralia*. <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/>.

⁸⁷ Cfr: TEDH preferiu entendimento similar no caso Ahmed v. Áustria, de 16 de novembro de 1996 (demanda 71/1995/577/663).

Interamericanos, nomeadamente a Corte Interamericana de Direitos Humanos, tem permitido a ampliação do conceito clássico de tortura e de maus-tratos a outros casos.

Importa assinalar o entendimento do TEDH e da CEDH que tem decidido no sentido de que os castigos corporais nas escolas e no âmbito familiar estão açambarcados pelo artigo 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁸⁸. Corroborando com esse entendimento, o CDH tem indicado que os Estados partes têm o dever de proteger as pessoas, providenciando medidas legislativas e de qualquer outra índole, quando os atos proibidos pelo artigo 7º do PIDCP sejam infligidos por pessoas que desempenhem funções oficiais, atuando essas em razão dessas funções ou a título privado⁸⁹; ressaltando que, a proibição do art. 7º alcança os castigos corporais, incluindo os castigos excessivos impostos pelo cometimento de um delito ou como medida educativa e disciplinar protegendo em especial os alunos e os pacientes dos estabelecimentos de saúde⁹⁰. Por último, é visto que o artigo 7º do Pacto contempla expressamente as formas de tortura realizadas através dos experimentos científicos⁹¹.

A elasticidade dos entendimentos do CCT e dos demais órgãos destinados a proteger a integridade física da pessoa humana, tem auxiliado na apuração e no enquadramento de diversas condutas antes desconsideradas, muito embora causassem sofrimento às vítimas, e que hoje são censuradas, proibidas e sancionadas; tornando assim, a proteção à integridade e a dignidade da pessoa mais amparada⁹².

⁸⁸ Cfr: Z e outros c. Reino Unido, de 10 de maio de 2001 (29392/95), p. 73. O Tribunal encontrou uma violação do artigo 3º do direito a um recurso efetivo pelo fato das autoridades locais não terem protegido quatro crianças que haviam sido descuidadas e maltratadas durante cinco anos por seus pais, porque as crianças e outros grupos vulneráveis merecem uma proteção adequada que evite o maltrato de que as autoridades estatais tenham tido conhecimento.

⁸⁹ Cfr: CDH, Observación General 20, p. 2.

⁹⁰ *Idem*. p. 5º.

⁹¹ *Idem*. p. 7º.

⁹² Cfr: *Senençã Kurt. C. Turquia*, de 25 de maio de 1988 (15/1997/799/1002) e *Timurtas c. Turquia*, de 13 de junho de 2000 (23531/94), onde o TEDH tem concluído que o desaparecimento de uma pessoa pode chegar a constituir,

Em suma, no bojo da definição da tortura e dos demais tratamentos, a comparação das condutas resulta talvez exagerada, e não é prudente adotar-se definições demasiado restritivas de tortura, pois, pode-se quedar na falha de isentar algumas técnicas refinadas de privação sensorial, e outras aperfeiçoadas e em uso desde a década de 1930 por Estados desenvolvidos. Em verdade, existe um limite inferior, um nível mínimo necessário, que todas as formas de tratamento ou de maus-tratos ultrapassam. Para condenar um ato concreto não é preciso delimitar com precisão a separação entre tortura e os demais tratamentos, pois em termos gerais, como vem sendo dito pela jurisprudência internacional e pelas normas internacionais, trata-se de grave abuso a integridade e a dignidade da pessoa humana.

Importa lembrar que, em todos os casos, a análise do conceito, da natureza jurídica e dos elementos da tortura, com o fim de identificar a conduta, deve ser abordadas a partir de uma perspectiva dinâmica, levando em conta a tipificação jurídica seja por via da doutrina ou da jurisprudência, e deve avançar considerando técnicas modernas que permitem causar sofrimentos psíquicos intensos sem necessariamente recorrer a formas ostensivas de agressão física.

Conclusões

Em suma, é fato que, a tortura esteve sempre presente na senda da humanidade, e contribuiu consideravelmente nos momentos menos nobres da história do homem.

Nos últimos tempos, mais especificamente a partir do século XX a utilização da tortura como controle sistemático de manifestações políticas e o seu uso rotineiro por organismos policiais em diversos Estados, inclusive naqueles considerados democráticos, assim como, as dificuldades encontradas na extirpação de tal atrocidade, levou a formulação de mecanismos de defesa

para um parente, tratamento contrário ao art. 3º da Convenção Européia de Direitos Humanos, em função do grau de parentesco, da natureza da relação, e da tentativa de obter informações sobre o desaparecido e, sobretudo, das reações e da atitude das autoridades as quais se dirigem.

tanto internacionais como regionais contra a tortura e delitos a fins, nomeadamente, a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis Desumanas ou Degradantes elaborada pelas Nações Unidas em 1984 e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura produzida no seio do sistema interamericano de defesa dos Direitos Humanos que, erigiu a tortura ao status de crime internacional.

A perfeita compreensão do fenômeno da tortura passa pela análise dos elementos que formam o seu conceito. Em conclusão a essa meditação observamos que os elementos que compõem o conceito em tela já estão, em linhas gerais, definidos pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, da Comissão Européia assim como pelas Comissões de Direitos Humanos da ONU, assim como pelo Comitê contra Tortura do mesmo órgão e por fim, os Órgãos Interamericanos adotaram as considerações feitas por esses aparelhos, com alguns relevantes acréscimos.

As decisões do TEDH e da CEDH, dividiu os maus tratos em três categorias distintas de condutas, graduando-as com base nos elementos que compõem o seu conceito (material, teleológico e subjetivo). Portanto, têm-se como estágio mais alto da agressão a tortura, seguida pelos tratamentos desumanos e por fim os degradantes. Classificação que serve como orientação no momento de definir a natureza das agressões. Entretanto, tem-se visto que, com a elevada sofisticação das técnicas de tortura, tem sido cada vez mais complexo local o ato agressivo dentro dos compartimentos previamente criados.

De todo o exposto, pode-se afirmar que o conceito do crime de tortura plasmado nos instrumentos de proteção internacionais e regionais representam o coroamento da evolução do Direito Internacional na busca contínua da tutela de bens jurídicos de interesses transnacionais.

Referências

ALTEMIR, Antônio Blanc. *La Violacion de Los Derechos Humanos Fundamentales como Crime Internacional*. Barcelona: Casa Editoria, 1990.

- ANISTIA INTERNACIONAL. *Faça a Sua Parte – Vamos Acabar com a Tortura*. Trad. por Luiz Augusto Lopes. Publicações da Anistia Internacional. 2000.
- ARNS, D. Paulo Evaristo. *Brasil, Nunca Mais*. Petrópolis: Vozes, 1985.
- ASCENSÃO, José de O. *Teoria Geral do Direito Civil*. Lisboa: F.D.L. 1995/96.
- BAPTISTA, Eduardo Correia. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Almedina, v II, 2004.
- BARQUIM, Jesus Sanz. *Los Delitos de Tortura y Tratos Inhumanos o Degradantes*. Madrid: Edersa, 1992.
- BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Européia dos Direitos do Homem*. Coimbra: 3. ed. Coimbra Editora. 2005.
- BECCARIA, Cesare *Dos Delitos e das Penas*. Trad. por Torrieri Guimarães. São Paulo: Martim Claret, 1997.
- BODIN, Jean. *La Republique. El Derecho de Ser Hombre*. Trad. Conceição Vital, São Paulo: Matin Calret, 2000.
- CAPELO DE SOUZA, Rabindranath. *O Direito Geral da Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora. 1995.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Futuro do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DOURADO, Denisart. *Tortura*. São Paulo: Leme, 2 ed. ampl, rev e atual., 2001.
- ENTERIA, E. Gracia; e outros. *El Sistema Europeo de Proteccion de los Derechos Humanos*. Madrid: Civitas, 2. ed. 1983.
- FARIA, Miguel. *Direitos Fundamentais e Direitos do Homem*. Lisboa: Escola Superior de Polfícia, 1992.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 3. ed. 2005.
- GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GONZAGA, João Bernardino. *A Inquisição em seu Mundo*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.
- GONZÁLES GONZALES, Rossana. *El Control Internacional de la Prohibición de la Tortura y Otros Tratos o Penas Inhumanos o Degradantes*. Granada: Universidad de Granada, 1998.
- GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. *Tortura e Prova no Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2002.
- KEEGAN, John. *Uma História de Guerra*. São Paulo: Cia. das Letras, 1995.
- LUIZI, Luiz. *Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Fabris, 2. ed., 2003.
- MATTOSO, Glauco. *O que é tortura*. São Paulo: Nova Cultural Brasileira, 1986.
- MELLOR, Alec. *La tortura*. Barcelona: Estrela, 1964.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SANZ, Jesus Barquim. *Los Delitos de Tortura u Trato Inhumanos o Degradantes*. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminologia de la Universidad Complutense de Madrid. Coleccion de Criminologia y Derecho Penal. Edersa, 1992.
- SUDRE, Frederic. *La Notion de Peines et Traitements Inhumains ou Degradants dans la jurisprudence de la commission et de la Cour Européennes des Droits de L'homme*. R.G.D.I.P, t. 88, 1984/4.
- SZANIAWISKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT. 1993.
- SZNICK, Valdir. *Tortura: histórico, evolução e crime*. São Paulo: Leud, 1998.
- VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. Trad. por Frederico Carotti. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- VIVES ANTON. T.S. *Derecho Penal*. Parte Especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2 ed. s.n.
- BAMBER, Helen e outros. La torture et d'autres formes de violence organisée. In: *Réfugiés, les traumatismes de l'exil : le rôle humanitaire de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge / Ligue des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*: Bruxelles : Bruylant, 1988.
- CEDH. Billan de la Convention Européenne des Droits de L'homme. in *Note Periodique sur les Résultats Concrets Obtenus dans le Cadre de la Convention*. Strasbourg : Les trente premières années 1954 – 1984. 1985.
- CHINELI, Ana Paula; VITURINO, Robson. Dedo na Ferida. in *Superinteressante*. São Paulo: n.208, dez. 2004.

CIDH. Protocolo Adicional a Convención Americana dos Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos sociais e culturais (protocolo nº. 11). <http://www.cidh.org/Basicos/Base4.htm> . Acesso em 01 de agosto de 2006.

COIMBRA, Cecília Maria Bouças; ROLIM, Marcos. “Tortura no Brasil como Herança Cultural dos Períodos Autoritários”. in *CEJ*. n.14, Brasília, ago., 2001.

ESCALANTE, Rodolfo Piza. Protección e Promoción de los Derechos Humanos. São José da Costa Rica: in *Revista de Ciências Jurídicas*, n.39, setembro-dezembro 1979, Universidade da Costa Rica, 1979.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Human Rights Watch Report 1995: events 1994*. New York, 1995.

LEDESMA, Héctor Faúndez. “El Derecho a la Integridad Personal y la Prohibición de la Tortura”. in *Revista de la Facultad de Derecho*. Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello, 1989.

MAQUEDA ABREU, M.L: “La Tortura y Otros Tratos Inhumanos y Degradantes”, in *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t XXXIX, mayo – agosto 1986.

ONU. *International human rights instruments: Compilation Of General Comments And General Recommendations Adopted By Human Rights Treaty Bodies*. HRI/GEN/1/Rev.7 12 May 2004. <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/> acesso em 11 julh. 2006.

ONU. O comitê contra tortura. in *Direitos Humanos*. Trad. Gabinete de documentação e estudo comparado. Lisboa: Ficha Informativa n.17, ver. rev. , ACNUDH, 2001.

RUIZ, Nathalia Uchoa. La jurisprudência del comitê de la NU contra la tortura. in *Anuário de Derecho Internacional*. Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, XX. 2004.

SEGURA, Jorge Rhenán. Una mayor eficacia em la lucha contra la tortura: el proyecto de um protocolo facultativo a la convencion. in *Revista Relaciones Internacionales*. Costa Rica: Escuela de Relaciones Internacionales, Universidad Nacional, segundo trimestre de 1991.

ZOLLER, Elisabeth. La définition des crimes contre l’humanité. in *Journal du Droit International*. Paris: Editions Techniques, 1993.

Jurisprudências

Ac. AHMED v. AUSTRIA, de 16 de novembro de 1996 - TEDH

Ac. ILHAN. DE 27 Junho de 2000 - TEDH

Ac. KURT. C. TURQUIA, de 25 de maio de 1988 - TEDH

Ac. SOERING, de 07 de Julho de 1989 – TEDH

Ac. Z E OUTROS C. REINO UNIDO, de 10 de maio de 2001 - TEDH

Caso TYRER, de 25 de abril de 1978 - CEDH

Caso 10.301 – BRASIL, de 08 de outubro de 2003 - CIDH

Caso 12.417 - Whitley Myrie v. Jamaica, de 12 de outubro de 2004 – CIDH

PREMIERE AFFAIRE GRECQUE. (Req. 3321, 3322, 3323,3344/67 du Danemark. De la Norvège, de a Suède et des Pays – Bas contre la Grèce).

Com. S.S. ELMÍ v. AUSTRALIA. CAT/C/27/D/162/2000

A BOA FÉ OBJETIVA COMO FONTE CRIADORA DE DEVERES ANEXOS DE CONDUTA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Maria Eduarda da Fonte de Andrade Lima^{*}

SUMÁRIO: 1. *Relação obrigacional complexa e obrigação como processo*; 2. *Deveres principais, deveres secundários e deveres acessórios de conduta*; 3. *Da boa fé objetiva como fonte criadora dos deveres anexos de conduta*; 3.1 *Da boa fé objetiva no âmbito das relações contratuais*; 3.2 *Da boa fé objetiva como fonte criadora de deveres anexos de conduta*; 4. *Consequências da violação de dever acessório de conduta. Violação positiva do contrato ou cumprimento defeituoso*; *Conclusão*; *Referências*

1. Relação obrigacional complexa e obrigação como processo

A noção clássica de obrigação consiste numa relação jurídica simples, na qual, de um lado, há o dever de prestar e, do outro, um correlato direito de exigir ou pretender a prestação, o direito de crédito. Em sentido estrito, tal qual definida no direito romano, designa a relação entre crédito e débito, singularmente considerados, implicando uma concepção bipolar da relação obrigacional. Enfim, é uma perspectiva “estática” e “atomística” da relação obrigacional, onde os pólos estão rigidamente opostos entre si.⁹³

Tal noção evoluiu para o conceito de obrigação como um sistema, a denominada relação obrigacional complexa, composta de diversos vínculos, ligados entre si. Portanto, a noção atual de obrigação, além de compreender o débito e o crédito, inclui também deveres anexos, laterais, ônus e outras posições subjetivas constituídas por força do contrato.

^{*} *Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa; Advogada em Pernambuco-Brasil*

⁹³ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 361.

Evidente que a prevalência do conceito de obrigação jurídica complexa não implica o desaparecimento da noção de obrigação simples, no entanto, esta passou a ser considerada apenas como um aspecto da relação obrigacional como um todo.

Ao contrário da relação obrigacional simples, a relação obrigacional sob a perspectiva complexa não é constituída por um único vínculo nem por pretensões singulares e autônomas, e sim por uma verdadeira unidade. A noção de relação obrigacional complexa, que representa algo mais do que a mera soma de direitos, deveres, poderes e outras faculdades jurídicas, é noção moderna.

No Brasil, teve papel de relevo no estudo sobre o tema o jurista Clóvis do Couto e Silva, que desenvolveu o conceito de obrigação como processo, a fim de ressaltar a dinamicidade da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência.⁹⁴

Entendendo a relação obrigacional complexa como um processo, um todo orgânico, conclui-se que todas essas posições decorrentes do vínculo obrigacional não estão numa relação de hierarquia ou de contigüidade, como uma mera soma de elementos. Em verdade, estão integrados numa estrutura orgânica com relações recíprocas de instrumentalidade ou de interdependência, numa mútua coordenação resultante de possuírem, em razão do seu caráter funcional, um elemento caracterizador comum, que é o fim do contrato.⁹⁵

Por conseguinte, a relação obrigacional complexa consiste num sistema coeso e uno, constituída por elementos singulares na busca da realização do fim contratual tal como contratado pelas partes. A obrigação será não somente uma relação complexa, composta por vários atos logicamente encadeados entre si, mas será essencialmente mutável no tempo e orientada para determinado fim.⁹⁶

⁹⁴ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1, p. 73.

⁹⁵ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da Posição Contratual*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 237.

⁹⁶ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1998. Vol. I, p. 68.

A relação obrigacional é vista, portanto, como uma totalidade, que desencadeia em direção ao adimplemento, que é a sua finalidade, formando uma cadeia de processos, finalisticamente interligados.

É justamente o fim contratual o fator determinante do conteúdo da relação obrigacional, constitui o fundamento próprio de todos os elementos integrantes do todo unitário. Os interesses envolvidos na relação obrigacional criam um relacionamento múltiplo entre as partes, caracterizando a dinamicidade que lhe é intrínseca.

Para Carlos Mota Pinto, o fim do contrato, comum aos vários elementos parciais da relação contratual, implica a sua síntese numa unidade superior, na medida em que imprime a característica de unidade àquela relação, diversa de um mero feixe de faculdades e deveres contíguos.⁹⁷

Entender a relação obrigacional como um processo permite entender, ainda, o seu caráter transitório.⁹⁸ Nestes termos, a obrigação surge para satisfazer um interesse do credor na prestação e extingue-se no momento em que essa satisfação for alcançada.

A complexidade intra-obrigacional implica a existência de uma série de deveres secundários e deveres anexos de conduta para além dos deveres principais, os quais serão adiante examinados.

2. Deveres principais, deveres secundários e deveres acessórios de conduta

Para análise do conteúdo dessa relação obrigacional complexa, a qual é composta por um complexo orgânico de diversos elementos (direitos, obrigações, ônus, etc) orientados por um fim comum, faz-se necessário o agrupamento de tais elementos em categorias.

A doutrina não chega a um consenso quanto à denominação das categorias de deveres contidos na relação obrigacional complexa.

Mário Julio de Almeida Costa⁹⁹ classifica-os em deveres principais ou primários da prestação. Afirma o autor que estes constituem o núcleo, a alma da relação obrigacional, para consecução do seu fim, razão pela qual definem o tipo de contrato. Menciona, ainda, os deveres secundários ou acidentais de prestação, subdividindo-os em deveres secundários meramente acessórios da prestação principal e os deveres secundários com prestação autônoma. Os primeiros se destinam a preparar o cumprimento ou assegurar a sua perfeita realização (v.g. o dever de embalar a mercadoria); enquanto que os últimos podem se revelar como sucedâneo do dever principal, v.g. indenização resultante da impossibilidade culposa da prestação originária ou coexistente com o dever principal (v.g. indenização por mora).

Haveria ainda, para esse autor, os deveres laterais derivados da boa fé, da lei ou de uma cláusula contratual. Estes não dizem respeito ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais, mas ao exato processamento da relação obrigacional.¹⁰⁰

Fernando Noronha¹⁰¹ classifica os deveres da relação obrigacional em principais (ou primários), secundários (ou acessórios) e fiduciários (ou anexos, laterais e meros deveres de conduta). Os deveres principais e secundários são dirigidos à realização de prestações específicas predetermináveis. Os fiduciários são condutas impostas pela boa fé, que servem para auxiliar na realização das finalidades da relação obrigacional. Segundo o autor, os deveres anexos distinguem-se dos secundários porque estes dizem respeito a prestações específicas, predetermináveis, enquanto que aqueles são meros deveres genéricos.

Carlos Alberto da Mota Pinto¹⁰² divide-os em deveres principais e deveres secundários. Aqueles seriam os que definem o tipo contratual, o fim para o qual o contrato foi celebrado. Implica proporcionar ao credor uma prestação positiva ou negativa por parte do devedor, extinguindo-se a relação contratual, regra geral, com o

⁹⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *op. cit.*, p. 288.

⁹⁸ SILVA, João Calvão. *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*. Separata do Volume XXX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: [s.n], 1987, p.72.

⁹⁹ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 65.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 66.

¹⁰¹ *Direito das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1. *Op. cit.*, p. 78.

¹⁰² *Op. cit.*, p. 336.

cumprimento desta. Já os deveres secundários subdividem-se em deveres secundários de prestação autônoma, que constituem um sucedâneo do dever principal, na falta ou impossibilidade do seu cumprimento (v.g. indenização por perdas e danos); e deveres secundários acessórios, que não gozam de autonomia em relação ao dever principal, mas são referentes à realização efetiva deste (v.g. dever do vendedor de transportar a coisa vendida).

Por fim, menciona o autor os deveres laterais, deveres de conduta ou deveres de proteção, que seriam aqueles que não são orientados para o cumprimento do dever principal de prestação, mas possuem uma função auxiliar na realização positiva do fim do contrato e de proteção às pessoas ou aos bens da outra parte.¹⁰³

Portanto, a divergência, salvo algumas exceções, diz respeito tão somente à nomenclatura, concordando a doutrina no que tange à existência de diversos deveres no âmbito da relação obrigacional complexa, cada qual com um objeto específico. Adotamos a classificação elaborada pelo jurista Carlos Alberto da Mota Pinto, acima transcrita, por melhor retratar a qualidade e especificidades dos direitos existentes no bojo da relação obrigacional.

Ressalte-se que a relação obrigacional complexa ainda engloba outros elementos, tais como estados de sujeição, ônus jurídicos, expectativas de direito, mas que, em razão da delimitação do tema, não serão apreciados neste trabalho. O que efetivamente interessa ao âmbito deste é o estudo dos chamados deveres anexos de condutas, decorrentes da incidência da boa fé objetiva sobre a relação obrigacional. A doutrina é pacífica quanto à existência e a importância de tais deveres no estudo do conceito de relação obrigacional complexa, o que será demonstrado a seguir.

3. Da boa fé objetiva como fonte criadora dos deveres anexos de conduta

3.1 Da boa fé objetiva no âmbito das relações contratuais

O estudo aprofundado do instituto da boa fé supera o âmbito restrito deste trabalho, sendo suficiente, para o momento, a compreensão de como a mesma interfere na estrutura da relação obrigacional como fonte criadora de deveres anexos de conduta.

A boa fé objetiva constitui uma regra de conduta, um modelo jurídico, uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das circunstâncias concretas do caso. A boa fé objetiva, como cláusula geral que é, constitui o meio legislativo hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, *standards* de conduta, viabilizando a sua sistematização.

A incidência da boa fé objetiva implicou, portanto, novas indagações acerca do que se convencionou chamar crise na teoria das fontes, já que se constatou a formação de uma vinculação jurídica em fontes de conteúdo ético que durante muito tempo foram relegadas à qualidade de “*não direito*”.¹⁰⁴ Assim, a aplicação do princípio da boa fé objetiva aos contratos teria uma “*função harmonizadora do rigorismo lógico-dedutivo*” com as exigências éticas atuais.¹⁰⁵

José de Oliveira Ascensão ressalta que a boa fé objetiva corresponde à “*situação cultural, sendo permeável às grandes orientações sociais*”, traduzindo exigências éticas, agindo como um grande “*ventilador*” da ordem jurídica.¹⁰⁶

Em verdade, houve o que se pode chamar de crise na teoria das fontes, na medida em que o ordenamento jurídico passou a admitir, como fonte de obrigações, princípios considerados como metajurídicos,

¹⁰³ *Ibidem*, p. 339.

¹⁰⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A incidência do princípio da boa fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT. 1992. Vol. 4, p.142.

¹⁰⁵ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 42

¹⁰⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil - Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra, 2002. Vol. III, p. 183

que passaram a influir no nascimento e desenvolvimento da relação obrigacional.¹⁰⁷ Houve, de certa forma, uma limitação da autonomia da vontade como fonte de obrigações em razão das transformações sociais e econômicas que ocorreram ao longo dos tempos. Portanto, não só as obrigações decorrentes da vontade das partes e da lei serão contratuais, mas também aquelas decorrentes da boa fé.¹⁰⁸

Assim, as obrigações surgidas em razão da boa fé no âmbito do contrato terão natureza contratual, já que, ao lado das obrigações decorrentes da autonomia da vontade, passam a integrar o contrato, obrigando as partes. A boa fé objetiva atuará, portanto, como uma nova fonte de direitos e obrigações, ao lado da autonomia da vontade.

Portanto, pode-se dizer que, atualmente, há um declínio da autonomia da vontade em razão do surgimento de outras fontes das obrigações, concorrentes com a vontade. Passam a ser fontes de obrigações contratuais valores como justiça, igualdade, solidariedade, ao lado da liberdade individual.¹⁰⁹ Ressalte-se que não implica a prevalência de tais princípios sobre a autonomia da vontade, mas tão somente numa limitação.

Diante das suas características, a boa fé objetiva não pode ser entendida como norma jurídica que pode ser interpretada e aplicada através de um raciocínio meramente subsuntivo, pois é norma que necessita de concreção para indicar a direção a ser seguida, exigindo, em cada caso, um juízo valorativo.¹¹⁰ Atuaria tal princípio, portanto, como um critério para a valorização judicial diante do caso concreto, pois o mesmo não traz uma solução pronta para os casos.

Assim, a boa fé objetiva é uma cláusula geral no sentido de que serve efetivamente como um critério valorativo de condutas. Ao intérprete caberá determinar as

condutas conforme a boa fé, diante do caso concreto, tratando-se sua aplicação de uma atividade eminentemente valorativa. Através da valoração do critério, poderá o aplicador do direito eleger qual a conduta objetivamente reclamada para aquele tipo de situação concreta.¹¹¹

Claudia Lima Marques define, com precisão, a boa fé objetiva como um *standard*, um parâmetro objetivo, genérico, que não depende da má-fé subjetiva, mas de um patamar geral de atuação, do homem médio, que agiria de maneira normal e razoável numa determinada situação.¹¹² A boa fé seria, portanto, um critério de ação correta, portadora de critérios de atuação honesta e honrada, como um padrão ou *standard* jurídico.¹¹³

Consiste, tal princípio, justamente, no dever de cada parte agir de forma a não defraudar a confiança da contraparte. Neste sentido, a valiosa lição de Karl Larenz:

O princípio da boa fé desenvolve sua força numa tripla direção: Em primeiro lugar, ao devedor, com o mandado de cumprir a sua obrigação, atendo-se não só à letra, mas também ao espírito da relação obrigacional correspondente (...) e na forma que o credor possa razoavelmente esperar dele. Em segundo lugar, dirige-se ao credor, como mandado de exercer o direito que lhe corresponde, atuando segundo a confiança (...). Em terceiro lugar, dirige-se a todos os participantes da relação jurídica em questão, com o mandado de se conduzirem conforme corresponder em geral ao sentido e à finalidade desta especial vinculação e a uma consciência honrada.¹¹⁴

José de Oliveira Ascensão ressalta outro aspecto do princípio da boa fé, que consiste justamente num instrumento de superação do formalismo, pois o mesmo

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 65.

¹⁰⁸ BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 117

¹⁰⁹ THEODORO NETO, Humberto. *Efeitos externos do contrato: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 159-161.

¹¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A incidência do princípio da boa fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT. 1992. Vol. 4. p. 148

¹¹¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002*. Lisboa: Ordem dos Advogados do Brasil, 2000. p. 4

¹¹² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 214.

¹¹³ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 22

¹¹⁴ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Versão espanhola de Jaime Santos Briz.. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958-1959. Tomo I. p. 148 (traduzimos).

traz uma justiça substancial que se sobrepõe à justiça formal ao fixar regras de conduta.¹¹⁵

Ressalte-se que a boa fé que se aplica à relação obrigacional complexa, como regra de conduta, é a boa fé objetiva, distinta da boa fé subjetiva. Esta última diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes tão somente ao foro íntimo da parte. A boa fé subjetiva é concebida como um estado de consciência que traduz um convencimento subjetivo, mas legítimo do sujeito de estar agindo corretamente. O direito valoriza a subjetividade, ressaltando-se a convicção pessoal de agir sem estar lesionando nenhum interesse legítimo alheio¹¹⁶, o que difere substancialmente da boa fé objetiva.

O Código Civil Brasileiro prevê a boa fé objetiva em seu art. 422, nos seguintes termos: “Art. 422. *Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*”.¹¹⁷

Muitos autores criticam a imperfeição técnica da redação do referido dispositivo, por não abranger, como âmbito de aplicação da boa fé objetiva, a fase pré-contratual e a fase pós-contratual das relações contratuais.

Ora, a crítica à redação do referido dispositivo não tem qualquer razão de ser por se tratar a boa fé de um princípio fundamental do Direito das Obrigações e de todos os outros ramos do Direito, que sempre comanda a conduta das partes, se tratando de um princípio geral de valorização de comportamentos.¹¹⁸ A boa fé objetiva,

portanto, se trata de uma cláusula geral que incide sobre todo o ordenamento jurídico, sem necessidade de previsão legal expressa.

Pedro Pais de Vasconcelos acrescenta que “a positivação do princípio da boa fé na lei não lhe confere validade, que já tem por si, mas tão só as formas organizativas de se realizar”.¹¹⁹

Em se tratando de uma cláusula geral, evidente que incide sobre toda a formação do negócio, no seu conteúdo e na sua execução, não dependendo da previsão legal expressa pelo ordenamento. A positivação do princípio da boa fé implica tão somente uma sistematização do mesmo, não sendo indispensável para sua aplicação.

Comumente, atribui-se à boa fé objetiva uma função interpretativa e uma função integrativa, sendo que somente esta interessa ao objeto do presente estudo, na medida em que consiste na boa fé como fonte criadora de deveres anexos de conduta, conforme será demonstrado a seguir.

3.2 Da boa fé objetiva como fonte criadora de deveres anexos de conduta

Como já dito anteriormente, a concepção da obrigação como relação obrigacional complexa e como um processo alterou o paradigma tradicional do direito das obrigações, este fundado na valorização da autonomia da vontade, inaugurando um novo paradigma, não mais se baseando exclusivamente na vontade humana, mas também na boa fé objetiva.¹²⁰

A boa fé objetiva possui outras funções, dentre as quais se destaca a de fonte de novos direitos especiais de conduta no âmbito da relação obrigacional complexa, os chamados deveres anexos ou deveres laterais de conduta, exercendo uma função integrativa da relação contratual.¹²¹ Portanto, como se disse supra, ao lado da autonomia da vontade, a boa fé incide sobre a relação

¹¹⁵ *Op. cit.*, p. 182.

¹¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A incidência do princípio da boa fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT. 1992. Vol. 4. p. 168.

¹¹⁷ Constava do Projeto 6.960/2002, de autoria do deputado Ricardo Fiúza, proposta de alteração do art. 422 do novo Código Civil, que incluiria em seu texto a incidência da boa fé objetiva em outras fases do contrato, que passaria a ter a seguinte redação: “*Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade.*” (TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005. p. 180)

¹¹⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil - Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra, 2002. Vol. III. p. 177

¹¹⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais. *op. cit.*, p. 21

¹²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 394.

¹²¹ NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 157

obrigacional, fazendo surgir obrigações para os contratantes, tratando-se de nova fonte de deveres.

Com relação à nomenclatura destes deveres, esta é bastante variada na doutrina, sendo ainda bastante imprecisa. Alguns autores chamam de deveres laterais¹²², deveres de conduta ou de deveres anexos. Entendemos que quaisquer dessas denominações poderão ser utilizadas para identificar tais deveres.

Os tribunais brasileiros também têm entendido que a boa-fé objetiva implica o respeito aos deveres anexos, instrumentais ou laterais, de conduta, percorrendo todas as fases do relacionamento contratual.¹²³

¹²² PINTO, Carlos Alberto da Mota, *op. cit.*, p. 339; ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *op. cit.*, p. 66.

¹²³ Exemplo encontrado na jurisprudência brasileira é a condenação de *shopping centers* ao pagamento de eventuais prejuízos sofridos pelos clientes, tendo como fundamento tal condenação o dever de proteção existente em razão da boa fé objetiva, conforme demonstra acórdão adiante transcrito: Furto de veículo em estacionamento de shopping center. Aplicação da súmula n. 130 do STJ. Obrigação de indenizar. Dever anexo de proteção dos interesses do outro contratante, derivado da boa fé objetiva. Recurso desprovido. (TJRS. Recurso Cível Nº 71000985606, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 27/06/2006) Elucidativo é o voto proferido pelo relator no julgamento do acórdão supra transcrito: “*Trata-se de uma das aplicações da boa fé objetiva, em sua função de proteção, que impõe a cada contratante o dever de zelar pela incolumidade física e patrimonial do outro. Estabelecimentos comerciais como supermercados e shopping centers somente têm viabilidade econômica em grandes centros urbanos se dispuserem de estacionamentos para seus clientes, pois, em caso contrário, a clientela procurará a concorrência, visto que não terá onde estacionar seus veículos. Servem, pois de atrativo à clientela, consolidando-a. Os estacionamentos facilitam o acesso do consumidor, criando a idéia de segurança e, por conseguinte, o dever de proteção para resguardar o cliente de fatos danosos, que a existência dos locais de guarda dos veículos fazia presumir não ocorreriam. (...) Surgem do próprio fato do chamado contato social, em que a aproximação das partes é suficiente para gerar deveres. Nada têm a ver com a regulação contratual e a sua execução fiel pelas partes, já que estão desvinculados da efetiva realização do negócio.*”. Outro julgado no mesmo sentido, com a seguinte ementa: Arrombamento de veículo em estacionamento de supermercado. Aplicação da súmula n. 130 do STJ. Obrigação de indenizar. Dever anexo de proteção dos interesses do outro contratante, derivado da boa fé objetiva. ausência de responsabilidade do estabelecimento comercial pelo ressarcimento de gastos

Esses deveres laterais que compõem a relação obrigacional complexa têm relação com a aplicação de conceitos indeterminados e cláusulas gerais, razão pela qual passam a integrar a relação contratual não somente o que foi tipificado na lei e o que foi decorrente da declaração de vontade das partes, mas também princípios e *standards* de cunho social e constitucional. Por outro lado, impõem, no âmbito da relação obrigacional complexa, que as partes ajam com lealdade e respeito à contraparte e à finalidade de contrato.

Da boa fé nascem, mesmo na ausência de expressa previsão legal ou contratual, os deveres anexos de proteção, cuidado, previdência e segurança com a pessoa e com os bens da contraparte; de colaboração para o correto adimplemento do contrato; de informação, de aviso e aconselhamento; e os de omissão e segredo, os quais incidindo na conclusão e desenvolvimento do contrato, consistem na adoção de determinados comportamentos em vista do fim do contrato.¹²⁴

Assim, ao lado dos deveres previstos pelas partes no ajuste e daqueles estabelecidos previamente em leis aplicáveis ao caso concreto, a boa fé objetiva impõe a observância de inúmeros outros deveres de conduta, que têm a finalidade de assegurar os interesses das partes, os chamados deveres anexos ou laterais. Portanto, em razão da incidência da boa fé objetiva, nem todos os deveres assumidos pelas partes quando se vinculam contratualmente são derivados da autonomia negocial.

A boa fé, como regra de conduta imposta a todos, determina a observância de determinados deveres com a finalidade de assegurar o atendimento ao interesse contratual perseguido pelas partes. Ademais, as partes criam legítimas expectativas de não sofrer quaisquer danos causados pela outra parte e de ver o escopo

com taxi. aplicação do disposto no art. 403 do CC. recurso parcialmente provido. (TJRS Recurso Cível Nº 71000964478, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 27/06/2006).

¹²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um “sistema em construção”*. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. Brasília, 1998. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_136/r13_6-16.pdf. Acesso em 17 de abril de 2007, p. 15.

contratual realizado, o que é igualmente tutelado pelo ordenamento jurídico.

Os deveres decorrentes da boa fé são, portanto, “*avoluntaristas*”, porque não derivam necessariamente da autonomia privada, podendo limitar o exercício daquela, também não decorrem de explicitação legislativa, servindo muitas vezes para suprir ou corrigir disposição legal. Em ambos os casos, leva-se em consideração a relação obrigacional concretamente considerada, o programa contratual e sua efetividade na realidade social e econômica em que o contrato opera.¹²⁵

Os deveres anexos de conduta são aqueles integrantes da relação jurídica complexa, impostos tanto ao credor quanto ao devedor, sem distinção, e que possuem a função precípua de garantir o adimplemento da obrigação e a realização do fim contratual, sem que sejam causados quaisquer danos às pessoas e bens envolvidos.

Inclusive, uma das principais conseqüências da incidência da boa fé objetiva e da concepção dinâmica da relação obrigacional é a imposição, também ao credor, de certos deveres de conduta, v.g., o dever de não agravar a situação do devedor, o de contribuir com a materialização do pagamento, etc. Portanto, o credor deixa de ser somente titular de poderes e faculdades para ser sujeito passivo de deveres em relação ao devedor.¹²⁶ O credor, diante dessa nova concepção, deixa de ocupar uma posição meramente passiva, devendo se abster de praticar qualquer conduta que prejudique os interesses do devedor.

Ademais, os deveres anexos de conduta não dizem respeito ao cumprimento da prestação principal, mas sim ao exato e perfeito cumprimento da relação obrigacional, tal qual foi avençada pelas partes, e à satisfação dos interesses envolvidos. Portanto, há um alargamento no conceito de adimplemento, significando este não somente o cumprimento da obrigação principal, mas também de todos os outros deveres impostos às

partes em decorrência do contrato e da boa fé objetiva que sobre ele incide.

Às vezes o fim ulterior do contrato está fora do conteúdo do ajuste celebrado entre as partes. E pode ser que a boa fé, diante de uma conjugação de circunstâncias, imponha a adoção de determinadas condutas que tenham em vista esse fim. Assim, os deveres laterais teriam uma autêntica autonomia, integrando o interesse do credor na prestação em sentido amplo¹²⁷, não abrangendo somente o dever de prestar principal.

As particularidades desses deveres anexos podem ser acionados independentemente da obrigação principal e de perdurarem, em alguns casos, após o cumprimento desta, se justifica em razão de terem um fim próprio, diverso do dever de prestar principal.¹²⁸

Os deveres laterais podem incidir e se manifestar nas mais diversas fases da execução contratual. Por outro lado, podem se tratar de um comportamento positivo (declaração, informação, etc), ou de uma abstenção da prática de atos que importem em conseqüências danosas para o objeto da prestação ou para as pessoas e bens envolvidos na relação jurídica.¹²⁹

Tais deveres não se traduzem em prestações específicas, que podem ser identificadas previamente. Assim, não possuem um conteúdo previamente identificável, fixo. Não é possível tipificar exhaustivamente o conteúdo desses deveres nem determinar abstrata e previamente a sua ocorrência, a sua intensidade. Somente no caso concreto e à luz da finalidade contratual haverá como identificá-los em determinada relação obrigacional.

Carlos Mota Pinto¹³⁰ entende que tais deveres laterais existem potencialmente desde o início da relação obrigacional e são verificados na medida em que põem em perigo a consecução do contrato, sendo, portanto, possível a sua fixação num determinado momento temporal.¹³¹

¹²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil – Do Inadimplemento das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Vol V, Tomo II. p. 37

¹²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A incidência do princípio da boa fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT. 1992. Vol. 4. p. 149.

¹²⁷ CARNEIRO DA FRADA, Manuel A. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 41.

¹²⁸ COUTO E SILVA, Clóvis do. *op. cit.*, p. 97.

¹²⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *op. cit.*, p. 342.

¹³⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *op. cit.*, p. 347.

¹³¹ Carneiro da Frada entende que em razão de não se poder definir *a priori* os deveres anexos, no momento da constituição do vínculo, é uma das razões que geralmente se invoca para justificar que esses deveres não dão origem

Assim, em sua grande maioria, não são possíveis de serem conhecidos previamente, ou seja, somente após a infração a tais deveres é possível verificar efetivamente a sua existência. Não importando em prestações antecipadamente determináveis, a parte não poderá prevenir-se a fim de tomar providências para que a contraparte deixe de cumpri-los. E quando estiver consumada a inobservância, restará apenas a possibilidade de se pedir a indenização pelos danos resultantes do descumprimento de tais deveres¹³² ou a resolução do contrato, se for o caso, conforme será visto adiante.

Isto quer dizer que a eles, via de regra, não corresponde uma pretensão, como nos deveres de comunicar e indicar, em que o credor não tem o conhecimento da situação a ser esclarecida. Há exceções, obviamente, como no dever de prestar contas, que pode ser havido como anexo em certos contratos que a ele não se refiram expressamente, que confere uma pretensão à contraparte.¹³³

Importante acrescentar, ainda, que a boa fé objetiva interfere de modo distinto nas relações contratuais, pois a específica configuração de cada tipo contratual desempenha um papel que não pode ser desprezado. Por exemplo, a boa fé não proporciona um controle idêntico nos contratos de execução imediata

(contrato de prestação única) e nos contratos que se protelam no tempo, assentes numa colaboração recíproca, pois, neste último caso, verifica-se maior necessidade de recurso à boa fé. Os deveres de lealdade, de informação, de cuidado e de vigilância variam na proporção do tipo de colaboração entre as pessoas e na duração da relação obrigacional.¹³⁴

Portanto, tais deveres podem existir em qualquer relação contratual, embora o seu número e intensidade sejam maiores numa relação duradoura. Pode-se afirmar que, em toda e qualquer vinculação, é possível o surgimento de deveres dessa natureza, no entanto, os mesmos não se manifestam em todas as hipóteses concretas.¹³⁵

A título de exemplo, é inegável que no contrato de mandato há um aumento da importância dos deveres laterais, pois nesse há maiores riscos à parte em razão da contraparte ingressar no círculo de interesses da outra.¹³⁶ Também, numa relação de consumo, a incidência de tais deveres, como o dever de informação, dar-se-á de forma mais intensa, em razão da qualidade das partes envolvidas.

Apesar da vastidão de deveres anexos que podem ser definidos no caso concreto, é possível classificar os deveres anexos de conduta em deveres de lealdade, de informação e de cuidado.

O dever de lealdade importa no dever da parte de se abster de praticar atos que venham a frustrar as expectativas da contraparte com relação ao escopo contratual, ao fim do contrato, agindo com mútua cooperação. Já o dever de informar consiste na obrigação imposta às partes de fornecer informações a respeito de todos os aspectos relevantes do contrato. Quanto aos deveres de proteção, estes estão destinados a proteger não a relação obrigacional em si, mas outros bens patrimoniais ou não das partes.

Diante do exposto, resta demonstrada a existência e a importância de deveres anexos de conduta, derivados da incidência da boa fé objetiva sobre a relação

à ação de cumprimento. O autor entende que essa afirmativa não vale em termos absolutos. Na maioria das vezes, o dever só surge depois de ocorrida sua violação, no entanto, pode acontecer que, diante das circunstâncias, ele seja concretizado anteriormente por referência a sua inobservância ou sua violação não faz perder o interesse no seu cumprimento, ainda que retardado. (*op. cit.* p. 39) Antunes Varela entende que não cabe a ação de cumprimento, mas que “a sua violação pode obrigar a indenização dos danos causados a outra parte ou dar mesmo origem a resolução do contrato ou sanção análoga” (*Direito das Obrigações*, 10. ed, Coimbra: Almedina, 2000, p. 128, vol I *apud* OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Inexigibilidade Judicial do Cumprimento de Deveres Acessórios de Conduta?* Sep. de: Scientia Iuridica, Tomo 51, nº 293. Lisboa, 2002. p. 298.) Karl Larenz entende que não caberia exigir o cumprimento de determinado dever de conduta, no entanto, a violação deste poderá ensejar indenização por perdas e danos e, em determinadas circunstâncias, a resolução do contrato. (*op. cit.*, p. 22).

¹³² NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1, p. 82.

¹³³ COUTO E SILVA, Clóvis do, *op. cit.*, p. 93.

¹³⁴ LEITÃO, Adelaide Menezes. *Revogação unilateral do mandato, pós-eficácia e responsabilidade pela confiança*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles. Coimbra: Almedina, 2002. Vol I. p. 328.

¹³⁵ COUTO E SILVA, Clóvis do, *op. cit.*, p. 33.

¹³⁶ LEITÃO, Adelaide Menezes, *op. cit.*, p. 328.

contratual, que possuem a finalidade precípua de garantir que o programa contratual será realizado, atingindo-se a expectativa das partes.

4. Conseqüências da violação de dever acessório de conduta. Violação positiva do contrato ou cumprimento defeituoso.

Como já foi dito supra, ao se considerar a relação obrigacional como complexa e que se desenvolve como um processo polarizado pelo adimplemento, composta também pelos deveres laterais decorrentes da boa fé objetiva, amplia-se o conceito de adimplemento, haja vista que este será decorrente não somente da quebra do dever de prestação, mas também da violação dos deveres anexos.¹³⁷

Desta feita, o contrato estará integralmente adimplido quando forem cumpridos, além das prestações principais e secundárias, os deveres anexos de conduta impostos pela boa fé objetiva, e que se manifestam antes e durante a execução do contrato.

Portanto, o descumprimento de deveres laterais configura caso de inadimplemento^{138 139}, em essência

¹³⁷ SAVI, Sérgio. *Inadimplemento das Obrigações, Mora e Perdas e Danos*. Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional (Coord. Gustavo Tepedino): Renovar, 2005. p. 460.

¹³⁸ Inclusive, tal entendimento foi objeto de o Enunciado nº 24 da I Jornada de Direito Civil do Superior Tribunal de Justiça, a qual possui a seguinte redação: “*Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa*”.

¹³⁹ Esse é o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme acórdão adiante transcrito: Recurso especial. Civil. Indenização. Aplicação do princípio da boa-fé contratual. Deveres anexos ao contrato. O princípio da boa-fé se aplica às relações contratuais regidas pelo CDC, impondo, por conseguinte, a obediência aos deveres anexos ao contrato, que são decorrência lógica deste princípio. O dever anexo de cooperação pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual. A violação a qualquer dos deveres anexos implica em inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa. A alteração dos valores arbitrados a título de reparação de danos extrapatrimoniais somente é possível, em sede de Recurso Especial, nos casos em que o quantum determinado revela-se irrisório ou exagerado. Recursos não providos. (STJ REsp 595.631/SC, Rel.

nada distinto do descumprimento da prestação principal, capaz de provocar os efeitos comuns a este, como o direito de resolução e a possibilidade de oposição do contrato não cumprido.¹⁴⁰ O acolhimento da contratualidade dos deveres laterais decorrentes da incidência da boa fé objetiva e a configuração da violação dos mesmos implica em que a parte lesada, além de ter direito à indenização pelas perdas e danos eventualmente sofridas, poderá se valer de instrumentos como direito de resolução por inadimplemento e exceção de contrato não cumprido.

Nesses casos não há propriamente uma inexecução da obrigação ou mora por parte do devedor, mas sim um cumprimento defeituoso da mesma em razão do descumprimento de um dever acessório de conduta. Portanto, é requisito geral da figura do cumprimento imperfeito a ocorrência de prejuízos para além da frustração do interesse do estrito cumprimento.¹⁴¹ Em outros termos, a divergência na conduta devida não se concentra na identidade ou na quantidade da prestação, o que implicaria num inadimplemento parcial, e sim necessariamente no descumprimento de deveres acessórios e laterais.¹⁴²

Na verdade, nesses casos, a medida da intensidade dos deveres anexos é dada pelo fim do negócio jurídico. Não se trataria de um motivo psicológico, de um capricho da parte, mas de um “*plus*” que integra o fim do contrato e com ele está intimamente relacionado. A desatenção a esse “*plus*”, como chama o eminente jurista Clóvis V. do Couto e Silva, torna o adimplemento insatisfatório e imperfeito.¹⁴³

O jurista dá um exemplo bastante ilustrativo de como a violação de um dever anexo implica no adimplemento defeituoso do contrato, podendo dar ensejo à resolução do contrato ou ao pagamento de indenização

Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08.06.2004, DJ 02.08.2004, p. 391).

¹⁴⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 273.

¹⁴¹ CARNEIRO DA FRADA, Manuel A., *op. cit.*, p. 33.

¹⁴² ASSIS, Araken de. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 126.

¹⁴³ COUTO E SILVA, Clóvis do., *op. cit.*, p. 41.

por perdas e danos: A, comerciante, convencionou com B a fabricação e instalação de um anúncio luminoso para efeitos de propaganda, mas não determinam as partes o local de sua instalação no contrato. B fabrica o bem, no entanto, procede à instalação do mesmo em um local pouco freqüentado, de forma que a instalação do letreiro nenhum reflexo tem na atividade exercida por A, que consiste justamente na finalidade da compra de tal bem. No presente caso, A não pode considerar tal adimplemento como satisfatório já que B deveria ter levado em consideração que A é comerciante, bem como a finalidade da instalação da placa. Assim, resulta em que o anúncio somente teria interesse se instalado em lugar adequado à sua finalidade.¹⁴⁴

A doutrina alemã há muito reconhece, ao lado da falta de cumprimento da prestação principal e da mora, essa terceira via de violação do dever de prestar, que foi primariamente difundida por Hermann Staub.¹⁴⁵ É o que a doutrina chama de adimplemento ruim ou insatisfatório ou violação contratual positiva.

A expressão violação positiva do contrato é bastante criticada pela doutrina, já que muitas vezes uma conduta omissiva também resulta num cumprimento defeituoso do contrato¹⁴⁶, de cujo entendimento compartilhamos. Por exemplo, o dever anexo de não praticar qualquer conduta que implique danos à contraparte ou reduza injustificadamente as vantagens decorrentes do ajuste. Melhor denominar tal medida de cumprimento defeituoso do contrato.

Portanto, a violação dos deveres anexos poderá dar ensejo à indenização por perdas e danos e, caso seja constatada a perda da utilidade da prestação principal ou a inutilidade do escopo do contrato, deverá ser autorizada judicialmente a resolução do contrato, sem prejuízo daquela.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 41.

¹⁴⁵ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1998. Vol. II, p. 126.

¹⁴⁶ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1998. Vol. II, p. 127; AGUIAR Jr, Ruy Rosado. *A extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 125; ASSIS, Araken de. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 126.

Discute-se na doutrina em que situações o descumprimento de um dever anexo decorrente da boa fé objetiva poderá ensejar a resolução do contrato.

Como é cediço, a resolução de um contrato é medida extrema, já que extingue o vínculo contratual com efeitos *ex tunc*, retirando-lhe todos os efeitos jurídicos que produziu e que ainda produziria, importando em séria sanção ao contratante. Através da mesma, desfaz-se o vínculo contratual e se busca o retorno ao *status quo ante*. Assim, a resolução do contrato somente se justificaria quando o incumprimento cause ao credor um dano de tal envergadura que não lhe interessa mais o recebimento da prestação devida, pois estaria afetada a economia do programa contratual.

A possibilidade de se resolver o contrato está subordinada, portanto, à circunstância de ser efetivamente relevante o não cumprimento. Isto significa dizer que é inadmissível que a parte seja legitimada para pleitear a resolução do contrato com fundamento em toda e qualquer insignificante inexatidão da execução da outra parte. É necessário que o descumprimento alegado seja razoável e grave a ponto de prejudicar gravemente o interesse da parte e o programa contratual.¹⁴⁷

A resolução do contrato, no caso de violação de dever acessório, somente terá ensejo nos casos em que o adimplemento ruim implique em cancelamento do interesse do credor em tornar bom o contrato ou da confiança no adimplemento posterior, ou seja, é necessário que a defeituosidade implique na inutilidade contemplada no art. 395, parágrafo único do Código Civil.¹⁴⁸¹⁴⁹

Para Ruy Rosado de Aguiar Jr., o descumprimento de um dever acessório de conduta pode resultar tanto no direito do credor ser indenizado pelos danos suplementares (quando a infração não justifica a resolução ou quando produzida por violação a deveres

¹⁴⁷ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 266

¹⁴⁸ ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p. 129

¹⁴⁹ Art. 395. *omissis*.

Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

independentes), como o de resolver a relação contratual, caso ofenda substancialmente o interesse do credor.¹⁵⁰

Assim, ficando impossibilitado o credor de obter a prestação, por ter-se tornado impossível, é caso de inadimplemento absoluto, resultando na resolução do contrato e no pagamento das perdas e danos, se houver. O inadimplemento deverá estar revestido de caráter relevante para autorizar a resolução.

Conseqüentemente, não há outro meio de proteger o interesse contratual e garantir a aplicação do princípio da boa fé senão resolver o contrato, bem como ressarcir a parte lesada dos eventuais danos sofridos em razão da conduta perpetrada pela contraparte.

Por conseguinte, pode-se falar em cabimento da resolução de um determinado contrato quando o descumprimento de obrigação acessória implique o não cumprimento do resultado inicialmente querido pelas partes ou, ainda, quando resulte na inutilidade da prestação principal.¹⁵¹

É difícil, no caso concreto, o diagnóstico de inadimplemento absoluto, pois a inutilidade da prestação adquire contornos relativos, fazendo parecer injustificável a recusa do credor em receber a prestação. Tais circunstâncias deverão ser necessariamente apreciadas pelo juiz no caso concreto, que deverá operar uma avaliação segundo a boa fé do negócio e das legítimas expectativas das partes.

Com efeito, competirá ao magistrado valorar a gravidade do incumprimento para decidir ou não pela resolução do contrato. Somente se justificará a resolução do contrato quando o inadimplemento importar em perda do interesse econômico do ajuste. Se for leve, de escassa importância, caberá à parte tão somente exigir o cumprimento da prestação e as perdas e danos.¹⁵² Portanto, deverá ser apreciado no caso concreto se a violação de determinado dever acessório implicará na perda da utilidade, da expectativa inicial das partes, caso contrário, estará aberta tão somente a via ressarcitória, não se justificando a resolução contratual.

Pode ocorrer que a prestação principal tenha sido realizada integralmente, restando somente não cumprido um dever lateral, o que impede que o credor alcance efetivamente a utilidade da prestação principal. Portanto, mesmo sendo mínimo o descumprimento, quantitativa e qualitativamente falando, o contrato, da forma que foi cumprido, não satisfaz as expectativas do credor, justificando-se, nesse caso, a resolução.

Por outro lado, mediante análise do caso concreto, pode verificar-se que o descumprimento de determinado dever acessório não prejudica o programa contratual, nem causa qualquer desequilíbrio, não podendo o juiz determinar a resolução do contrato.

Ressalte-se que a utilidade da prestação da parte contrária, de forma a justificar ou não a resolução do contrato, deve ser medida objetivamente, tendo em conta não a avaliação individual que o credor faz do seu interesse pessoal no cumprimento do contrato, e sim na finalidade típica que o direito considera relevante.¹⁵³ Em outros termos, para verificar se o descumprimento de determinado dever acessório de conduta, não se deve levar em consideração a gravidade do descumprimento da prestação acessória, e sim a consequência que o descumprimento poderá acarretar em relação à prestação principal.¹⁵⁴

Como já foi dito supra, em qualquer caso, presentes os requisitos, caberá a indenização por perdas e danos, na modalidade contratual.

A responsabilidade civil contratual tem como pressupostos um contrato válido entre credor e devedor; o ilícito contratual, que no presente caso seria o cumprimento defeituoso; a ocorrência de dano; e o nexo causal entre o ato ilícito e os danos sofridos pelo credor.

O dano, para fins de responsabilização civil, deverá ser certo e atual. Em outras palavras, o dano não poderá se tratar de mera hipótese nem ser eventual. Poderá, ainda, ser patrimonial ou extrapatrimonial.

O art. 402 do Código Civil prevê que as perdas e danos devidas ao credor abrangem além do que efetivamente perdeu, o que deixou de lucrar, o que

¹⁵⁰ AGUIAR Jr, Ruy Rosado de, *op. cit.*, p. 125.

¹⁵¹ BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 119.

¹⁵² BUSSATTA, Eduardo Luiz, *op. cit.*, p. 94.

¹⁵³ BUSSATTA, Eduardo Luiz, *op. cit.*, p. 108.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 118.

correspondem, respectivamente aos danos emergentes e aos lucros cessantes.

Conclusão

Diante de todo o exposto, resta demonstrada a existência da relação obrigacional complexa, composta não só pelas posições antagônicas e estáticas de débito e crédito, mas também por outros direitos, deveres e ônus. E essa relação obrigacional complexa deve ser entendida como um verdadeiro processo, orientada para o fim contratual, estando seus elementos não numa relação de contigüidade, mas de interdependência e finalisticamente interligados.

Dentro dessa noção de relação obrigacional complexa, destacam-se os deveres laterais ou anexos de conduta, decorrentes da boa fé objetiva em sua função integrativa, e que não dizem respeito ao cumprimento da obrigação principal, mas ao perfeito cumprimento do contrato. Tais deveres laterais têm por escopo garantir que o contrato atinja a finalidade para o qual foi celebrado e evitar que sejam praticadas condutas que reduzam as vantagens esperadas do mesmo. Esses deveres, que podem ser de lealdade, de cuidado e de informação, são impostos a ambas as partes e não são desde o início detectados. Somente no caso concreto, através da incidência da boa fé objetiva sobre a relação obrigacional complexa, poderão ser identificados, e deverão ser respeitados pelas partes.

Constatada a existência e importância destes deveres anexos para o cumprimento do programa contratual, conclui-se que houve um verdadeiro alargamento do conceito de adimplemento do contrato na medida em que não será necessário cumprir somente o dever de prestar principal. O contrato somente estará extinto pelo seu cumprimento quando forem observados também todos os deveres laterais.

A violação desses deveres anexos de conduta implicará no cumprimento defeituoso do contrato, que poderá ensejar a resolução do mesmo e a responsabilização da parte causadora do dano, presentes os requisitos no caso concreto. Concluiu-se, ainda que a resolução do contrato é medida excepcional e extrema e

somente se justificará quando a violação do dever acessório for tão grave que implique na perda da utilidade ou redução excessiva das vantagens do contrato.

Referências

- AGUIAR Jr, Ruy Rosado. *A extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1991.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002*. Lisboa: Ordem dos Advogados do Brasil, 2000.
- _____. *Direito Civil - Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra, 2002. Vol. III.
- ASSIS, Araken de. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CARNEIRO DA FRADA, Manuel A. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Versão espanhola de Jaime Santos Briz.. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958-1959. Tomo I.
- LEITÃO, Adelaide Menezes. *Revogação unilateral do mandato, pós-eficácia e responsabilidade pela confiança*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles. Coimbra: Almedina, 2002. Vol I.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *A incidência do princípio da boa fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística*. Revista de Direito do Consumidor - 4, São Paulo: RT. 1992. p. 140-191

_____. *Comentários ao Novo Código Civil – Do Inadimplemento das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Vol V, Tomo II.

_____. *O direito privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*. Brasília, 1998. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_136/r136-16.pdf. Acesso em 17 de abril de 2007.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1.

_____. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)*. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Inexigibilidade Judicial do Cumprimento de Deveres Acessórios de Conduta?* Sep. de Scientia Iuridica, Tomo 51, nº 293. Lisboa: [s.n], 2002. p. 295-303.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da Posição Contratual*. Coimbra: Almedina, 1982.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

SAVI, Sérgio. *Inadimplemento das Obrigações, Mora e Perdas e Danos*. Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional (Coord. Gustavo Tepedino): Renovar, 2005.

SILVA, João Calvão. *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*. Separata do Volume XXX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: [s.n], 1987.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

THEODORO NETO, Humberto. *Efeitos externos do contrato: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1998. Vol. I

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

**DOS ASPECTOS RELEVANTES DO NOVO ART.
285-A DO CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL
BRASILEIRO (COM REDAÇÃO DADA PELA LEI
Nº 11.277, DE 7 DE FEVEREIRO DE 2006)**

Emília Moreira Belo^{*}

SUMÁRIO: Introdução; 1. Dos Requisitos para a prolação da sentença antes da citação do réu – Aplicação do art. 285-A do CPC; 2. Análise da constitucionalidade do art. 285-A do CPC; 3. Das respostas do réu; 4. Do julgamento pelo Tribunal; 5. Outras implicações processuais decorrentes do julgamento do processo sem citação do réu; Conclusão; Referências

Introdução

O objeto do nosso estudo é a análise do art. 285-A do Código de Processo Civil do Brasil, que prevê a possibilidade de julgamento de improcedência da ação, antes da citação do réu nos autos, quando a matéria controvertida for unicamente de direito e já houver, no mesmo juízo, sentenças de total improcedência em outros casos idênticos¹⁵⁵.

O dispositivo tem a finalidade de garantir uma maior celeridade aos chamados processos judiciais *de massa*, que se repetem no Poder Judiciário, com base no mesmo fundamento.

De fato, o Poder Judiciário Brasileiro, como em todo o mundo, está assoberbado de demandas com fundamentos idênticos e, ao proferir sentença em um

^{*} *Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa; Advogada em Pernambuco-Brasil*

¹⁵⁵ O dispositivo a ser analisado tem a seguinte redação: "Art. 285-A. Quando a *matéria controvertida* for *unicamente de direito* e *no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos*, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso." (grifo nosso)

destes processos, o juiz expõe o seu posicionamento quanto à matéria de direito posta, que tendencialmente se repetirá no julgamento dos demais processos, até por uma questão de coerência, que concretiza a segurança jurídica.

A dispensabilidade da citação do réu, nestes casos em que já houve um pronunciamento do juiz sobre a matéria posta em juízo, com o proferimento de sentença de forma imediata, indubitavelmente, propicia uma maior celeridade à prestação jurisdicional, indo ao encontro dos anseios sociais contemporâneos, consagrados inclusive na Constituição Brasileira, através da Emenda Constitucional nº 45/04.

A análise deste dispositivo faz-se de fundamental importância não só no Brasil, mas também por aqueles países que almejam uma reforma legislativa que confira uma maior celeridade aos processos judiciais, especialmente em Portugal, país que já possui estudos no sentido de inserir dispositivo semelhante em seu ordenamento jurídico.

Importa analisar, neste momento, as inovações trazidas por este dispositivo, se o mesmo se coaduna com os princípios básicos do nosso Código Processual Civil e da Constituição Federal, bem como as vantagens de ordem pragmática que podem ser alcançadas com a aplicação do mesmo.

1. Dos Requisitos para a prolação da sentença antes da citação do réu – Aplicação do art. 285-A do CPC

O primeiro requisito para que possa ser proferida a sentença antes da citação do réu é a *matéria controvertida ser unicamente de direito*.

Ser incontroversa apenas a matéria de direito não quer dizer que não exista matéria fática, até porque não conseguimos pensar num processo sem fatos, mas sim que os fatos trazidos na inicial não estão em discussão. O processo terá por objeto apenas a análise quanto à aplicabilidade ou não do direito àquela situação fática exposta na inicial.

A doutrina aponta uma imprecisão terminológica na redação desta parte do dispositivo, ao se referir a matéria *controvertida* sem a citação do réu. Tecnicamente a controvérsia surge nos autos quando o demandado

contrapõe-se ao pedido do autor, em regra através do oferecimento da contestação. Não havendo a citação do réu, não haveria como se falar, ainda, em matéria controvertida¹⁵⁶.

O segundo requisito para que seja aplicado o art. 285-A do Código Processual Civil é *no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos*.

Casos idênticos, neste dispositivo, não pode, certamente, ser entendido como o conceito de ação idêntica trazido pelo §2º do art. 301 do CPC, que exige para tanto a coincidência das partes, pedido e causa de pedir. Nestes casos estaríamos diante de litispendência ou coisa julgada, o que não corresponde à situação. Casos idênticos, para o art. 285-A do CPC, deve ser entendido como aqueles processos que possuam, além do causa de pedir e pedidos coincidentes, os mesmos *fundamentos jurídicos* da causa de pedir e do pedido.

Se numa inicial requerer-se o mesmo pedido de outras demandas já julgadas improcedentes pelo juízo, mas trazer um argumento novo, que ainda não foi apreciado por aquele juízo, não poderá ser aplicado o art. 285-A, mas deverá a demanda ter seu curso normal, com a citação do réu, para apropriada apreciação dos fundamentos do pedido.

Ressaltamos, entretanto, que não entendemos que todo e qualquer argumento jurídico novo trazido aos autos impeça a aplicação do art. 285-A do CPC. Isto porque não cabe ao juiz apreciar na sentença todos os fundamentos jurídicos trazidos na inicial, um a um¹⁵⁷, conseqüentemente, também não é necessário que todos os fundamentos trazidos pela inicial da ação repetitiva já

¹⁵⁶ Neste sentido, dentre outros: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Primeiras impressões sobre o art. 285-A do CPC: julgamento imediato de processos repetitivos – uma racionalização para as demandas de massa*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, n. 39, jun. 2006, p. 95.

¹⁵⁷ “(...) 1. Inexiste violação do artigo 535, do CPC, quando o voto condutor dos embargos de declaração enfrenta explicitamente a questão embargada. **Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.** (...) (REsp 769.249/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13.02.2007, DJ 12.03.2007 p. 203) (grifo nosso)

tenham sido expressamente apreciados pelo juízo nas sentenças paradigmáticas.

Para a não aplicação do art. 285-A do CPC deve a inicial trazer argumentos jurídicos novos, que de fato sejam capazes de alterar a convicção do juiz. A fundamentação da sentença paradigmática deve ser insuficiente para também fundamentar a improcedência da nova demanda. Não se pode admitir que se o autor propuser uma demanda “*idêntica*” a outras que já foram julgadas improcedentes pelo juízo e apenas por acrescentar um argumento jurídico totalmente descabido, com claro intuito de evitar o julgamento imediato da demanda, se impeça a aplicação do dispositivo em análise.

Importa ressaltar, também, que o artigo dispõe que as sentenças de improcedência devem ter sido proferidas no mesmo *juízo*. Juízo, no sentido posto pela norma, vem sendo interpretado de algumas maneiras: como unidade de competência territorial (ou seja, comarca ou subseção judiciária), como a vara dentro de uma comarca, e ainda como o próprio juiz.

O entendimento jurisdicional é uma construção dos juízes, pessoas físicas, mas ao mesmo tempo as decisões são do órgão jurisdicional, não vinculam-se aos seus relatores, em decorrência do princípio do juiz natural. Sendo assim, como forma de compatibilizar estas duas realidades, entendemos que a expressão *juízo*, prevista na redação do art. 285-A do CPC, deva ser entendido como a unidade de competência territorial, a comarca¹⁵⁸.

Com esta solução, continua-se privilegiando o princípio do juiz natural e os juízes que vinham aplicando o art. 285-A do CPC, não precisam deixam de aplicá-lo, apenas por ser transferido para outra vara (que não tenha duas ou mais decisões de improcedência em casos idênticos). Ademais, esta interpretação tem a vantagem de não alterar expressão trazida pelo próprio dispositivo, como sugerem os que entendem que no lugar de *juízo* deva ser lido *juiz*.

¹⁵⁸ Neste sentido: ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *As novas reformas do processo civil*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 82.

2. Análise da constitucionalidade do art. 285-A do CPC

A inserção do art. 285-A no nosso Código Processual Civil trouxe uma grande polêmica quanto à constitucionalidade da inovação. Algumas críticas foram fundadas, outras apenas se rebelaram contra o novo, diante da inquietude em se admitir o julgamento do mérito de um processo¹⁵⁹ sem a citação do réu, o que não era imaginado por muitos como possível. O que nos traz perplexidade, entretanto, nem sempre significa inviabilidade. O nosso escopo, neste momento, é a análise minuciosa do dispositivo, para verificar sua viabilidade à luz dos princípios constitucionais do nosso ordenamento jurídico.

Questionando a constitucionalidade do art. 285-A do CPC, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs uma ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADI nº 3.695/DF¹⁶⁰), que está em tramitação. Vamos analisar, inicialmente, os princípios constitucionais citados nesta ação como violados, quais sejam: o princípio da igualdade, da segurança jurídica, do direito de defesa, do contraditório e do devido processo legal.

• Do Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade é previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal Brasileira¹⁶¹. O argumento trazido pelos que entendem que o princípio da isonomia é violado com a aplicação do art. 285-A do CPC é o de que

¹⁵⁹ Vale esclarecer que já existia a possibilidade de julgamento do mérito do processo, sem a citação do réu, nos casos de prescrição e decadência (art. 295, IV c/c art. 267, I do CPC), mas as situações eram pontuais e, para alguns, eram as peculiaridades dos institutos que justificavam tal medida. Saliente-se, ainda, que é pacífico que a prescrição e decadência são formas de extinção do processo com resolução de mérito, embora previstas no art. 267, I do CPC (c/c o art. 295, IV), que trata das hipóteses de extinção do processo sem julgamento do mérito.

¹⁶⁰ Petição inicial desta ação está disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/44214,1>

¹⁶¹ Com a seguinte redação: “Art. 5º 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: (...)” (grifo nosso)

a apreciação imediata do processo é realizada em razão de existir no *mesmo juízo* sentenças de improcedência em casos idênticos.

Este fato implicaria que duas ações, com mesmo fundamento da causa de pedir e pedido, distribuídas em dois juízos diferentes, uma que já tivesse sentenças de improcedência referente a matéria e outra não, receberiam tratamentos diferentes, enquanto uma seria julgada improcedente liminarmente, a outra seguiria o curso ordinário, com a citação do réu para apresentar resposta, em afronta ao princípio da isonomia.

Quanto a este argumento não podemos concordar. A possibilidade de serem proferidas decisões judiciais conflitantes não é ideal, mas reconhecida pelo próprio ordenamento jurídico como inevitável, tanto que há previsão constitucional de interposição de recurso especial com base em dissídio exatamente para uniformizar a jurisprudência. É consequência da liberdade de decidir conferida aos juízes, necessária para evitar o enrigimento do sistema.

O magistrado julga com base em sua livre convicção¹⁶², cabendo aos tribunais a uniformização de jurisprudência. A possibilidade de haver decisões divergentes, para um mesmo caso, não viola o princípio da isonomia, mas, ao contrário, respeita o princípio do juiz natural¹⁶³ e da independência dos magistrados.

Pode-se afirmar, inclusive, que o art. 285-A do CPC reforça o princípio da igualdade, já que prevê que seja dada a mesma resposta jurisdicional para “*casos idênticos*”, que tenham sido julgados improcedentes em outras oportunidades pelo mesmo juízo.

Não concordamos, assim, que o art. 285-A do CPC viola o princípio constitucional da igualdade.

• Do Princípio da Segurança Jurídica

¹⁶² Exceto nos casos em que haja lei que imponha diferentemente, como é o caso das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, que exigem que seja seguido o entendimento adotado pelas mesmas, para todos os casos que vierem a ser julgados no judiciário naquele sentido.

¹⁶³ BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do código de processo civil, vol. 2: comentários sistemáticos às Leis n. 11.276, de 7-2-2006, 11.277, de 7-2-2006, e 11.280, de 16-2-2006*, 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 191.

O princípio da segurança jurídica está previsto também no *caput* do art. 5º da Constituição Federal. A suposta violação deste princípio, pelo art. 285-A do CPC, dar-se-ia pela ausência de publicidade das sentenças paradigmáticas, sentenças estas que irão influenciar o julgamento de processos futuros, atingindo a esfera de terceiros.

Ocorre que o princípio da segurança jurídica não dá guarida à falta de participação de terceiros na ação que poderá se tornar o fundamento da improcedência de futuras ações. Se assim se entendesse as súmulas, inclusive as vinculantes, perderiam por completo sua utilidade.

A segurança jurídica deve ser entendida como a ciência prévia das regras que serão aplicadas no julgamento no caso concreto. Cassio Scapinella Bueno¹⁶⁴ e Leonardo José Carneiro da Cunha¹⁶⁵, também analisando a ação direta de inconstitucionalidade nº 3.695/DF, da mesma forma entenderam que o conceito de segurança jurídica utilizado nas razões daquela ação não coincide com o real conceito deste princípio, que seria a garantia de previsibilidade das regras jurídicas que serão aplicadas nos casos em concreto.

Podemos afirmar que o art. 285-A do CPC está em perfeita harmonia com o princípio da segurança jurídica, já que esta norma claramente dispõe as situações em que poderá ser proferida a sentença repetitiva.

A segurança jurídica, ao contrário, é reforçada com a aplicação do art. 285-A do CPC, na medida em que se sabe que para aquele caso específico a decisão será a mesma a uma anteriormente já proferida para caso idêntico.

• **Do Princípio do Direito de Ação**

O princípio do direito de ação, também chamado do princípio da inafastabilidade do controle judicial, está previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal¹⁶⁶. Por este princípio todos têm direito a obter do Estado a tutela jurisdicional adequada.

A inicial da ação direta de inconstitucionalidade entende que “o direito de ação é direito de provocar o surgimento da relação processual triangular (autor-juíz-réu)”. A prolação da sentença imediata, sem a citação do réu, implicaria, assim, na violação ao princípio do direito de ação. Argumentam, ainda, que a impossibilidade de instauração regular do processo impede o juiz de se pronunciar, adequadamente, quanto às “peculiaridades” do caso.

Estes argumentos, a nosso ver, também não merecem prosperar. O processo pode existir sem a citação do réu, que não pressuposto de existência da ação¹⁶⁷. É o que podemos notar do art. 263 do CPC¹⁶⁸ que, categoricamente, afirma que a ação considera-se proposta com a distribuição da petição inicial ou com o despacho da mesma. Assim, a falta de citação do réu, por si só, não pode ser considerada violação ao direito de ação¹⁶⁹.

igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - **a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;** (...)” (grifo nosso)

¹⁶⁷ Em sentido contrário, MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 469, que afirma: “São apontados, como pressupostos de existência, o pedido, a investidura na jurisdição daquele a quem o pedido é endereçado e as partes, *salientando-se, inclusive, a necessidade de citação do réu, sob o pressuposto de que sem ela não existiria relação jurídica processual e, assim, processo propriamente dito, mas apenas uma relação jurídica entre o autor e o juiz.*” (grifo nosso)

¹⁶⁸ Dispositivo com seguinte redação: “Art. 263. Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado.”

¹⁶⁹ Neste sentido: CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. “Considerações acerca da improcedência liminar nas ações repetitivas: um estudo sobre a compatibilidade do art. 285-A do código de processo civil com o sistema processual vigente.” In CAVALCANTI, Bruno; ELALI, André; VAREJÃO, José Ricardo. *Novos Temas de Processo Civil*. São Paulo: MP, 2006, p. 164, que afirma “O direito de ação, por sua vez, também não é mutilado. Referido direito não é, necessariamente, o ‘direito de provocar o surgimento da relação processual triangular (autor-juíz-réu)’. Para que se realize o direito abstrato de provocar o aparelho judicial estatal, não há necessidade de presença do réu. Observem-se as hipóteses do indeferimento da inicial de processo civil e da extinção de ação mandamental *in limine* por não se tratar de direito

¹⁶⁴ Op. cit., p. 192.

¹⁶⁵ Op. cit., p. 97.

¹⁶⁶ Com a seguinte redação: “Art. 5º 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

Lembre-se que o direito de ação é exercido contra o Estado, e não contra o réu. Se é possível ao autor intentar uma ação, está exercido o direito constitucionalmente assegurado, gerando ao Estado-juiz a necessidade de pronunciamento efetivo.

O outro argumento levantado, de que a redução do procedimento impede que o magistrado se pronuncie adequadamente quanto às “peculiaridades” do caso, também não concordamos.

O juiz, quando analisa a petição inicial, só pode proferir sentença repetitiva ao verificar que o caso apresentado não possui qualquer “peculiaridade” ou, em outras palavras, não possua qualquer fundamento novo que já não tenha sido devidamente apreciado pelo mesmo juízo em outras oportunidades. Se o magistrado não perceber alguma “peculiaridade” existente no caso e sentenciar imeditamente o processo, não estará aplicando adequadamente o art. 285-A do CPC, sendo provável a anulação da sentença em grau de recurso.

A aplicação do art. 285-A dá-se justamente quando o caso não apresenta argumentos jurídicos novos, situação que é plenamente possível de ser verificada quando da análise da petição inicial, não havendo necessidade de citação do réu para tanto. Ora, como se pode chegar a conclusão quanto à identidade dos casos, ser a matéria exclusivamente de direito, sem a análise real da situação posta na inicial? A análise da inicial certamente é suficiente para verificar a matéria que será objeto da ação.

Não concordamos, assim, também neste aspecto, que o direito de ação será violado, com a aplicação do novo dispositivo.

• **Do Princípio do Contraditório**

O princípio do contraditório é assegurado pela Constituição Federal do Brasil no inciso LV, do art. 5º¹⁷⁰.

líquido e certo. Há nestes casos o exercício regular do direito de ação, mesmo sem direito à tutela jurisdicional.”

¹⁷⁰ Com a seguinte redação: Assim dispõe o dispositivo: “Art. 5º 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: (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em

Este princípio pode ser analisado sob duas perspectivas: na do autor e na do réu.

Inicialmente, não vemos como sustentar-se a violação do princípio do contraditório em face do réu, isto porque a sentença repetitiva é proferida em seu benefício. O magistrado reconhece, antecipadamente, que o autor não possui qualquer pretensão legítima frente ao réu, escopo que este pretenderia atingir ao final do processo, se integrasse a lide.

O contraditório é uma garantia fundamental assegurada quando há possibilidade de que seja proferida uma decisão contra uma parte, de forma que seja dada oportunidade a esta de influenciar o magistrado a seu favor. Se a decisão proferida já é de improcedência é desnecessário que o réu se pronuncie.

Note-se que o demandado não pode sofrer qualquer prejuízo com a aplicação do art. 285-A do CPC. Podemos assim concluir que o dispositivo em análise não viola o princípio do contraditório em face do réu¹⁷¹.

Quanto ao princípio do contraditório em face do autor este também é respeitado pelo art. 285-A do CPC. É possibilitado a este participar ativamente do procedimento, podendo, inclusive, interpor recurso de apelação da sentença de improcedência¹⁷².

O que não pode ser considerado direito do autor é participar de atos desnecessários, inúteis, para o julgamento adequado da demanda. Não se insere na garantia do contraditório o direito de continuar indefinidamente a marcha processual ou de formação da relação triangular. Contraditório, como o próprio nome enuncia, é contra-dizer, ou seja, é ter a possibilidade de contra-argumentar o que for suscitado em seu desfavor e, para o autor, no caso específico, o único “argumento”

geral são assegurados o **contraditório** e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...)” (grifo nosso)

¹⁷¹ Neste sentido: SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 e 2006 do código de processo civil: de acordo com as lei n. 11.187 e 11.323, de 2005, e 11.276, 11.277 e 11.280, de 2006*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 145.

¹⁷² Neste sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 196 e THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas processuais do código de processo civil: leis nº 11.187, de 19.10.2005; 11.232, de 22.12.2005; 11.276 e 11.277, de 07.02.2006; e 11.280, de 16.02.2006*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 18.

proferido em seu desfavor é a sentença, que pode ser vergastada pelo recurso de apelação.

Desta forma, não podemos concordar que o art. 285-A do CPC viola o princípio do contraditório.

• **Do Princípio do Devido Processo Legal**

O princípio do devido processo legal, previsto no inciso LIV, do art. 5º da nossa Constituição Federal¹⁷³, é uma garantia ampla concedida aos cidadãos, dele decorrendo os demais princípios processuais como: o da isonomia, direito de ação, do contraditório, da ampla defesa, do juiz e do promotor natural, duplo grau de jurisdição, dentre outros.

Sobre o princípio do devido processo legal pronunciou-se Nelson Nery Júnior: “A amplitude da cláusula devido processo legal tornaria desnecessária qualquer outra dogmatização principiológica relativamente ao processo civil”¹⁷⁴.

Tendo, assim, sido analisado que a art. 285-A do CPC não viola o princípio da isonomia, da segurança jurídica, do direito de ação e do contraditório, por consequência, podemos concluir que não houve violação ao princípio do devido processo legal¹⁷⁵. O dispositivo atende plenamente a garantia do devido processo legal.

Desta forma, analisados todos os argumentos suscitados pela ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, não concordamos com os fundamentos argüidos

de violação pelo art. 285-A do CPC de princípios processuais garantidos constitucionalmente.

• **Da Desnecessidade da Sentença de Improcedência estar de Acordo com o Entendimento dos Tribunais Superiores**

Vale analisar, ainda, ressalva que grande parte da doutrina faz do art. 285-A do CPC. Para ilustres processualistas o alegado dispositivo só poderá ser aplicado quando a sentença de improcedência estiver de acordo com o entendimento dos tribunais superiores.

Esta exigência não está posta na lei, mas é entendida como necessária por alguns. Vejamos os fundamentos que levam a esta conclusão.

Parte da doutrina entende que esta concordância entre a sentença de improcedência e o entendimento dos tribunais superiores é essencial para atingir o escopo da lei de racionalizar o julgamento dos processos repetitivos, conferindo segurança e previsibilidade ao sistema¹⁷⁶.

Argumenta-se, ainda, que a aplicação do dispositivo deve se dar quando já há uma tese consolidada da matéria, que corresponda há um posicionamento reiterado, sumulado ou predominantemente, dos tribunais superiores, não se privilegiando entendimentos de primeira instância que previsivelmente serão reformados no juízo *ad quem*, sob pena do dispositivo não se conformar com o princípio da isonomia¹⁷⁷.

Há fundamentos, também, de que a aplicação do dispositivo sem a atenção às decisões dos tribunais superiores violaria o princípio da duração razoável do processo, em razão de dilações indevidas que certamente ocorrerão neste, a fim de que prevaleça o entendimento dos tribunais *ad quem*, de quem é efetivamente a última palavra sobre as causas postas em juízo¹⁷⁸.

Argumenta-se, por fim, que a necessidade de que a sentença repetitiva esteja de acordo com a jurisprudência dominante dos tribunais superiores é decorrente da interpretação sistemática do Código Processual Civil, já que o art. 557, bem como as recentes

¹⁷³ “Art. 5º 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: (...) LIV - **ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;** (...)” (grifo nosso)

¹⁷⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 71.

¹⁷⁵ Neste sentido, BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 201, que afirma: “Por fim, a petição inicial sustenta queo art. 285-A do Código de Processo Civil, tal qual introduzido pela Lei n. 11.277/2006, afrontaria o princípio do devido processo legal. E, no particular, **o entendimento é quase que a conclusão do quanto destacamos nos itens anteriores, já que o devido processo legal requer a conjugação dos princípios constitucionais do contraditório, da publicidade e da motivação**”. (grifo nosso)

¹⁷⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 65 e ss.

¹⁷⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 57.

¹⁷⁸ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op.cit., p. 97.

alterações dos arts. 120, parágrafo único; 518, § 1º e 544, § 3º do Código Processual Civil, bem como o art. 103-A da Constituição Federal, primam pela uniformização das decisões com base nas decisões dos tribunais superiores.

Ousamos discordar dos argumentos trazidos pela renomada doutrina. Em todos os fundamentos visualiza-se uma tentativa ou preocupação de que as decisões de primeira instância estejam conforme o entendimento dos tribunais superiores. Ocorre que, consoante sabido, o juiz tem ampla liberdade de decidir conforme a sua convicção, sem vincular-se a entendimentos esposados pelos tribunais superiores e a aplicação do art. 285-A do CPC, ao nosso ver, não traz qualquer especificidade que implique em exceção a esta regra. Expliquemos melhor.

O art. 285-A do CPC permitiu que o procedimento de primeira instância seja abreviado, quando já houver decisões nesta própria instância de improcedência, em casos idênticos. O que se pretendeu evitar é que o procedimento nesta instância tenha seu curso normal, quando já haja convicção do *mesmo júízo* sobre determinada matéria “*repetitiva*”. A preocupação não é, neste momento, com o entendimento dos tribunais superiores, como soi acontecer, mas o objeto da norma é apenas o processo na primeira instância.

Não haveria sentido para que se impedisse a aplicação do art. 285-A do CPC, em razão do entendimento pela improcedência do pedido estar em desacordo com os tribunais superiores, quando previsivelmente após o curso normal do processo na primeira instância o juiz proferiria a mesma sentença de improcedência, que já poderia ter dado quando da análise da inicial. É uma espera inútil, com a prática de atos desnecessários, indo de encontro ao princípio da celeridade que é homenageado pelo dispositivo.

Se o juiz não está vinculado ao entendimento dos tribunais superiores ao proferir sentença, quando se percorreu o procedimento regular do processo, por qual razão haveria esta vinculação quando a sentença for prolatada no procedimento abreviado do art. 285-A do CPC?

Repita-se que o objetivo da norma é agilizar o processo no primeiro grau. A celeridade a partir do recurso é objeto de outras normas processuais, como por

exemplo o §1º do art. 518 do CPC, que não o art. 285-A do CPC.

Podemos afirmar, também, que as sentenças paradigmas não precisam ter transitado em julgado, para fundamentar a aplicação do citado dispositivo, já que como exposto aquelas não estão vinculadas ao entendimento dos tribunais superiores.

Frise-se, ainda, que o objetivo de aceleração do procedimento no primeiro grau é legítimo e não precisa ser objeto de interpretações sistemáticas para que se confira utilidade à norma ou conformidade desta com o ordenamento jurídico.

A previsibilidade de reforma da sentença proferida, contrária ao entendimento dos tribunais superiores, não é empecilho para a aplicação do art. 285-A do CPC, já que, se aplicado corretamente o dispositivo, a matéria objeto da ação será exclusivamente de direito e poderá ser reformada diretamente pelo tribunal, sem necessidade de retorno dos autos para a primeira instância, em razão da aplicação analógica do §3º do art. 515 do CPC, que será objeto de nossa análise adiante.

Vale lembrar o argumento trazido, quando da análise da suposta violação do dispositivo ao princípio da isonomia, de que cabe aos tribunais a uniformização de jurisprudência e não à primeira instância, que podem decidir de acordo com a livre convicção do juiz. A existência de decisões diferentes para duas causas “*idênticas*” não é ideal, mas inevitável, não podendo fundamentar uma violação ao princípio da igualdade.

Desta forma, entendemos que não é requisito do art. 285-A do CPC a sentença de improcedência estar de acordo com o entendimento dos tribunais superiores.

• **Da Constitucionalidade do art. 285-A do CPC**

De acordo com o que expusemos, defendemos que o novo art. 285-A do CPC não ofende aos princípios processuais postos na Constituição Federal do Brasil, sendo um instrumento que, se utilizado adequadamente pelo Judiciário, será de muita utilidade na tentativa de garantir uma maior celeridade à tramitação processual.

3. Das respostas do réu

Vale analisar, neste momento, como se darão as possíveis respostas do réu, no caso do julgamento imediato da demanda. O réu, nos termos do art. 297 do CPC, quando citado, poderá oferecer contestação, exceção ou reconvenção, como meios de resposta.

Com a aplicação do art. 285-A, o réu será citado não para contestar, mas para apresentar contra-razões à apelação, é o que se percebe com a própria redação do dispositivo. Com a apresentação das contra-razões poderá o réu oferecer exceção e/ou reconvenção?

Primeiro, importa frisar que entendemos que as contra-razões não têm natureza de contestação. A matéria objeto destas duas peças processuais não são coincidentes, variam conforme o caso. Vejamos alguns exemplos: a apelação do autor pode se limitar a defender a não aplicabilidade do art. 285-A do CPC no processo, neste caso o réu nas contra-razões apenas tratará da aplicabilidade ou não do art. 285-A ao caso, sem adentrar ao mérito da lide. Pode acontecer, ainda, que a sentença seja anulada porque a matéria não é exclusivamente de direito, retornando os autos para o juízo de origem, neste caso a contestação do réu se pronunciará sobre as provas que pretende produzir, matéria que certamente não foi objeto das contra-razões à apelação do autor, já que naquele momento se discutia apenas se a matéria era exclusivamente de direito ou não.

Por tal razão é que defendemos, como já exposto, que em caso de anulação da sentença repetitiva pelo tribunal, com o retorno dos autos para a primeira instância, o réu deverá ser intimado para oferecer contestação. Não se pode, como entendem alguns, aproveitar as contra-razões já apresentadas no tribunal como contestação à ação. Ressalte-se, entretanto, que o réu não terá nova oportunidade para se pronunciar sobre matérias que já foram objeto das contra-razões, quanto a estas ocorre o fenômeno da preclusão.

Note-se, assim, que com a apelação do autor, o réu é citado para apresentar contra-razões e não as respostas típicas da citação, previstas no art. 297 do CPC. Não há, assim, permissão para o réu apresentar reconvenção. A esta conclusão não chegamos apenas com

base na letra da lei, mas sim pela própria razão de ser da reconvenção.

A reconvenção¹⁷⁹ é permitida para racionalizar o julgamento de demandas. É mais eficiente que o juiz possa em uma mesma sentença apreciar as duas ações (ação e reconvenção). Ocorre que, com a aplicação do art. 285-A, quando da citação do réu, já houve o julgamento da primeira ação, não há mais qualquer vantagem processual em se discutir uma segunda ação naquele momento, ao contrário, o oferecimento de reconvenção causaria uma atribulação desnecessária no processo, sem se esquecer que a segunda lide seria proposta já no segundo grau de jurisdição, com evidente supressão de instância. Não há, assim, como se admitir que, juntamente com as contra-razões à apelação, o réu ofereça reconvenção.

Frise-se, ainda, que a impossibilidade de oferecimento de reconvenção pelo réu não implica qualquer perda de direito para o mesmo. O pedido que seria veiculado através de reconvenção, pode ser objeto de ação autônoma, sem qualquer prejuízo para o réu.

Passemos a analisar a possibilidade do réu oferecer exceções, que pode ser de incompetência, impedimento ou suspeição. As exceções, em tese, podem ser oferecidas pelo réu, já que de acordo com o art. 305 do CPC, cabe à parte oferecer exceção em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Ocorre que o réu não mais terá interesse em arguir exceção de suspeição e impedimento. Estas exceções são ferramentas disponibilizadas às partes a fim de se garantir julgamentos imparciais. Tendo a ação sido julgada totalmente improcedente, não há como se sustentar que o magistrado tenha sido parcial, em favor do autor, já que julgou absolutamente contra o interesse deste.

Quanto à exceção de incompetência, o réu só terá interesse processual em oferecê-la quando entender que o próprio tribunal é incompetente. A discussão quanto à competência entre comarcas de um mesmo Estado, quando a competência for da Justiça Estadual, ou que

¹⁷⁹ Frise-se que a reconvenção é uma contra-ação do réu em face do autor, cabível quando a pretensão, embora autônoma ao pedido do autor, for conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa (art. 315 do CPC).

estejam vinculadas ao mesmo Tribunal Regional Federal, quando a competência for da Justiça Federal, não faz sentido, já que em qualquer das hipóteses é o mesmo tribunal que apreciará o processo em segundo grau.

Assim, apenas é possível ao réu oferecer exceção de incompetência quando esta for do próprio tribunal, seja porque se discuta se a matéria é de competência da Justiça Federal ou Estadual (incompetência absoluta), seja quando se discuta se a competência é, no âmbito da Justiça Federal, de outro Tribunal Regional Federal, ou, no âmbito Justiça Estadual, de outro Estado (incompetência relativa).

Na primeira hipótese, de incompetência absoluta, não há maiores controvérsias, porque a incompetência pode ser argüida por petição, sem necessidade de exceção, nos termos do art. 113 do CPC, ou seja, a incompetência absoluta pode ser argüida nas próprias contra-razões à apelação, não havendo assim interesse processual em oferecer exceção.

Já quanto à segunda hipótese, de incompetência relativa, que necessariamente deverá ser argüida por exceção, de acordo com o art. 112 do CPC, não há como retirar do réu a possibilidade do oferecimento desta. Não se pode admitir que a apelação do autor, com possibilidade inclusive de julgamento procedente da demanda, seja realizado por tribunal incompetente, sem que o réu tenha possibilidade de argüí-la. Ademais, é o próprio CPC que prevê a possibilidade de oferecimento de exceção em qualquer grau de jurisdição, devendo a mesma ser argüida na primeira oportunidade do réu nos autos, que será nas contra-razões à apelação.

Há, também, um outro tema a ser analisado. O réu pode, ainda, junto com a contestação, denunciar à lide a terceiro. A denúncia poderá ocorrer nas contra-razões à apelação, já que este será o primeiro ato do réu no processo?

Acreditamos que não. Primeiro, pela leitura do art. 71 do CPC, que dispõe *a citação do denunciado será requerida, juntamente com a do réu, se o denunciante for o autor; e, no prazo para contestar, se o denunciante for o réu*. Como já exposto, não entendemos que as contra-razões à apelação têm natureza de contestação e o dispositivo prevê que a denúncia à lide seja requerida

no prazo para contestar, e não na primeira oportunidade do réu nos autos.

Ademais, utilizando o mesmo argumento exposto para a impossibilidade de oferecimento de reconvenção, junto com as contra-razões à apelação, a denúncia à lide é também um instituto previsto com o objetivo de racionalizar o julgamento de ações. A fim de evitar a propositura posterior de uma ação de regresso, a lei permite que a parte que efetivamente possa vir a arcar com eventual condenação, já seja trazida aos autos e, numa mesma sentença, sejam julgadas duas demandas.

Assim, reproduzindo a conclusão que acima chegamos quando da análise da reconvenção, tendo havido já o julgamento da primeira demanda, não há como ser admitido a instauração de uma segunda demanda nas contra-razões à apelação, com a denúncia da lide, sob pena de supressão de instância. Ademais esta situação iria de encontro à celeridade processual, finalidade do próprio instituto da denúncia. Temos, assim, que rito a ser seguido pelo processo com a aplicação do art. 285-A do CPC não se adequa ao instituto da denúncia à lide.

Sustentamos este entendimento mesmo para os casos em que a denúncia à lide é obrigatória (art. 70 do CPC). Obviamente, a denúncia só será obrigatória quando houver oportunidade processual para ser requerida. Se o rito trazido, com a aplicação do art. 285-A do CPC, não se adequa ao instituto da denúncia à lide, esta não poderá ser pleiteada.

Ressalte-se, ainda, que, em caso do réu ser condenado, através de julgamento pelo tribunal, poderá o mesmo ingressar com ação de regresso contra a parte que terá efetivamente que arcar com a condenação. A não possibilidade de denúncia à lide pelo réu, nas contra-razões à apelação, não trará qualquer prejuízo para o mesmo.

4. Do julgamento pelo Tribunal

Inicialmente, importa notar que o art. 285-A CPC traz uma exceção ao princípio da inalterabilidade da sentença, prevista no art. 463 do CPC. O magistrado, quando o autor apelar, poderá reformar a sentença

proferida, em cinco dias, determinando a citação do réu. Esta é a segunda exceção ao princípio da inalterabilidade da sentença prevista no nosso Código Processual Civil, a primeira encontra-se no art. 296 do CPC, no caso de apelação contra sentença que indeferiu a petição inicial.

Não se retratando, o juiz remeterá os autos para o tribunal, para julgamento da apelação. Na apreciação do recurso, o tribunal poderá: a) manter a sentença do juízo *a quo*; b) anular a sentença por aplicabilidade do art. 285-A do CPC sem a presença dos requisitos legais, determinando a remessa dos autos para o juízo primeiro grau, onde se dará a intimação do réu para oferecer contestação e; c) reformar a sentença e, entendendo ser a matéria exclusivamente de direito, julgar a ação procedente, nos termos do art. 515, §3º do CPC.

Quanto à segunda hipótese importa ressaltar o porquê de se tratar de anulação da sentença e não reforma. A má aplicação do art. 285-A do CPC é *error in procedendo*, conduzindo à anulação da sentença. Só haverá reforma quando o dispositivo é aplicável, mas o conteúdo da sentença é modificado, ou seja, quando houver *error in judicando*.

Quanto a esta terceira hipótese temos que o §3º do art. 515¹⁸⁰ do CPC prevê a possibilidade de julgamento da lide pelo tribunal quando a matéria for exclusivamente de direito, mesmo quando a lide não tenha sido apreciada pelo juízo *a quo*, em razão da extinção do processo ter se dado sem julgamento de mérito.

Embora o §3º do art. 515 do CPC afirme que o tribunal poderá julgar desde logo a lide, nos casos de extinção de processo sem julgamento do mérito, o que não é o caso do art. 285-A do CPC, o art. 515 do CPC também poderá ser aplicado nos casos de sentença de

¹⁸⁰ Artigo com a seguinte redação: “Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. (...)”

§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

§ 4º Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação.”

improcedência imediata. Isto porque o fundamento da ausência de necessidade de retorno dos autos para o juízo de origem não é a apreciação do processo ter sido com ou sem julgamento do mérito, mas a matéria em análise ser exclusivamente de direito.

Note-se, ainda, que da leitura dos §§ 3º e 4º do citado art. 515, é notório que o legislador pretendeu que, *sempre que possível*, o tribunal julgue de plano o processo, evitando o retorno dos autos para o juízo de primeira instância, já que em última análise é o próprio tribunal quem apreciará a questão. Sendo a matéria exclusivamente de direito pode, assim, ser aplicado o §3º do art. 515 do CPC também para nos casos de julgamento com base no art. 285-A do CPC. Trata-se de conclusão com base na interpretação sistemática do diploma, que não pode ser afastada¹⁸¹.

É essencial salientar, entretanto, que o tribunal só poderá julgar procedente a demanda se o autor/apelante assim requerer, já que cabe ao recorrente limitar o objeto cognitivo da apelação¹⁸², que por consequência limitará o objeto das contra-razões. Pode assim, ser aplicado o §3º do art. 515 do CPC, reformando a sentença de

¹⁸¹ Assim, já estão se posicionando os tribunais de justiça: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. JULGAMENTO NOS TERMOS DO ART. 285-A DO CPC, REDAÇÃO DA LEI N. 11.277/2006. POSSIBILIDADE de julgamento de mérito pelo segundo grau, formado o contraditório com a citação do demandado para responder ao recurso e presentes as condições de julgamento, na forma do § 3º do artigo 515 do CPC. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA, PASSIVA, IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, AFASTADAS. PRESCRIÇÃO TRIENAL AFASTADA. COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES. Na melhor interpretação do contrato de adesão há de ser favorável ao aderente cláusula que refere a subscrição das ações, observado o valor da ação no momento da integralização do capital. Entendimento consolidado no colendo STJ. Precedentes. DIVIDENDOS E JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. Os dividendos são consequência lógica da subscrição das ações devidas. Não são devidos os juros sobre o capital próprio, uma vez que já deferidos os dividendos e juros de mora. PRELIMINARES AFASTADAS E APELO PROVIDO.” (Apelação Cível Nº 70017511890, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Helena Ruppenthal Cunha, Julgado em 22/11/2006) (grifo nosso)

¹⁸² Neste sentido: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. cit., p. 101.

improcedência proferida com base no art. 285-A do CPC, para julgar procedente a demanda, nos casos em que assim for requerido pelo apelante.

É importante analisar, também, a possibilidade do art. 285-A do CPC ser aplicada pelos tribunais nas ações de competência originária nas instâncias superiores.

O art. 285-A do CPC é regra de exceção e não deve ser interpretada extensivamente, sob pena de aí sim violar os princípios constitucionais. Se a previsão existe para os processos propostos no primeiro grau, não podemos ampliar a para as ações originárias nos tribunais.

Ademais, este dispositivo quis reforçar ser cabível apelação, para as decisões proferidas com base no art. 285-A do CPC, garantindo a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição e as ações originárias no tribunal são exceção a este princípio. A aplicação do art. 285-A, nestas ações originárias nos tribunais superiores, não permitiria obediência a princípio que o dispositivo expressante quis garantir.

Não é possível, assim, que seja aplicado o art. 285-A do CPC, nas ações originárias nos tribunais¹⁸³.

5. Outras implicações processuais decorrentes do julgamento do processo sem citação do réu

A aplicação do art. 285-A traz, ainda, alguns questionamentos, que merecem a nossa atenção.

Inicialmente, vale analisar se é faculdade ou dever do juiz, quando estiverem presentes os requisitos do

art. 285-A do CPC, proferir sentença imediatamente, sem determinar a citação do réu.

A redação do citado dispositivo diz que o juiz *poderá* proferir sentença repetitiva, quando presentes os requisitos legais para tanto. Entretanto, filiamo-nos ao entendimento de que se trata de um poder-dever do magistrado, ou seja, se a inicial não trazer qualquer argumento jurídico, com potencial de aterar a convicção do juiz, e se já existir no juízo sentenças de improcedência da ação, o juiz *deverá* julgar imediatamente o processo, não se trata de faculdade, mas de um dever.

Se o legislador entendeu, em determinados casos, ser necessário um procedimento reduzido, a realização de atos processuais inúteis, vai de encontro ao já citado princípio constitucional da celeridade.

Ressalte-se, entretanto, que o magistrado só deverá aplicar o art. 285-A quando tiver absoluta certeza da presença dos requisitos do citado artigo, bem como se estiver convicto da tese que sustenta a improcedência do julgamento. Na dúvida, o juiz deverá dar regular andamento ao processo, para possibilitar amplo debate sobre a matéria.

Um questionamento que pode surgir da aplicação do art. 285-A do CPC é quando a ação possuir dois pedidos, sendo um deles passível de julgamento imediato e outro não. Será possível ao juiz julgar antecipadamente um deles e dar seguimento a ação, em razão do segundo pedido? Acreditamos que não.

A sentença é una, devendo o magistrado apreciar num mesmo momento todos os pedidos que cumulativamente foram realizados.

Ademais, a decisão antecipada teria natureza de decisão interlocutória e não de sentença, já que não se pode admitir que num mesmo processo haja mais de uma sentença, e o recurso cabível seria agravo de instrumento. Deixaria de haver dois dos elementos previstos para a aplicação do art. 285-A do CPC: a sentença e a possibilidade de interposição de apelação.

Acrescente-se, ainda, que o julgamento de improcedência de apenas um dos pedidos, com provável interposição de recurso para o tribunal desta decisão, e a continuidade dos autos no juízo de primeiro grau, traria

¹⁸³ Em sentido contrário, Glauco Gumerato Ramos, que argumenta: “O mesmo raciocínio, já que penso ser possível a *resolução imediata* nas causas de sua respectiva competência originária, poderá ser transportado para os órgãos fracionários dos tribunais. Pensemos na ação rescisória: será possível que numa determinada câmara ou turma já se tenham julgado improcedentes ‘casos idênticos’ ao que em determinado momento será apreciado à guisa de ação rescisória. Nessas hipóteses, ainda que a composição da respectiva câmara ou turma tenha sido alterada (v.g., por aposentadoria, por licença, por férias), nada impede que outro relator, diante de precedentes equivalentes já julgados pelo mesmo órgão (câmara ou turma), decrete a *resolução imediata* com base no art. 285-A valendo-se da analogia com o art. 557, *caput*.” (RAMOS, Glauco Gumerato. *Reforma do CDC: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 382/383).

uma inevitável confusão processual, que de nada contribuiria para a celeridade e eficácia processual, objetivo que o art. 285-A do CPC visa atingir.

Outro aspecto que merece uma análise especial é quanto ao momento da interrupção da prescrição. De acordo com o art. 202 do Código Civil a interrupção da prescrição se dá “*por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual.*”

Com a aplicação do art. 285-A o despacho determinando a citação do réu, se ocorrer, será para responder a apelação do autor, já após a sentença. É certo que, neste caso, a interrupção da prescrição não será com o despacho que ordenar a citação, já após a análise do mérito do processo.

A prescrição é uma consequência jurídica em razão da inércia do titular de um direito. Tendo havido julgamento de mérito do processo, não há como se falar em inércia do autor, pelo que não há como se entender interrompida a prescrição em momento posterior à própria prolação da sentença.

Desta forma, com a aplicação do art. 285-A do CPC, o momento da interrupção da prescrição será a sentença de mérito e não o despacho ordenando a citação. Nos termos do §1º do art. 219 do CPC, a interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.

Ressalte-se, ainda, que comungamos do entendimento que, transitada em julgado a sentença que julgar improcedente a demanda, sem a participação do réu, este deverá ser notificado da decisão. Embora não haja previsão legal neste sentido, aplica-se ao caso, em analogia, o § 6º do art. 219 do CPC¹⁸⁴. Faz-se essencial esta comunicação, até para que o réu possa alegar coisa julgada em eventual nova ação que o autor propuser.

É importante notar, também, que a aplicação do art. 285-A do CPC não é incompatível com o §1º do art.

518 do CPC que prevê que “*o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal*”. Pode, assim, o magistrado não receber a apelação do autor, contra a sentença julgada de forma imediata. Desta decisão caberá agravo de instrumento.

Vejamos, ainda, que o art. 285-A pode ser aplicado no âmbito dos Juizados Especiais. É que as leis nº 9.099/95 e 10.259/01, que regulam os Juizados Especiais Estaduais e Federais, respectivamente, prevêem que o Código Processual Civil terá aplicação supletiva àqueles diplomas.

Não havendo qualquer incompatibilidade no rito dos Juizados Especiais com a aplicabilidade do art. 285-A do CPC, não há razão para se negar a aplicação deste artigo também no âmbito dos Juizados. Ao contrário, este dispositivo se coaduna perfeitamente com os princípios da celeridade, simplicidade e economia processual que orientam o julgamento nos Juizados Especiais.

Por fim, vale analisar a aplicabilidade do art. 285-A do CPC para os processos que já se encontravam em curso, quando da entrada em vigência da lei. Consoante sabido, a lei processual tem aplicação imediata, atingindo os processos já em andamento. Assim, o art. 285-A do CPC pode ser aplicado para as ações que, na época em que a lei entrou em vigor, já haviam sido propostas, mas ainda não havia sido realizada a citação do réu¹⁸⁵. Mesmo nos casos em que o juiz já havia

¹⁸⁴ Dispositivo com a seguinte redação: “Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.(...)”

§ 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.

§ 6º Passada em julgado a sentença, a que se refere o parágrafo anterior, o escrivão comunicará ao réu o resultado do julgamento.”

¹⁸⁵ Vale ressaltar que há quem entenda a possibilidade de aplicação do art. 285-A do CPC após a citação do réu. Não compartilhamos deste entendimento. Após a citação do demandado, o magistrado deverá se utilizar do julgamento antecipado da lide, e não mais do art. 285-A, caso entenda que a matéria é exclusivamente de direito e que já está pronta para julgamento. Entendendo pela possibilidade de aplicação do art. 285-A após a citação do réu: “Vamos lembrar que, para propor ou *contestar* a ação, é necessário ter interesse e legitimidade (CPC, 3º), sendo extreme de dúvida que o maior interesse do réu após ser citado é o de ver o pedido do autor julgado improcedente. Por tal razão, a resposta à indagação é *positiva*, vale dizer, teria o réu direito subjetivo, mesmo após ter sido citado, de pleitear a *resolução imediata* se presentes os requisitos legais do art. 285-A, o que poderá ser facilmente constatado a partir da existência dos *precedentes equivalentes*.” (RAMOS, Glauco Gumerato. Op. cit., p. 388).

determinado a citação do réu, não tendo esta ainda sido efetivada, poderá o juiz retratar-se e aplicar o novo dispositivo ao caso, sentenciando de forma imediata.

Conclusão

Pelo o que foi exposto, podemos concluir que o art. 285-A do CPC encontra-se em perfeita consonância com os princípios processuais insertos na Constituição Federal do Brasil e, estando-se atento as inúmeras implicações processuais práticas que advém desta reforma, o dispositivo tem enorme potencialidade de contribuir positivamente com a celeridade processual, reduzindo-se o tempo de duração dos processos, sem violar qualquer garantia dos jurisdicionados.

Esperamos, assim, que seja devidamente aplicado o dispositivo, a fim de que seja atingido o escopo pelo qual a mesma foi criada: uma resposta mais célere às demandas postas em juízo.

Referências

ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *As novas reformas do processo civil*. Curitiba: Juruá, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do código de processo civil, vol. 2: comentários sistemáticos às Leis n. 11.276, de 7-2-2006, 11.277, de 7-2-2006, e 11.280, de 16-2-2006*, 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. “Considerações acerca da improcedência liminar nas ações repetitivas: um estudo sobre a compatibilidade do art. 285-A do código de processo civil com o sistema processual vigente.” In CAVALCANTI, Bruno; ELALI, André; VAREJÃO, José Ricardo. *Novos Temas de Processo Civil*. São Paulo: MP, 2006.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Primeiras impressões sobre o art. 285-A do CPC: julgamento imediato de processos repetitivos – uma racionalização para as demandas de massa*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, n. 39, jun. 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. “Julgamento de causas repetitivas: improcedência *prima facie*”. In JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil: comentários às Leis n. 11.187 e 11.232, de 2005; 11.276, 11.277 e 11.280, de 2006*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Ações repetitivas e julgamento liminar*. Disponível em:

<http://www.professormarinoni.com.br/admin/users/35.pdf>

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RAMOS, Glauco Gumerato. *Reforma do CDC: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 e 2006 do código de processo civil: de acordo com as lei n. 11.187 e 11.323, de 2005, e 11.276, 11.277 e 11.280, de 2006*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo: o dogma da relevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas processuais do código de processo civil: leis nº 11.187, de 19.10.2005; 11.232, de 22.12.2005; 11.276 e 11.277, de 07.02.2006; e 11.280, de 16.02.2006*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

A EFETIVIDADE DA “INTIMAÇÃO PARA PROTECÇÃO DE DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS” EM PORTUGAL

Aldo Nogueira Venâncio *

SUMÁRIO: *Considerações iniciais; 1. O Contencioso Administrativo e a Constituição; 2. As intimações no Direito Português; 3. A “intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias”; 3.1 Definição e Natureza Jurídica; 3.2 Pressupostos; 3.3 Legitimidade e Competência; 3.4 Rito Processual; 3.5 Sentença; 3.6 Recursos; 4. Consulta ao sistema informatizado dos Tribunais Administrativos e Fiscais; Considerações finais; Referências*

Considerações iniciais

Neste trabalho dissertaremos sobre a “intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias”, um inovador instrumento processual da justiça administrativa em Portugal e que até o presente momento apresenta inúmeras discussões e incertezas.

Para isso, inicialmente faremos uma breve explanação sobre a relação entre o contencioso administrativo e a constituição, adentrando na questão da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais efetuada pelo Código de Processo nos Tribunais Administrativos com a instituição das “intimações”, mais especificamente da “intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias”, definindo-a e estudando sua natureza jurídica, pressupostos processuais, legitimidade para ajuizamento e competência para julgamento, marcha processual, efeitos da sentença e recursos. Com o objetivo de verificar a real utilização e a efetividade da proteção jurídica pretendida,

* Advogado. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Pós-Graduado em Direito Público pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais, Pós-Graduado em Contencioso Administrativo e Mestrando em Direito Público na Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa com o apoio do Programa Alban da União Européia.

recorremos ao sistema informático dos Tribunais Administrativos e Fiscais, consultando a distribuição destas intimações a partir do início da vigência do novo Código de Processo nos Tribunais Administrativos - que ocorreu em 01 de janeiro de 2004 - até o dia 31 de janeiro de 2007, realizando por fim algumas considerações a este respeito.

1. O contencioso administrativo e a constituição

A relação entre o contencioso administrativo e a constituição é uma questão de extrema relevância considerando a necessária cooperação entre a doutrina constitucional e a doutrina administrativa. Para Vasco Pereira da Silva¹⁸⁶ constituem uma relação tão intrínseca como a existente entre dois irmãos siameses, ou seja, uma relação onde um depende do outro. Ensina o mesmo autor citando Ould Bouboutt que “o Direito Administrativo actual existe, modifica-se e desaparece, tanto em sentido formal como em sentido material, em conjugação com – e indissociavelmente ligado ao – Direito Constitucional” e citando Fritz Werner, que “o contencioso administrativo é direito constitucional concretizado”, explicando posteriormente que os direitos fundamentais necessitam de meios contenciosos adequados para que se possa assegurar sua tutela plena e efetiva.¹⁸⁷

É notório que nos dias atuais, a justiça administrativa deixa a sua natureza essencialmente objetiva, de tutela exclusiva da legalidade e do interesse público, vindo a assumir uma natureza fortemente subjetiva, de defesa dos direitos e interesses também dos

¹⁸⁶ SILVA, Vasco Pereira da. *Ventos de mudança no Contencioso Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 63.

¹⁸⁷ Continuando a explicitar a questão, Vasco Pereira da Silva aduz: “De facto, não é possível, num determinado país, falar em tutela de direitos fundamentais sem garantias jurisdicionais, sem a existência de um contencioso administrativo adequado para garantir uma tutela plena e efectiva dos direitos dos particulares nas relações administrativas. Pelo que, também por esta via, o “destino” da Constituição se joga no contencioso administrativo, não sendo possível dissociar o Direito Constitucional da sua realização por intermédio da actuação dos tribunais administrativos.” (SILVA, Vasco Pereira da. *Ventos de mudança no Contencioso Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 66)

particulares, conforme ditame constitucional que estabelece as garantias dos administrados, assegurando-lhes uma proteção plena de seus direitos e interesses legalmente protegidos perante a Administração.

Podemos argumentar de forma singela que a comprovação da natureza essencialmente subjetiva da justiça administrativa está na Constituição da República Portuguesa, em seu art. 268, n°4, que traça alguns dos direitos e garantias dos Administrados¹⁸⁸.

O art. 268 da Constituição Portuguesa define as garantias dos administrados nas suas relações com a Administração, principalmente o princípio da “*justiciabilidade dos atos da Administração*”, assegurado por um direito fundamental específico de acesso aos tribunais administrativos, um “*direito a um procedimento*”¹⁸⁹. Podemos aduzir que trata-se de um claro reconhecimento do “*princípio da tutela jurisdicional efetiva dos direitos e interesses dos particulares*”¹⁹⁰. É necessário ressaltar aqui também que a proteção efetiva dos direitos dos administrados constitui o núcleo essencial da justiça administrativa¹⁹¹.

No Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), aprovado pela Lei n° 15 de 22 de fevereiro de 2002, a natureza essencialmente subjetiva do contencioso administrativo é explicitada pelo legislador ordinário, que trouxe ao mundo jurídico outros meios processuais que concorrem com o tradicional contencioso de anulação. O antigo recurso contencioso de anulação foi convertido num processo de impugnação de

atos e normas e de condenação à prática de ato administrativo devido, cujos pedidos seguem a forma de “*ação administrativa especial*” conforme os artigos 46 e seguintes, perdendo a natureza declarativa para se apresentar com uma nova natureza constitutiva e condenatória. Também surgiram diversos processos constitutivos e de condenação que conforme artigos 37 e seguintes foram agrupados pela forma da “*ação administrativa comum*”, e novos processos urgentes, como a “*impugnação de atos administrativos em matéria eleitoral*”, prevista no art. 97 e seguintes e a “*intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias*”, explicitada no art. 109 e seguintes. O CPTA em seu art. 112 e seguintes garante também em termos gerais as providências cautelares especificadas e não especificadas e no art. 157 e seguintes, os poderes do juiz são reforçados no processo de execução de sentenças¹⁹².

O art. 20°, n° 4 e n° 5 da Constituição Portuguesa aduz respectivamente que “*todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo*”, e que “*para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos*”. O art. 2, n° 1 do CPTA, abrangendo tais ditames, proclama o “*princípio da tutela jurisdicional efectiva*”.

Como direito fundamental, tanto no plano do direito interno quanto no direito internacional, o “*direito de acesso aos tribunais*” deve alcançar um significado bem mais abrangente, que passa pela necessidade de se prever instrumentos próprios de tutela das situações de urgência, que não os tradicionais procedimentos cautelares¹⁹³.

¹⁸⁸ Artigo 268.º (Direitos e garantias dos administrados): “*É garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas.*”

¹⁸⁹ Segundo ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A justiça administrativa (Lições)*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 46.

¹⁹⁰ Conforme DAVID, Sofia. *Das intimações. Considerações sobre uma (nova) tutela de urgência no código de processo nos tribunais administrativos*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 18.

¹⁹¹ Neste diapasão ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A justiça administrativa (Lições)*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 11.

¹⁹² Conforme ensinamentos de DAVID, Sofia. *Das intimações. Considerações sobre uma (nova) tutela de urgência no código de processo nos tribunais administrativos*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 18

¹⁹³ Segundo FIRMINO, Ana Sofia. A intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias. In: SILVA, Vasco Pereira (Coord). *Novas e velhas andanças do contencioso administrativo. Estudos sobre a reforma do processo administrativo*. Lisboa: AAFDL - Associação

Os direitos fundamentais, num Estado de Direito, devem receber proteção jurisdicional e só assim valerão inteiramente como direitos¹⁹⁴. A concretização dos direitos fundamentais não é possível sem que existam meios contenciosos adequados, de forma a assegurar a sua tutela plena e efetiva¹⁹⁵.

A “intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias”, objeto deste estudo, corresponde portanto a uma resposta ao ditame constitucional introduzido pela revisão constitucional de 1997, através do n.º 5 do artigo 20º¹⁹⁶.

Várias tentativas de se introduzir um novo meio processual para garantir direitos fundamentais foram realizadas em Portugal antes e depois da citada revisão constitucional. No entanto, o artigo 20º, n.º 5 da Constituição sendo uma norma não exequível por si mesma, deixou ao legislador uma ampla margem de escolha, desde o “mandado de segurança” do Brasil, ao “recurso de amparo” da Espanha ou a “acção constitucional de defesa” que aparecia em alguns projetos de revisão constitucional apresentados em 1996¹⁹⁷. Os doutrinadores portugueses em geral explicitam comentários acerca da dificuldade em se delimitar o sentido da norma constitucional discutida¹⁹⁸.

Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005, p. 358.

¹⁹⁴ Conforme grande lição de MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 256.

¹⁹⁵ Segundo SILVA, Vasco Pereira da. *O Contencioso Administrativo como Direito Constitucional concretizado ou ainda por concretizar (?)*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 5.

¹⁹⁶ O n.º 5 do artigo 20º expressa que “para a defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil, contra ameaças ou violações desses direitos.”

¹⁹⁷ Como relembra MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 368.

¹⁹⁸ Por exemplo CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 501.

2. As intimações no direito português

Visando atender os ditames constitucionais e os expressos no CPTA - Código de Processo nos Tribunais Administrativos -, introduziu-se no contencioso administrativo português novos meios processuais urgentes, cautelares e autônomos, como as intimações previstas no Capítulo II do Título IV do CPTA, explicitamente a “intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões” e a “intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias.”

As intimações foram introduzidas no contencioso administrativo português com a entrada em vigor do Decreto Lei n.º 267/85 de 16 de julho que aprovou a Lei de Processo dos Tribunais Administrativos (LPTA), prevendo em seu art. 82 e seguintes a “intimação para a consulta de documentos ou passagem de certidões” e em seu art. 86 e seguintes a “intimação para um comportamento”, como meios processuais acessórios, o que na época constituiu uma inovação legislativa tendo em vista que até a entrada em vigor do aludido diploma, os meios processuais acessórios não estavam tratados de forma sistematizada. Para bem definir as intimações, recorremos aos ensinamentos de José Carlos Vieira de Andrade que assim as define: “trata-se de processos urgentes de condenação, que visam a imposição judicial, em regra dirigida à Administração, da adopção de comportamentos (no sentido mais amplo, em que se englobam acções ou omissões, operações materiais ou simples actos jurídicos), e também, designadamente no caso da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, para a prática de actos administrativos.”¹⁹⁹

O novo CPTA autonomizou, dando celeridade ao processo de intimação para prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões e o processo de “intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias”. A antiga intimação para um comportamento prevista na LPTA ganhou no novo diploma legal o nome de “intimação para a adopção ou

¹⁹⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A justiça administrativa (Lições)*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 258.

abstenção de uma conduta por parte da Administração ou de um particular” estando prevista na alínea f do n° 2 do art. 112 do CPTA e possuindo ao contrário das demais, uma natureza explicitamente cautelar.

3. A “intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias”

3.1 Definição e Natureza Jurídica

A “intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias” é uma inovação que o novo Código de Processo nos Tribunais Administrativos traz para a legislação portuguesa. Tal intimação é um meio processual autónomo, que se caracteriza pela urgência, brevidade, simplicidade e por conceder poderes amplos ao juiz, permitindo-lhe através de um processo ainda cognitivo, sumário, formular ordens à Administração, o que conforme ensinamentos de Sofia David²⁰⁰ comprova a tendência de inversão do tradicional contencioso administrativo, baseado no princípio da divisão de poderes, avesso a qualquer tipo de interferência do poder judicial e focado num contencioso de anulação, de cognição plena, para um novo contencioso marcadamente subjetivo, em que o princípio da tutela jurisdicional efetiva e do direito de acesso à justiça em prazo razoável justifica a consagração de uma jurisdição plena, mesmo em processos de cognição sumária, onde é necessário a garantia de um equilíbrio entre a plenitude da defesa dos direitos e interesses dos particulares e a defesa do interesse público.

A intimação objeto deste estudo pode ser considerada como um novo processo urgente, dotado de autonomia e celeridade, permitindo assim que decisões de mérito indispensáveis para assegurar o exercício em tempo útil de um direito, liberdade ou garantia sejam proferidas com agilidade.

O art. 109, n° 1 do CPTA explicita que tal intimação pode ser requerida quando a célere emissão de uma decisão de mérito que imponha à Administração a

adoção de uma conduta positiva ou negativa que se revele indispensável para assegurar o exercício, em tempo útil, de um direito, liberdade ou garantia, por não ser possível ou suficiente, nas circunstâncias do caso, o decretamento provisório de uma providência cautelar. Continua o n° 2 do mesmo artigo a expressar que a intimação também pode ser dirigida contra particulares, designadamente concessionários, nomeadamente para suprir a omissão, por parte da Administração, das providências adequadas a prevenir ou reprimir condutas lesivas dos direitos, liberdades e garantias do interessado.

A “intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias” distingue-se dos procedimentos cautelares, uma vez que implica na emissão de uma decisão definitiva, antecipando o mérito da questão em lide, pondo fim à esta e formando coisa julgada material. Também distingue-se dos demais meios processuais do contencioso administrativo por seguir um rito processual muito ágil e simples, tendo como desfecho uma intimação, uma condenação dirigida à Administração ou a particulares (concessionários), para que adotem uma conduta positiva ou negativa, visando assegurar o exercício em tempo hábil de um direito, liberdade e garantia. É possível também utilizar este instrumento para pedir a condenação na realização de uma prestação que não envolva a prática de um ato administrativo e sim de uma mera operação material. Também, segundo o art. 109º, n° 3, se o pedido for um ato administrativo estritamente vinculado, a sentença pode produzir os efeitos do ato devido, tendo portanto um conteúdo substitutivo.

De acordo com os ensinamentos de Mário Aroso de Almeida²⁰¹ trata-se de um instrumento que se define pelo conteúdo impositivo, condenatório, da tutela jurisdicional a que se dirige, cobrindo, de modo transversal, todo o universo das relações jurídico-administrativas, podendo o seu campo de aplicação sobrepor-se ao da “*acção administrativa comum*” – quando a tutela do direito fundamental passe pela adoção ou abstenção de uma conduta ou pela realização de uma

²⁰⁰ DAVID, Sofia. *Das intimações. Considerações sobre uma (nova) tutela de urgência no código de processo nos tribunais administrativos*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 20

²⁰¹ ALMEIDA, Mário Aroso de. *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 239

prestação por parte da Administração que não envolva a prática de um ato administrativo, ou pela adoção ou abstenção de uma conduta por um particular, - como pode sobrepor-se ao da “*acção administrativa especial*” – quando a tutela do direito fundamental exija a prática de um ato administrativo ilegalmente recusado ou omitido e, portanto, passe pela condenação da Administração à prática do ato devido, bastando que se preencham os pressupostos de urgência de que depende a sua utilização.

A resolução de conflitos jurídico-administrativos em matéria ambiental por exemplo, quer digam respeito a relações entre particulares, quer a atuações ou omissões da Administração lesivas do ambiente, pode ser plenamente alcançada por via da “*intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias*”²⁰². Segundo Isabel Celeste M. Fonseca²⁰³, a intimação em análise, como um processo urgente para defesa de direitos fundamentais que se caracteriza pela sua celeridade e prioridade, aproximando o modelo de garantias contenciosas previsto na lei processual com o modelo constitucional, é neste momento, dada a sua novidade, “*um processo arcano*” devido a suas muitas incertezas, visto que trata-se de um processo sobre o qual ainda pouco se disse, sobre o qual ainda não há muitos estudos e jurisprudência.

3.2 Pressupostos

Sobre o âmbito dos direitos, liberdades e garantias, a Constituição da República Portuguesa, em seu título II, referente aos direitos, liberdades e garantias, divide-se em três capítulos dedicados sucessivamente a “*direitos, liberdades e garantias pessoais*”, “*direitos, liberdades e garantias de participação política*” e “*direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores*”. O critério que justifica tal divisão está relacionado aos três níveis históricos de consolidação dos direitos fundamentais, desde os primeiros direitos do cidadão

enquanto integrante de uma comunidade, até os direitos trabalhistas, que visam garantir os interesses dos cidadãos nas suas relações de trabalho. Os direitos de natureza pessoal se referem às pessoas, num sentido genérico do termo, os direitos de natureza política se referem aos cidadãos enquanto membros de uma comunidade ou coletividade política, e os direitos dos trabalhadores se referem “*às pessoas qualificadas de acordo com o seu estatuto nas relações de produção e de trabalho*”²⁰⁴.

Entendemos que a “*intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias*” pode ser utilizada para protecção de todos os direitos, liberdades e garantias, sejam estes pessoais ou não, inclusive aqueles de natureza análoga aos direitos fundamentais, e não apenas aqueles constantes do texto constitucional, bem como os provenientes da lei e do direito internacional, servindo então como um instrumento efetivo de tutela de tais direitos.

Interessante atentar-nos também ao fato de que a lei exige como pressuposto da “*intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias*”, que não seja possível ou suficiente o decretamento provisório de uma providência cautelar. Sobre esta questão, concordamos com José Carlos Vieira de Andrade²⁰⁵ que faz uma crítica ao legislador, ao expor que esta condição parece pleonástica e, nessa medida, passível de gerar confusões, pois se é indispensável uma decisão de mérito urgente para evitar a lesão do direito, então isso exclui automaticamente a admissibilidade de um processo cautelar. Salienta que o decretamento provisório da providência também é urgente e pode ser conseguido no prazo de 48 horas (artigo 131º), mas não tem sentido quando a questão de fundo deva ser resolvida imediatamente, porque as providências cautelares, por definição, não podem ser utilizadas para obter resultados definitivos.

Ou seja, a expressão legal “*que não seja possível ou suficiente o decretamento provisório de uma*

²⁰² Conforme exemplifica FONSECA, Isabel Celeste M. *Dos novos processos urgentes no contencioso administrativo*. Lisboa: Lex Editora, 2004, p. 76.

²⁰³ FONSECA, Isabel Celeste M. *Dos novos processos urgentes no contencioso administrativo*. Lisboa: Lex Editora, 2004, p. 75.

²⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 108.

²⁰⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A justiça administrativa (Lições)*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 263.

providência cautelar”, quer nos mostrar o caráter excepcional da intimação, confirmando que em casos onde a necessidade da decisão não se apresente tão urgente, ainda que esteja em causa o exercício de um direito, liberdade e garantia, deve ser utilizada a ação normal, através de providências cautelares.

Os relativos conceitos expostos no texto legal de “*indispensabilidade*” e “*urgência*” deverão ser apreciados pelo magistrado diante de um caso concreto, exercendo obviamente uma discricionariedade, que também será exercida ao verificar-se a impossibilidade de se decretar uma medida cautelar substitutiva ou de insuficiência desta medida. É certo também que estando em causa a tutela jurisdicional de direitos, liberdades e garantias, a interpretação de quaisquer destes conceitos deverá ser feita da maneira mais ampla possível, garantindo o cumprimento dos preceitos constitucionais já expostos alhures.

O requerente da “*intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias*” deverá juntamente com o articulado na peça vestibular, fazer prova sumária: a) da impossibilidade ou insuficiência do decretamento provisório de qualquer providência cautelar; b) da inexistência de qualquer outro meio processual especial de defesa do direito, liberdade e garantia ameaçado; c) da indispensabilidade do uso da intimação para tutelar o seu direito, que de outro modo ficará irreversivelmente perdido²⁰⁶.

Não estando presentes os pressupostos de admissibilidade da “*intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias*”, deverá o magistrado convalidar o processo de intimação num processo cautelar²⁰⁷.

²⁰⁶ Sobre a questão nos ensina GOMES, Carla Amado. Pretexto, contexto e texto da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*. Volume V, Direito Público. Coimbra: Almedina, 2003, p. 562.

²⁰⁷ Neste sentido, ALMEIDA, Mário Aroso de. *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2004, p. 275 e GOMES, Carla Amado. Pretexto, contexto e texto da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*. Volume V, Direito Público. Coimbra: Almedina, 2003. p. 562.

Ressaltamos também que se o requerente por sua responsabilidade deixar de exercer algum ato que deveria exercer e por conta desta sua negligência surge a necessidade da célere emissão de uma decisão de intimação, deixa de haver o pressuposto da urgência, não podendo o pedido ser deferido. Carla Amado Gomes²⁰⁸ dá-nos o exemplo de alguém impedido de sair do território nacional em determinada data por falta de passaporte. Se este alguém não formulou o pedido de passaporte junto das autoridades competentes em tempo hábil não poderá valer-se da intimação, ainda que alegue afronta ao art. 44º da CRP²⁰⁹.

3.3 Legitimidade e Competência

A legitimidade ativa para propositura desta intimação pertence a qualquer titular de direitos, liberdades e garantias que prove a necessidade de se assegurar de forma célere tais direitos, e ao Ministério Público no exercício da “*ação popular*”.

Importante ressaltar também que conforme o art. 9º, nº 2 do CPTA independentemente de ter interesse pessoal na demanda, qualquer pessoa, bem como as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público possuem legitimidade para propor e intervir, conforme os termos legais, em processos principais e cautelares destinados à defesa de valores e bens constitucionalmente protegidos, como a saúde pública, o ambiente, o urbanismo, o ordenamento do território, a qualidade de vida, o património cultural e os bens do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais.

Alguns doutrinadores entendem que sendo a intimação uma ação de caráter subjetivista, não deve ser

²⁰⁸ GOMES, Carla Amado. Pretexto, contexto e texto da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*. Volume V, Direito Público. Coimbra: Almedina, 2003, p. 125.

²⁰⁹ Artigo 44.º (Direito de deslocação e de emigração): “1. A todos os cidadãos é garantido o direito de se deslocarem e fixarem livremente em qualquer parte do território nacional. 2. A todos é garantido o direito de emigrar ou de sair do território nacional e o direito de regressar.”

reconhecido ao Ministério Público legitimidade para intervir, uma vez que o âmbito da intimação é constituído por direitos estruturalmente individuais, de fruição particular, que não se confundem com direitos de fruição coletiva de bens inapropriáveis, não havendo legitimidade popular para ajuizar pedidos de intimação²¹⁰.

No que tange à legitimidade passiva, a intimação pode ser proposta contra a pessoa coletiva pública ou ao Ministério onde está inserido o órgão a quem se intima para adotar uma conduta e também contra particulares (concessionários).

Apesar de a legitimidade passiva pertencer à pessoa coletiva ou Ministério, deve-se identificar sempre que possível a autoridade competente que será diretamente citada e intimada, tendo em vista o carácter urgente do processo²¹¹.

Entendemos também ser aplicável na “*intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias*” as regras relativas ao litisconsórcio seja ele passivo, ativo, voluntário ou necessário, expressos nos artigos 27º e seguintes do Código de Processo Civil, bem como as regras de coligação previstas no artigo 12º do CPTA.

Conforme o artigo 20º, nº 5 do CPTA e o artigo 44º, nº 1 do ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, o pedido de “*intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias*” será proposto no tribunal da localidade onde terá lugar o comportamento ou a omissão pretendida pelo requerente.

3.4 Rito Processual

A tramitação do processo de “*intimação de protecção de direitos, liberdades e garantias*” tendo em vista sua urgência, é extremamente rápida e simples, seguindo a marcha processual prevista no art. 110º e 111º do CPTA. Conforme o art. 36º, nº2, o processo corre em férias, com dispensa de vistos prévios, ainda que

²¹⁰ Como GOMES, Carla Amado. Pretexto, contexto e texto da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*. Volume V, Direito Público. Coimbra: Almedina, 2003, p. 562.

²¹¹ Neste sentido ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A justiça administrativa (Lições)*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 264

em fase de recurso jurisdicional, e os atos de secretaria são praticados no mesmo dia, com precedência sobre quaisquer outros.

O processo, sempre urgente, deve ser dotado da celeridade que for adequada às particularidades do caso concreto, tendo o juiz a prerrogativa desta avaliação subjetiva da urgência destinada à protecção dos direitos fundamentais, numa clara manifestação do preceito constitucional do juiz como responsável direto pelo cumprimento dos ditames constitucionais e do princípio da adequação formal explicitado no art. 265º - A do Código de Processo Civil Português que obriga o magistrado a adequar a tramitação processual à realização da finalidade de qualquer processo.

Conforme o art. 110º e 111º do CPTA, apresentado o requerimento em duplicado, o juiz visando o contraditório, ordena a notificação do requerido, com remessa do duplicado, para responder no prazo de sete dias. Depois de concluídas as diligências necessárias, o juiz decide no prazo de cinco dias. Porém, em situações de especial urgência, verificando o juiz a possibilidade de lesão iminente e irreversível do direito, liberdade ou garantia, este pode encurtar o prazo de sete dias para apresentação da resposta do requerido ou optar pela realização de uma audiência oral no prazo de quarenta e oito horas, decidindo então a lide de imediato. A oitiva do requerido pode ser realizada por qualquer meio de comunicação que se revele adequado.

Caso a complexidade da matéria o justifique, o juiz pode determinar que o processo siga a tramitação estabelecida para a “*acção administrativa especial*”, designadamente a tramitação estabelecida nos artigos 78º e seguintes do CPTA, sendo nesse caso os prazos reduzidos pela metade. Somente se seguir a tramitação estabelecida para a “*acção administrativa especial*”, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente, podendo solicitar a realização de diligências instrutórias, bem como pronunciar-se sobre o mérito da causa, em defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, conforme art. 85º, nº 2 do CPTA.

Em relação à tramitação da “*intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias*”, Mário

Aroso de Almeida²¹² a classifica em 4 espécies, segundo a maior ou menor urgência. Assim, o “*modelo normal*”, que corresponde a uma situação de “*urgência normal*”, é regulado pelo artigo 110º, nº 1 e nº 2. Por outro lado, o art. 110º, nº 3 prevê um modelo “*mais lento do que o normal*”, para situações de “*urgência normal*”, mas cuja apreciação se reveste de uma complexidade que o justifique. Em casos de especial urgência, deve ser aplicado o “*modelo mais rápido que o normal*”, com a regulação do artigo 110º, nº 1 e nº 2, mas com prazo de resposta menor, consoante art. 111º, nº 1. E finalmente, em casos de máxima, extrema urgência, seguirá o “*modelo ultra-rápido*”, em que o juiz opta pela realização, no prazo de quarenta e oito horas, de uma audiência oral, ou a oitiva do requerido por qualquer outro meio de comunicação, conforme art. 111º, nº 1 e 2 do CPTA.

Necessário aqui expor a importante consideração de Luís Filipe Colaço Antunes²¹³ que expressa que a preocupação maior do juiz deve ser sempre julgar bem, e ao contrário do que se pensa, julgar rapidamente não ajuda necessariamente a uma tutela efetiva dos direitos dos cidadãos. Sendo assim, além de julgar num tempo hábil para que o direito, liberdade ou garantia do cidadão não seja prejudicado, é necessário que o juiz tenha consciência da importância da causa em lide.

O conceito de prazo razoável para o julgamento de uma lide é entendido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), a partir de um conjunto de três pressupostos: a complexidade do caso, o modo como as autoridades judiciais conduzem o processo, e o comportamento mais ou menos diligente do requerente. O TEDH também entende que os Estados só conseguem cumprir a obrigação de julgar em tempo razoável as lides levadas à sua apreciação se, no seu ordenamento jurídico interno existirem instrumentos aceleradores, ou mesmo

processos urgentes ou próprios para proporcionar aos cidadãos uma proteção adequada em certas situações²¹⁴.

3.5 Sentença

Na “*intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias*”, a sentença produz coisa julgada material, consubstanciando uma intimação, uma ordem emitida à Administração ou a particulares (concessionários), para que adotem uma conduta positiva ou negativa, indispensável para assegurar o exercício em tempo útil de um direito, liberdade ou garantia. A conduta a ser exercida pela Administração tanto pode configurar um ato administrativo, como uma mera operação material²¹⁵.

Segundo o art. 111º, nº3, a notificação da sentença é feita de imediato a quem a deva cumprir, nos termos gerais aplicáveis aos processos urgentes. Também conforme o artigo 110º, nº 4, na sua decisão o juiz deve determinar o comportamento concreto a que o destinatário é intimado e, sendo caso disso, o prazo para o cumprimento e o responsável por tal. O não cumprimento da intimação sujeita o responsável – inclusive particulares - ao pagamento de uma sanção pecuniária compulsória, fixada pelo juiz na sentença ou em posterior despacho, conforme art. 169º do CPTA, sem prejuízo da responsabilidade civil, disciplinar e criminal que possa ser imputada, conforme ditames do art. 159º do CPTA. Pelo exposto, é desnecessário o recurso ao processo de execução de sentenças ditado nos artigos 157º e seguintes do CPTA, visto que a intimação objetiva um comportamento concreto do requerido.

Ressaltamos novamente que, segundo o art. 109º, nº 3 do CPTA se o pedido for um ato administrativo

²¹² ALMEIDA, Mário Aroso de. *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 240.

²¹³ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *Para um direito administrativo de garantia do cidadão e da Administração*. Tradição e Reforma. Coimbra: Almedina, 2000, p. 91.

²¹⁴ Conforme ensina FIRMINO, Ana Sofia. A intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias. In: SILVA, Vasco Pereira (Coord). *Novas e velhas andanças do contencioso administrativo. Estudos sobre a reforma do processo administrativo*. Lisboa: AAFDL - Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005, p.362.

²¹⁵ Conforme lição de DAVID, Sofia. *Das intimações. Considerações sobre uma (nova) tutela de urgência no código de processo nos tribunais administrativos*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 152.

estritamente vinculado, a sentença pode produzir os efeitos do ato devido, tendo portanto um conteúdo substitutivo.

Não se admite no caso da “*intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias*” a invocação de causa legítima de inexecução da sentença, ou seja, de impossibilidade ou de grave lesão para o interesse público decorrente do cumprimento da sentença²¹⁶.

3.6 Recursos

Segundo o artigo 142º n° 3, alínea a) do CPTA é sempre admissível recurso, seja qual for o valor da causa, das decisões de improcedência de pedidos de “*intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias*”, devendo ser utilizado no caso o recurso de apelação para o TCA - Secção de Contencioso Administrativo.

Caso a Administração ou o particular demandado (concessionário) deseje recorrer da sentença de intimação, tal possibilidade depende do valor da causa, que terá de exceder a alçada do tribunal do qual se recorre, ou como nos ensina Sofia David²¹⁷ deverá exceder o valor do TAC, havendo recurso para o TCA – Secção de Contencioso Administrativo, conforme artigos 32º a 34º e 142º, n° 1 do CPTA.

Para alguns doutrinadores, não se aplica à intimação a limitação derivada da introdução das alçadas na jurisdição administrativa, por conta da relevância dos direitos ou dos valores comunitários em questão²¹⁸.

O artigo 143º, n° 2 do CPTA aduz que os recursos interpostos de “*intimações para protecção de direitos, liberdades e garantias*” terão efeitos meramente devolutivos, visando com isso assegurar uma protecção

²¹⁶ Ressaltado por ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A justiça administrativa (Lições)*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 266.

²¹⁷ DAVID, Sofia. *Das intimações. Considerações sobre uma (nova) tutela de urgência no código de processo nos tribunais administrativos*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 134.

²¹⁸ Como exemplo ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A justiça administrativa (Lições)*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 267.

efetiva dos direitos, liberdades e garantias do requerente, já reconhecidos em primeira instância.

4. Consulta ao sistema informatizado dos tribunais administrativos e fiscais

Com o objetivo de verificar a real utilização e a efetividade da “*intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias*” no direito português, recorremos ao sistema informático dos Tribunais Administrativos e Fiscais em Portugal, consultando a distribuição destes processos a partir do início da vigência do novo CPTA em 01 de janeiro de 2004 até o dia 31 de janeiro de 2007 e o resultado sintético da distribuição está expresso na tabela a seguir:

TABELA 1.
DISTRIBUIÇÃO DE “INTIMAÇÃO PARA PROTECÇÃO DE DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS” NOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS E FISCAIS (TAF) NO PERÍODO DE 01/01/2004 A 31/01/2007

TAF/ANO	2004	2005	2006	2007(Jan)	TOTAL
PORTO	9	9	12	2	32
PENAFIEL	1	2	3		6
BRAGA	2	8	5		15
LEIRIA	2	6	2		10
COIMBRA	2	3	10	2	17
LISBOA	23	20	23		66
SINTRA	4	2	6	1	13
FUNCHAL	7	1	1		9
P.DELGADA	1	1			2
LOURES(LIS2)	1	2			3
MIRANDELA	3	3	2		8
BEJA	1				1
CAST.BRANCO	4	1	2		7
ALMADA	1	4	1		6
VISEU	6	8	1	4	19
LOULÉ	2	1	3	2	8
TOTAL	69	71	71	11	222

Fonte: Sistema informático dos Tribunais Administrativos e Fiscais em Portugal. www.taf.mj.pt



Figura 1.
Localização dos Tribunais Administrativos e Fiscais em Portugal. Fonte: www.taf.mj.pt

Pelo resultado exposto acima, constatamos que até 31 de janeiro de 2007 foram distribuídos 222 processos de “*intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias*”, nos TAF – Tribunais Administrativos e Fiscais localizados em Portugal, numa média de distribuição anual de 70 processos desta espécie, sendo o TAF de Lisboa e do Porto os que concentram o maior número destes, com 66 e 32 processos respectivamente e os Tribunais de Ponta Delgada, Beja e Loures os que menos possuem processos desta matéria distribuídos.

Numa análise superficial dos dados constantes da pesquisa no no que se refere à titularidade daqueles que figuram nos processos como Requerido, podemos concluir que tal instrumento processual tem sido utilizado predominantemente em questões relacionadas à Educação, numa clara protecção do direito previsto no artigo 43º da

Constituição da República Portuguesa²¹⁹. Por outro lado, vê-se por exemplo que na tutela ambiental a “*intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias*” é muito pouco utilizada.

Considerações finais

Num Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais devem receber protecção jurisdicional para que efetivamente sejam direitos. A concretização destes direitos fundamentais não é possível sem que existam meios processuais adequados, de forma a assegurar a sua tutela plena e efetiva.

Nos dias atuais a justiça administrativa deixa a sua natureza essencialmente objetiva, de tutela exclusiva da legalidade e do interesse público, vindo a assumir uma natureza fortemente subjetiva, de defesa dos direitos e interesses também dos particulares, conforme ditame constitucional que estabelece as garantias dos administrados, assegurando-lhes uma protecção plena de seus direitos e interesses legalmente protegidos perante a Administração. Podemos considerar então que o núcleo essencial da justiça administrativa é portanto a protecção efetiva dos direitos dos administrados.

Em Portugal, o contencioso administrativo é um lugar privilegiado para a defesa de direitos e os meios processuais utilizados para tal configuram-se como de suma importância. A “*intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias*” como uma inovação que o novo Código de Processo nos Tribunais Administrativos traz à legislação portuguesa, se constitui como um meio processual autônomo, que se caracteriza pela urgência, brevidade, simplicidade e por conceder poderes amplos ao juiz, permitindo-lhe através de um processo ainda cognitivo, formular ordens à Administração, distinguindo-se dos procedimentos cautelares, uma vez que implica na emissão de uma decisão definitiva, antecipando o mérito

²¹⁹ Artigo 43.º (Liberdade de aprender e ensinar) “1. É garantida a liberdade de aprender e ensinar. 2. O Estado não pode programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas. 3. O ensino público não será confessional. 4. É garantido o direito de criação de escolas particulares e cooperativas”.

da questão em lide, pondo fim a esta e formando coisa julgada material.

Em nosso entendimento, a “intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias” pode e deve ser utilizada para a protecção de todos os direitos, liberdades e garantias, sejam estes pessoais ou não, inclusive aqueles de natureza análoga aos direitos fundamentais, bem como os provenientes da lei e do direito internacional, e não apenas os constantes do texto constitucional, servindo então como um privilegiado instrumento efetivo de tutela de tais direitos, devendo por isso ser mais efetivamente explorado e utilizado em terras lusitanas.

Referências

ALMEIDA, Mário Aroso de. *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A justiça administrativa (Lições)*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

ANTUNES, Luis Filipe Colaço. *Para um direito administrativo de garantia do cidadão e da Administração. Tradição e Reforma*. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DAVID, Sofia. *Das intimações. Considerações sobre uma (nova) tutela de urgência no código de processo nos tribunais administrativos*. Coimbra: Almedina, 2005.

FIRMINO, Ana Sofia. A intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias. In: SILVA, Vasco Pereira (Coord). *Novas e velhas andanças do contencioso administrativo. Estudos sobre a reforma do processo administrativo*. Lisboa: AAFDL - Associação Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005.

FONSECA, Isabel Celeste M. *Dos novos processos urgentes no contencioso administrativo*. Lisboa: Lex Editora, 2004.

GOMES, Carla Amado. Pretexto, contexto e texto da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*. Volume V, Direito Público. Coimbra: Almedina, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso Administrativo como direito constitucional concretizado ou ainda por concretizar (?)*. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Ventos de mudança no Contencioso Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2000.

SISTEMA INFORMATIZADO DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS E FISCAIS. Disponível em < www.taf.mj.pt >. Acesso em 10 fev.2007.

O ATENDIMENTO JURÍDICO DA FAMÍLIA

*Hosana Leandro de Souza**

SUMÁRIO: *Introdução; 1. A formação profissional; 2. O atendimento da família; 3. Serviços oferecidos às famílias de baixa renda; 4. A advocacia privada da família; 5. A importância de um atendimento interdisciplinar; Conclusão; Referências*

Introdução

Como qualquer outro grupo social, uma família é composta por indivíduos diferentes entre si, que possuem diferentes formas de pensar e agir, se relacionando cada qual a sua maneira com os acontecimentos cotidianos. E, pelo contato constante, pela existência de vários papéis a serem desempenhados pelos sujeitos, pela necessidade de troca de opiniões, conflitos às vezes muito sérios são gerados no seio familiar²²⁰.

E, diferente de outros tipos de conflitos, os vividos em família atingem uma infinidade de esferas, tanto dos membros familiares (seus ambientes de trabalho, de estudo, de lazer) como da sociedade como um todo (poder judiciário, programas sociais), ficando fácil perceber a peculiaridade e complexidade desse tipo específico de conflito.

* Advogada, Especialista em Família pelo CEAJ e FDV (Vitória, ES), Mestranda em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

²²⁰ Jacques e Claire Poujol acrescentam à essa idéia o seguinte ensinamento sobre as conseqüências dos desentendimentos a princípio normais do dia-a-dia de uma família: “O dia-a-dia gera muitos atritos, não obrigatoriamente violentos, devido aos direitos, medos ou desejos de cada cônjuge. Esses atritos chegam a bom termo; mas, quando eles se acumulam e se repetem sem ser aceitos nem resolvidos, nesse momento é que a situação se torna verdadeiramente conflituosa” (POUJOL, Jacques e Claire. *O potencial criativo do conflito no casamento*: Como entender e administrar os conflitos do dia-a-dia na vida conjugal. Tradução de Adriana de Oliveira e Frank de Oliveira. São Paulo: Vida, 2004, p. 13).

Portanto, é extremamente necessário que se pense num modo eficaz de resolução dos mesmos, e muitos podem ser os profissionais procurados para auxiliar nesse processo. Há quem busque ajuda espiritual, e então um líder religioso será provocado a intervir; há ainda a possibilidade de se recorrer a um auxílio terapêutico, em que profissionais da área de saúde mental serão procurados; ou ainda, existe a opção (ou necessidade) de se buscar respostas jurídicas, situação em que o advogado será a opção certa de profissional.

E essa variedade de profissionais que podem atuar num processo de resolução de conflitos familiares, exemplificados acima, só faz confirmar o caráter complexo dos mesmos, uma vez que possuem diversas nuances.

No que diz respeito às necessidades de respostas jurídicas das partes que vivenciam um conflito familiar, é geralmente o advogado o profissional que primeiro é provocado a atuar. E a maneira como esse profissional conduz o problema pode ser determinante para o fim do mesmo, pois ele detém grande responsabilidade por conduzir o processo de resolução de modo mais satisfatório para os indivíduos envolvidos.

No entanto, ao pensarmos um processo judicial em que se discute uma lide familiar, que comumente se arrasta por anos, questionamos a maneira escolhida pelos profissionais de conduzir esses conflitos. E, indispensavelmente, ao analisar e questionar uma prática profissional é preciso discutir a formação acadêmica do mesmo, para após refletir sobre as possibilidades de transformar o atendimento jurídico da família mais eficaz para a resolução dos litígios.

1. A formação profissional

O ensino jurídico no Brasil há algum tempo vem passando por uma crise, e aos poucos sendo reformulado. Acredita-se que a principal causa dessa crise é a dificuldade em se acompanhar a evolução da sociedade como um todo. O direito, por meio do legislador e também de seus aplicadores, tende a tratar as mudanças sociais com muita resistência, o que torna seu processo evolutivo demasiadamente lento e retardado.

Essa conjuntura obviamente chega ao ambiente acadêmico, e essa postura conservadora acaba sendo transferida entre as gerações. Mas, o que se percebe na atualidade é que as demandas judiciais estão exigindo cada vez mais uma reformulação dessa postura.

Essa necessidade pode ser explicada, por exemplo, pelo aumento de pessoas que recorrem ao Poder Judiciário a procura de resolução para seus conflitos, o que, acredita-se, se deu principalmente na década de 90, com a criação e implementação dos Juizados Especiais Cíveis. Dessa forma, o Judiciário, por meio dos aplicadores do direito, tem recebido conflitos com novas roupagens, que acompanham o ritmo das mudanças sociais.

Portanto, o Estado, as instituições de ensino e os profissionais da área da docência estão sendo cada vez mais pressionados a revisar a política de ensino, adequando-a aos anseios sociais. Os Cursos Jurídicos precisam estar voltados a esses anseios, às necessidades atuais da sociedade contemporânea como um todo, buscando atender a todos os interesses de forma igualitária e não somente um segmento específico.

Nesse sentido, é preciso humanizar os cursos de direito, trazendo o homem para o centro de qualquer disciplina lecionada, colocando-o como destinatário principal de toda norma. No que tange à esfera processual, essa idéia pode ser posta em prática agindo de acordo com princípios éticos, e valores como lealdade e honestidade²²¹.

Especificamente no direito de família, ainda há muito que mudar. Ao analisarmos a maioria das grades curriculares das faculdades de direito é fácil perceber o quanto privilegiado é o aspecto processual do conflito. Ou seja, existe toda uma cultura em que se valoriza os meios pelos quais um processo deverá se desenvolver, desvalorizando por sua vez o estudo dos caracteres intrínsecos ao conflito. Assinala Monica Guazzelli Estrougo que “quando se aprende Direito, limitamo-nos a estudar as leis que regem aquela sociedade e as regras do

jogo, em caso de litígio, mas se esquece o principal: o sujeito de direito”²²². No entanto, é essencial que se conheça o conflito, suas características, suas dimensões, suas causas, assim como os sujeitos que o estão vivendo, para dessa forma encontrar a melhor forma de solucioná-lo²²³.

Ressalta-se que não se pretende aqui reduzir a importância do processo, pois sem ele não há que se falar em solução para o conflito, sendo este o meio necessário a ser utilizado²²⁴. O que precisa ser frisado é que, até para que o processo seja eficiente, e consiga fazer cumprir sua função de conduzir um problema a uma decisão justa, é preciso ter mais atenção para o que se está discutindo por meio dele²²⁵.

Além disso, o que se percebe nos cursos jurídicos da atualidade é que há um certo estímulo ao conflito, esquecendo-se que uma das funções principais do direito é justamente estabelecer a paz social, mediante uma decisão justa, que atenda da melhor forma possível aos interesses das partes litigantes. O que se vê é que os estudantes de direito recebem como lição principal a de que, para aplicar o direito, basta detectar o conflito existente e subsumi-lo à norma aplicável.

²²² ESTROUGO, Mônica Guazzelli. Direito de Família: Quando a família vai ao Tribunal. In: ZIMMERMAN e COLTRO, 2002, p. 205.

²²³ Nesse mesmo sentido, ensina Carlos Aurélio Mota: “A responsabilidade do advogado nasce, pois, da compreensão do problema do outro, do equacionamento jurídico (racional, maduro, consciente) da questão, dando-lhe a devida solução (amigável ou processual), e acompanhando a causa até o final” (SOUZA, Carlos Aurélio Mota. As tendências contemporâneas da ideologia e práticas jurídicas. In: ZIMMERMAN e COLTRO, 2002, p. 19).

²²⁴ Carnelutti, ao falar sobre Processo, o assemelha a uma representação teatral: “Dentre outros, um traço comum à representação e ao processo é que cada um dele tem suas leis próprias; mas se o público que assiste tanto a um quanto a outro não as conhecer, não compreenderá nada. Agora, se as regras não forem justas, também os resultados da representação ou do processo correm o risco de não serem justos.”(CARNELUTTI, Francisco. Como se faz um processo. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001, p. 15)

²²⁵ SERPA, Maria de Nazareth. Teoria e prática da mediação de conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999, p. 305.

²²¹ SOUZA, Carlos Aurélio Mota. As tendências contemporâneas da ideologia e práticas jurídicas. In: ZIMMERMAN, David, COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Org.). Aspectos Psicológicos na prática jurídica. Campinas: Millennium, 2002, p. 7.

Ao nosso ver, essa é uma postura um tanto quanto simplista. Muito mais complexa é a atitude de se debruçar sobre os fatos trazidos, buscando compreender suas causas, e dessa forma evitar as tristes conseqüências de um procedimento inadequado ao caso em foco. Esse posicionamento torna-se mais forte diante de um conflito de natureza familiar.

E quando falamos em direito de família, encontramos um problema muito sério: a família ainda é ensinada nos moldes daquela existente no século XIX, e as mudanças pelas quais tem passado durante todo esse tempo são desconsideradas. Essa postura só faz afastar o jurista de uma das suas principais funções, que é a de aplicar o direito ao fato social, de modo a protegê-lo²²⁶.

O profissional do direito precisa ainda ser habilitado a trabalhar de forma atenciosa com qualquer tipo de litígio que a ele chega. Para tanto, é certo que na graduação ele precisa ter um contato, ao menos básico, com outras áreas de conhecimento, diferentes e complementares ao direito²²⁷.

Quanto a área específica do direito de família, resta evidente que conhecimentos básicos de psicologia, por exemplo, são essenciais para o desenvolvimento de um bom trabalho. Isso por que, conforme dito anteriormente, os conflitos familiares têm toda uma dinâmica particular, diferenciando-se dos demais conflitos levados ao poder judiciário²²⁸. O que motiva um conflito familiar nem sempre é de fácil compreensão pelo profissional, e para se encontrar a melhor solução para o conflito é necessário se chegar às suas causas, que muitas vezes se encontram nos detalhes do discurso trazido pelas partes. Nesse sentido ensina Mônica Guazzelli Estrougo:

²²⁶ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Ensino jurídico na graduação: ainda como nossos pais? Modelo, conformismo e repetição na metodologia do ensino jurídico. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 219.

²²⁷ ADEODATO, João Maurício. Advogado em construção. In: *Ensino Jurídico OAB: 170 anos de cursos jurídicos no Brasil*, Brasília: OAB/Conselho Federal, 1997, p. 147.

²²⁸ BERIZONCE, Roberto Omar. El acceso a la justicia a través de los tribunales y el proceso de familia. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 113, p. 363-380, jan-fev. 2004, p. 365.

O Direito de Família e os operadores deste sistema, exatamente, porque adentram no universo íntimo das pessoas, não podem ignorar que a subjetividade permeia praticamente todas as suas questões. Com efeito, quando os conflitos são familiares, existem muitas *insignificâncias* cheias de significado e, por isso, *o que se diz* soa tão importante quanto *como se diz*²²⁹.

O Conselho Nacional de Educação, atento a essa necessidade, por meio do Parecer nº 0146/2002, aprovado em 03/04/2002²³⁰, em que traça as diretrizes curriculares do curso de direito, determina que os cursos de graduação deverão contemplar, em seus projetos pedagógicos e em sua organização curricular, conteúdos que atendam a determinados eixos interligados de formação, e entre eles prevê a psicologia aplicada ao direito.

Mas o que vemos na grande maioria das faculdades de direito é que não há qualquer disciplina que trate da matéria em questão. Além disso, disciplinas auxiliares, como, por exemplo, a filosofia, a economia e a sociologia, que são extremamente importantes para a construção do saber jurídico, não são adequadamente executadas nas faculdades. Oferecidas no início do curso, estas deveriam ser passadas aos alunos de forma coerente com o direito, e não de maneira isolada e independente, como vemos na maioria dos casos. Se são ministradas no curso, é por que são relevantes para o exercício da profissão de qualquer área dentro do sistema jurídico. E, portanto, seria estimulante que desde o início tais matérias fossem mostradas com essa conexão com o direito²³¹.

Percebemos então a necessidade de se educar em prol de uma visão crítica de tudo o que é levado ao judiciário. O ensino tradicional, baseado em procedimentos lógico-formais, apresenta-se como um grande entrave ao desenvolvimento e atualização dos profissionais do direito. Percebemos que não há

²²⁹ ESTROUGO, Mônica Guazzelli. Direito de Família: Quando a família vai ao Tribunal. In: ZIMMERMAN e COLTRO, 2002, p. 204.

²³⁰ Disponível em <http://www.mec.gov.br/sesu/ftp/pareceres/14602DCEA_CTHSEMDTD.doc>. Acesso em: 06 de julho de 2005.

²³¹ SOUZA, Carlos Aurélio Mota. As tendências contemporâneas da ideologia e práticas jurídicas. In: ZIMMERMAN e COLTRO, 2002, p. 61.

orientação das academias no sentido de se intervir de modo consistente no sistema jurídico que já existe. Na prática, o jurista pode até melhorar o direito, mas não interfere na sua essência²³². Em conformidade com esse pensamento, também se expressa José Eduardo Faria:

Trata-se, em síntese, de conceber as escolas de direito não apenas como *loci* de progresso cultural e científico, mas, também, como *loci* de transformação e liberação social. Se é certo que a Universidade não deve ser reduzida a um mero campo de batalhas políticas e ideológicas, também é certo que não se deve incorrer no erro oposto – o de se aceitar acriticamente a pretensa objetividade do conhecimento e da aplicação do direito, recusando-se a reconhecer que os sistemas jurídicos são ambíguos, encerrando inúmeras contradições as quais, muitas vezes, propiciam soluções normativas paradoxais e mesmo injustas²³³.

E em matéria de família, que vive um sistema dinâmico, com freqüente mudança de padrões e valores, para que seja possível encarar e resolver um conflito é preciso deixar de lado todo o tradicionalismo exacerbado, e dessa forma buscar métodos modernos de resolução alternativa de conflito, o que melhor se adequa ao mesmo.

E acreditamos que esse seja o maior desafio do profissional que opta pela atividade advocatícia familiar. No entanto, os recém-formados já saem da faculdade com uma grande dificuldade: esse desafio geralmente não é colocado pela academia e ele se vê perdido no mercado de trabalho. Perdido, pois, quando começa a praticar, percebe que nem sempre (ou quase nunca) os ensinamentos extremamente processuais e formais serão suficientes para o deslinde de uma questão.

Percebe-se então que a faculdade se preocupa em passar regras, esquecendo-se de construir o saber jurídico através de princípios e valores. E isso pode ser perfeitamente exercitado no âmbito acadêmico mediante estudos de casos, por exemplo, aproximando dessa forma o direito dos fatos sociais. E o melhor é que esse estudo se

realize por meio de diálogo entre professor e aluno, para que este seja estimulado a fundamentar suas idéias e seus pontos de vistas²³⁴.

E, diante de tais dificuldades na vida profissional, cabe a cada um ter a iniciativa de buscar se atualizar, participando de cursos de especializações, realizando estudos, pesquisas, para que possa reverter esse quadro formado em prol do conflito, estudando e aprendendo mais sobre os meios mais adequados de se atender um cliente, especialmente quando o mesmo lhe traz uma demanda da área do direito de família.

2. O atendimento da família

O Poder Judiciário pode ser provocado de várias formas, e aqueles que precisam se socorrer ao Estado a fim de buscar uma solução para seus problemas hoje podem o fazer por diversas vias.

Numa época em que o acesso à justiça ainda significava “*essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação*”²³⁵, certo se faz que esse acesso era facilitado àqueles que possuíam melhores recursos financeiros. Mas, tendo em vista que esse conceito de acesso à justiça é hoje discutido de forma mais ampla, a realidade tem se mostrado diferente nos dias atuais. Há serviços públicos e particulares disponibilizados àqueles que pretendem acionar o poder judiciário.

Como vimos até então, a família, formada por diferentes indivíduos, com diferentes personalidades e modos de agir, é campo de ocorrência de diversos tipos de conflitos, que são por suas vezes extremamente complexos. Essa é uma regra. No entanto, entre as famílias existem diferenças, e estas influenciam no modo com que os conflitos são vistos e enfrentados, assim como nos meios procurados para auxiliar na busca por uma solução.

²³² PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Ensino jurídico na graduação: ainda como nossos pais? Modelo, conformismo e repetição na metodologia do ensino jurídico. In: FACHIN, 2000, p. 213.

²³³ FARIA, José Eduardo. *A Reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987, p. 15

²³⁴ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Ensino jurídico na graduação: ainda como nossos pais? Modelo, conformismo e repetição na metodologia do ensino jurídico. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). (...), cit., p. 240.

²³⁵ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 9.

Importante nesse ponto fazermos uma diferenciação quanto ao nível social e econômico das famílias. As famílias de menor renda e pior situação econômica não têm o mesmo acesso a profissionais da área jurídica, e, portanto o atendimento aos conflitos por elas vividos será diferente.

No momento em que as partes envolvidas não conseguem resolver tais conflitos no próprio ambiente familiar, elas buscam ajuda profissional, que muitas vezes é o advogado. A família que não possui uma boa situação financeira se socorre geralmente com os serviços gratuitos que lhes são oferecidos, enquanto aquela que possui melhor condição pode optar por pagar um advogado particular.

3. Serviços oferecidos às famílias de baixa renda

Essa realidade acerca da ampliação do conceito de acesso à justiça alcança o atendimento às famílias que estão vivendo algum tipo de conflito. Certo se faz que hoje, com os serviços de atendimento jurídico gratuitos oferecidos, tanto pelo poder público, como pela iniciativa privada, não será a condição financeira menos favorecida que impedirá a família de obter um serviço que possa auxiliá-las.

O Estado Brasileiro, tendo em vista o seu dever de proteger a aplicação e observância dos direitos fundamentais dos cidadãos, é obrigado pelo Artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal²³⁶ a prestar assistência jurídica àqueles que não o podem custear por insuficiência de recursos próprios.

A família de baixa renda, portanto, tem como uma opção de atendimento jurídico público oferecido pelo Estado a Defensoria Pública, regulamentada Lei Federal Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994²³⁷, que tem

²³⁶ Art. 5º 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:

LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

²³⁷ Disponível em: <<http://www.defensoria.es.gov.br/default.asp>>. Acesso em 30 de setembro de 2005.

como missão a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do Art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, acima citado. Mas, como a maior parte dos serviços públicos oferecidos no Brasil, a Defensoria Pública não consegue atender de modo satisfatório à demanda existente.

Nesse ponto, surge a atividade privada como auxiliar do Poder Público. Um bom exemplo são os Núcleos de Prática Jurídica das Faculdades de Direito, que disponibilizam à comunidade assistência judiciária gratuita em diversas áreas, inclusive na área de direito de família.

Além de identificar os serviços que estão sendo oferecidos às famílias em conflitos, cabe-nos discutir a maneira como os mesmos estão sendo realizados no dia-a-dia. No que diz respeito à Defensoria Pública, devido ao acúmulo de demanda e ao problema comum à maioria dos serviços públicos, que é o de insuficiência frente à demanda existente, essa análise resta prejudicada, pois entendemos ser complicado prezar pela qualidade quando, antes disso, existe a preocupação de ao menos atender, para que o cidadão não tenha um direito fundamental violado. Diante dessa realidade, é preciso que o estado estude formas de melhorar o serviço oferecido aos cidadãos, realizando Concurso Público para aumentar o quadro de defensores, ou até mesmo, setoriando o atendimento, de modo que profissionais sejam preparados especificamente para o atendimento à família.

Quanto ao serviço público oferecido pelas faculdades, temos que o mesmo pode ser considerado relativamente melhor, pois que exercido por acadêmicos de direito (sempre sob supervisão de advogados/professores), que ainda estão estudando e que visam o melhor aprendizado possível. Além disso, a própria estrutura acadêmica permite que o profissional trabalhe com um pouco mais de conforto, podendo dessa forma atender melhor às famílias que ali se socorrem.

4. A advocacia privada da família

O advogado, considerado pela própria Constituição Federal profissional indispensável à

administração da justiça²³⁸, é geralmente a porta de entrada do Judiciário para o indivíduo que não consegue por meios próprios solucionar seus conflitos, necessitando, portanto, da ajuda do Estado.

Numa primeira visão, o advogado seria o responsável por captar o problema que está ocorrendo na sociedade, buscar uma norma que regule referido problema e lhe dê uma solução, e apresentar todo esse conjunto ao Poder Judiciário, para que, por meio de seus Magistrados, ele possa dizer se a relação feita pelo advogado está correta ou não, se é realmente a melhor opção ou não ao fato ocorrido. Essa visão, no entanto, é um tanto quanto incompleta, se considerarmos alguns conflitos específicos.

Conforme estudado, a família é o lugar em que se formam e desenvolvem relações extremamente subjetivas, e por conseqüência, os conflitos que se originam a partir dessas relações também são evadidos de elementos subjetivos, muitas vezes intrínsecos e de difícil percepção. Diante disso, torna-se claro que o direito não pode querer resolver tais situações com regras pré-formuladas, ignorando as diferenças e as particularidades de cada caso concreto²³⁹.

Temos, portanto, que a atividade do advogado que se dispõe a trabalhar com o direito de família deve ser vista de um modo um tanto diferente de como se vê a dos profissionais que se dedicam a outras áreas. Dessa forma, ensina Eduardo de Oliveria Leite:

O advogado familiarista exerce uma missão que extrapola em muito as questões unicamente jurídicas, na medida em que sua atuação é, antes de tudo, uma experiência relacional. O papel do advogado vem imantado de significação já que, além do discurso aparentemente real das causas e motivos apresentados, deve descobrir a realidade da mensagem inconsciente que subjaz disfarçada no discurso do cliente²⁴⁰.

²³⁸ 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.

²³⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. A Psicanálise e o Advogado (Familiarista). In: ZIMERMAN E COLTRO, 2002, p. 322.

²⁴⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. A Psicanálise e o Advogado (Familiarista). In: ZIMERMAN E COLTRO, 2002, p. 327.

Num litígio familiar, como, por exemplo, um divórcio, é certo que há questões objetivas a serem resolvidas, como divisão de bens, pensão alimentícia a ser prestada ao cônjuge e aos filhos, etc. No entanto, dependendo de como essa ruptura está acontecendo, outras questões menos objetivas precisarão de uma atenção, o que exigirá do advogado de família um olhar diferenciado, uma atenção especial, seja para trabalhar tais questões ou para orientar a procura de um profissional especializado²⁴¹.

Portanto, o advogado de família precisa compreender o indivíduo que está ali procurando auxílio jurídico – lembrando que nem sempre é só do auxílio jurídico que ele precisa, e também toda a dinâmica familiar quando for tratar de um conflito de natureza familiar. É preciso entender que o sujeito que é parte jurídica de um conflito familiar é, antes disso, membro de uma família, sujeito de desejos e expectativas que estão deixando de existir em virtude do rompimento do vínculo²⁴².

Uma dificuldade que se apresenta ao advogado de família é o diálogo problemático entre casais em conflito. E, diante de toda essa dificuldade, percebe-se que muitos se valem do judiciário para falar o que precisam e não conseguem, o que às vezes provoca a existência de infundáveis demandas judiciais. Ou seja, os casais se valem do processo judicial como forma de manter um vínculo com aquele com o qual dividiu sua vida, seus planos e seus anseios, durante a união conjugal. Obviamente que não é essa a função da justiça, no entanto, como órgão auxiliar dos cidadãos na resolução dos seus conflitos, ela não pode ficar alheia a essa necessidade²⁴³.

O advogado, então, pode exercer uma importante função de desafogar o poder judiciário, ao oferecer um atendimento que possibilite ao casal trabalhar essas questões que não possuem cunho jurídico e ainda não

²⁴¹ VAINER, Ricardo. Anatomia de um divórcio interminável: o litígio como forma de vínculo. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1999, p. 37.

²⁴² ESTROUGO, Mônica Guazzelli. Direito de Família: Quando a família vai ao Tribunal. In: ZIMERMAN e COLTRO, 2002, p. 205.

²⁴³ VAINER, 1999, p. 38.

estão resolvidas, e que acabam por comprometer a resolução efetiva do processo judicial.

Existem, para tanto, meios alternativos de resolução de conflitos, cujo estudo se percebe fundamental para a atividade da advocacia familiar. Um deles é a *mediação de conflitos*, que possui características próprias extremamente eficazes, quando aplicadas a um litígio familiar.

Ao participar de um processo de mediação, as partes que estão vivendo um determinado conflito familiar têm a oportunidade de buscar soluções bem mais favoráveis para todos os envolvidos, uma vez que são conduzidos a encontrarem essa solução, evitando dessa forma que um terceiro decida por eles. Ricardo Vainer define muito bem a mediação de conflitos:

A mediação pode ser definida como uma ideologia ou metodologia de trabalho que busca devolver o controle das decisões ao casal e/ou família, favorecendo, facilitando e respeitando a capacidade de negociação das partes interessadas. Busca, com criatividade, a resolução das controvérsias de forma pacífica, evitando o litígio e indo ao encontro de acordos possíveis²⁴⁴.

Ao apresentarmos um possível conceito do que seria um processo de mediação, percebemos a necessidade de, mesmo que sucintamente, diferenciá-lo de outros meios extrajudiciais de solução de conflitos, como por exemplo, a conciliação e a arbitragem, tendo em vista que na prática muitos confundem tais institutos.

A arbitragem é um meio relativamente mais simples do que um processo judicial, utilizado para solucionar conflitos quando convencionado pelas partes de uma determinada relação jurídica, mediante escolha de um terceiro (árbitro), que geralmente é um *expert* sobre o assunto sobre o qual gira a relação jurídica, e é esse terceiro o responsável pela decisão que dará fim ao conflito. Ou seja, a autonomia das partes se limita à escolha do procedimento e à escolha do árbitro, sendo que a solução propriamente dita para o conflito passa a ser responsabilidade desse terceiro²⁴⁵.

²⁴⁴ VAINER, 1999, p. 42.

²⁴⁵ Nas palavras de Denise Damo Comel “A diferença entre a arbitragem e a mediação reside justamente no

Já na conciliação também existe um terceiro, que tentará, mediante técnicas específicas, fazer com que as partes cheguem a um acordo sobre a controvérsia existente. Ou seja, esse é o principal objetivo de um processo de conciliação: fazer com que as partes celebrem um acordo, admitindo algum tipo de perda, para que esta não seja maior²⁴⁶.

A mediação, conforme visto anteriormente, terá como um dos principais objetivos otimizar a comunicação entre as partes, estimulando a autodeterminação de cada uma delas, fazendo com que cada uma possa refletir sobre suas responsabilidades sobre a resolução ou não do conflito. Essa reflexão será fundamental, pois é a partir dela que os envolvidos poderão chegar a uma solução que seja boa para todos.

Esse processo, portanto, deverá ser conduzido por um terceiro imparcial, sendo que o mesmo irá intervir apenas aconselhando e guiando as partes, nunca impondo qualquer tipo de idéia ou solução. É muito importante ressaltar que na mediação as partes têm total autonomia sobre as decisões que serão tomadas. E nesse sentido esclarecem Andréa Menezes Rios Valladares de Lago e Cristiano Álvares Valladares do Lago:

O mediador vai colocar as partes a par de toda a situação real do conflito em que se encontram, tentando fazer com que estas separem suas dificuldades pessoais com relação ao outro envolvido para poder ter maior discernimento ao decidir questões materiais de uma forma a não se prejudicar e nem prejudicar outros interessados, propiciando assim o controle da situação e apropriando-se do poder de gerir seus conflitos²⁴⁷.

resultado da intervenção. Na mediação, o mediador não toma nenhuma decisão, (...), ao passo que na arbitragem, é o árbitro (ou tribunal) quem vai decidir, e de forma vinculante para as partes (...)” (COMEL, Denise Damo. *Do Poder Familiar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 227.)

²⁴⁶ BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação Familiar: Instrumento para a reforma do judiciário*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2004, p. 32.

²⁴⁷ LAGO, Andréa Menezes Rios Valladares de, LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. *Mediação no Direito de Família. Revista de Direito Privado*. São Paulo, ano 3, n. 11, p. 84-120, jul-set 2002, p. 90.

E, no que diz respeito principalmente a conflitos familiares, as características de um processo de mediação são extremamente interessantes para as partes. Conforme já dito, as partes possuem total *autonomia sobre as decisões* tomadas em torno do conflito existente, uma vez que o mediador não tem qualquer poder para apresentar uma solução.

Tem-se ainda que, como a mediação é um meio extrajudicial de resolução de conflitos, as partes evitam a exposição de seus problemas familiares, tendo, portanto, muito mais *privacidade* do que teriam durante um processo judicial, pois só terão que compartilhar seus problemas com o mediador, ao contrário do que aconteceria numa demanda judicial, onde, no mínimo, um Juiz, um Promotor e dois advogados teriam acesso a todos os fatos que envolvem o conflito, sem contar os servidores públicos que trabalham nos Cartórios das varas de família.

E, ainda, se comparada a um processo judicial, a mediação tem como característica vantajosa o *baixo custo*, uma vez que não há que se falar em pagamento de taxas ou custas, ressaltando-se que as judiciais são relativamente altas. Além disso, como possuem autonomia para decidir as questões, as partes podem *economizar tempo*, uma vez que é pública e notória a morosidade da justiça brasileira. Portanto, só dependerá deles o tempo que se levará para se chegar a uma solução para o conflito.

Além disso, a atividade do mediador de estimular o diálogo entre as partes, oferecendo um espaço para que as mesmas exponham suas aflições e seus sentimentos, acaba por estimular um *equilíbrio das relações entre as partes*, que deixam de se ver em lados opostos, como adversários, para se encararem em níveis iguais, como pessoas que estão em busca da melhor solução para o embate criado²⁴⁸.

Ademais, essa postura de adversários adotada pelas partes pode ser um difícil obstáculo a ser transpassado pelo profissional, durante o processo de mediação. Atualmente, o que se percebe nos tribunais nos processos de separação e divórcio é que os cônjuges estão

cada vez mais agressivos, buscando por meios extremamente violentos sair do relacionamento com algum tipo de vantagem financeira. As mulheres buscam grandes valores a título de pensão alimentícia ou uma vantajosa partilha de bens, enquanto os homens buscam se esquivar da obrigação alimentícia²⁴⁹. Acreditamos que um eficiente processo de mediação pode inverter esse caminho, pois é certo que as partes podem sair desse embate deveras machucadas. E essa situação trará ainda piores conseqüências se em meio a todo esse campo de batalha existirem filhos.

Diante do estudo das características de um processo de mediação, bem como de todas as vantagens que o mesmo pode oferecer àqueles que estão vivenciando um conflito, especialmente um conflito familiar, entendemos ser extremamente necessário que o Estado busque, de alguma forma, regulamentar a mediação, de modo que a mesma possa ser praticada com mais freqüência e profissionalismo no Brasil.

A despeito disso, já se encontra em trâmite na Câmara dos Deputados um Projeto de Lei que regulamenta a prática da mediação no Brasil, a dizer, Projeto de Lei 4.827/98²⁵⁰. Certo se faz que a aprovação de referida Lei trará muitas vantagens ao cenário jurídico e social brasileiro, uma vez que possibilitará a muitos o acesso à mediação, desafogando dessa forma o judiciário e proporcionando importantes melhorias à população, no que diz respeito a forma de solução de seus conflitos²⁵¹.

Diante disso, entendemos que é extremamente necessário difundir formas alternativas de busca por soluções de conflitos, especialmente os de âmbito familiar, pois conforme demonstrado, essa busca pode trazer boas conseqüências na resolução dos mesmos, uma vez que esses meios possibilitam um atendimento mais amplo e interdisciplinar do conflito existente.

²⁴⁹ Nesse sentido, ver a matéria: FANTINI, Flaminio, NUNES, Angela. Duelo na Separação Conjugal. *Revista VEJA*, São Paulo, ano 34, edição 1.704, n.23, p.122-129, 13 de junho de 2001.

²⁵⁰ A tramitação do referido Projeto de lei pode ser acompanhada através do endereço eletrônico http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/Detalhes.asp?p_cod_mate=53367

²⁵¹ LAGO e LAGO, 2002, p. 114.

²⁴⁸ LAGO e LAGO, 2002, p. 93.

5. A importância de um atendimento interdisciplinar

Ao cuidarmos do estudo sobre o atendimento de uma família que vive um conflito, percebemos claramente que, pela complexidade natural desse tipo de conflito, é necessário que diversas abordagens sejam realizadas, de modo que possamos alcançar mais eficientemente as raízes do problema, e dessa forma apontar soluções eficazes.

E a necessidade de se fazer diferentes abordagens exigirá do profissional que cuida de um conflito familiar conhecimentos, ao menos básicos, sobre diversas ciências. Como já dissemos anteriormente, existe muita coisa escondida atrás de um conflito familiar, pois este acontece entre sujeitos ligados predominantemente por razões subjetivas. E é essa subjetividade que acaba por impossibilitar que o tratamento da família se restrinja a uma determinada área do conhecimento.

Todos viemos de uma família, e de alguma forma convivemos durante toda a nossa vida com diversos tipos de famílias. Não obstante essa experiência particular de cada profissional com a instituição da família, é indispensável que se reconheça a incapacidade de uma disciplina isolada compreender essa instituição complexa. Um trabalho interdisciplinar possibilita o olhar por vários ângulos, e dessa forma aumenta as chances de um resultado satisfatório para todos os envolvidos. Em conformidade com esse posicionamento está Giselle Câmara Groeninga:

A busca de um conhecimento interdisciplinar vem reconhecer esta necessidade de outro olhar que nos leva a um fortalecimento da identidade e a um redimensionar de cada disciplina, rumo a um novo horizonte epistemológico – o de ampliar os princípios mesmos que regem os conhecimentos de cada área do saber²⁵².

Um psicólogo, em meio a uma terapia familiar, precisa ter noções básicas de direito, por exemplo, para que possa compreender as relações jurídicas existentes

²⁵² GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e Psicanálise – Um novo horizonte epistemológico. In: PEREIRA, 2004, p.250.

entre seus clientes, e dessa forma conduzir o tratamento de modo mais completo. Da mesma forma, não será nada interessante para uma família em crise que um advogado se restrinja aos aspectos frios da letra da lei, não dando atenção a questões subjetivas como sentimentos, laços de afeto, etc.

E no que diz respeito mais especificamente à área do direito, acreditamos que sua principal função é auxiliar o cidadão a resolver um problema que sozinho não foi capaz, fazendo com o mesmo viva uma justiça concreta. Ocorre que o conceito de justiça é algo extremamente subjetivo, que varia de pessoa para pessoa. Cada um, ao formular seu conceito próprio de justiça, será influenciado pelos mais diversos fatores, como a situação sócio-econômica em que vive, nível de educação, religião, entre outros.

E o jurista, para tornar o direito eficaz, precisa estar atento a isso. Por certo que a atividade judiciária possui limites impostos pela legislação, mas é preciso estar atento à subjetividade do sujeito para que essa lei seja a ele melhor aplicada.

De outro lado, a complexidade das matérias sobre as quais irá o Direito se pronunciar obriga o jurista a ter conhecimento especializado de outras ciências sem as quais não lhe seria possível estabelecer um discurso jurídico verdadeiro, adequado à realidade. O jurista deverá ser, por este motivo, o mais eclético dos cientistas²⁵³.

Como dito anteriormente, é preciso que as faculdades, ao tratar da temática da família, se atentem a essa necessidade de uma compreensão interdisciplinar por parte do profissional, e ensine isso aos graduandos. Dessa forma, o profissional se formará capaz de enxergar o que outras ciências podem oferecer, aumentando o seu âmbito de visão e atividade.

²⁵³ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. A interdisciplinidade no ensino jurídico: a experiência do Direito Civil. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 470.

Conclusão

Diante dos fatos aqui articulados e dos elementos trazidos pelo presente estudo, é possível perceber que a dinâmica de um conflito familiar deve ser vista e trabalhada de uma forma diferenciada pelo profissional que a assiste.

Os membros de uma família, diferentemente das partes de uma outra relação jurídica existente no sistema do direito, de alguma forma sempre estarão vinculados uns aos outros, o que torna a relação familiar uma relação de trato continuado. Portanto, ao intervir num conflito entre esses membros, o profissional deve estar atento a esse caráter especial, oferecendo à família em crise um atendimento coerente com a preocupação de se manter o relacionamento entre os membros do conflito, após a resolução do mesmo.

Acreditamos que seguindo por esse caminho, as famílias em conflito serão muito melhor atendidas, seja em qual área for, tendo, dessa forma, seus conflitos resolvidos de maneira bem mais satisfatória.

Referências

ADEODATO, João Maurício. Advogado em construção. In: *Ensino Jurídico OAB: 170 anos de cursos jurídicos no Brasil*, Brasília: OAB/Conselho Federal, 1997.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação Familiar: Instrumento para a reforma do judiciário. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2004.

BERIZONCE, Roberto Omar. El acceso a la justicia a traves de los tribunales y el proceso de familia. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 113, p. 363-380, jan-fev. 2004

BRASIL. Constituição de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: RT, 2002.

BRASIL. Lei nº 3.071/1916. *Código Civil Brasileiro*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CAPPELETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARNELUTTI, Francisco. *Como se faz um processo*. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.

COMEL, Denise Damo. *Do Poder Familiar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ESTROUGO, Mônica Guazzelli. Direito de Família: Quando a família vai ao Tribunal. In: ZIMERMANN, David, COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Org.). *Aspectos Psicológicos na prática jurídica*. Campinas: Millennium, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: Elementos críticos à luz do novo código civil*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FANTINI, Flaminio, NUNES, Angela. Duelo na Separação Conjugal. *Revista VEJA*, São Paulo, ano 34, edição 1.704, n.23, p.122-129, 13 de junho de 2001.

FARIA, José Eduardo. *A Reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e Psicanálise – Um novo horizonte epistemológico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2004.

GRUNWALD, Astrid Brettas. A força da lei e a modernização do Direito: os novos rumos do ensino jurídico. *Jus Navigandi*, Teresina, a.4, n.39, fev. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=42>>. Acesso em: 05 de agosto de 2005.

LAGO, Andréa Menezes Rios Valladares de, LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. Mediação no Direito de Família. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 3, n. 11, p.84-120, jul-set 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A Psicanálise e o Advogado (Familiarista). In: ZIMERMANN, David, COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Org.). *Aspectos Psicológicos na prática jurídica*. Campinas: Millennium, 2002.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. A interdisciplinariedade no ensino jurídico: a experiência do Direito Civil. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Ensino jurídico na graduação: ainda como nossos pais? Modelo, conformismo e repetição na metodologia do ensino jurídico. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

POUJOL, Jacques e Claire. *O potencial criativo do conflito no casamento: Como entender e administrar os conflitos do dia-a-dia na vida conjugal*. Tradução de Adriana de Oliveira e Frank de Oliveira. São Paulo: Vida, 2004

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota. As tendências contemporâneas da ideologia e práticas jurídicas. In: ZIMERMAN, David, COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Org.). *Aspectos Psicológicos na prática jurídica*. Campinas: Millennium, 2002.

_____. As Escolas de direito no que tange ao preparo psicológico. In: ZIMERMAN, David, COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Org.). *Aspectos Psicológicos na prática jurídica*. Campinas: Millennium, 2002.

VAINER, Ricardo. *Anatomia de um divórcio interminável: o litígio como forma de vínculo*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1999.

**DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL -
UMA ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA DA
CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO PROTETOR DO
AMBIENTE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRA
E PORTUGUESA**

André Pinto de Souza Oliveira *

SUMÁRIO: 1. Os direitos fundamentais formal e materialmente considerados: a natureza das magnas situações jurídicas de vantagem, 2. Do liberalismo à consolidação do Estado Democrático de Direito; 3. O soerguimento do Estado de Bem-Estar Ambiental, 4. A teoria da indivisibilidade dos direitos fundamentais: a conexão existente entre as normas de cunho ambiental e as demais situações jurídicas de vantagem; 5. Os princípios fundamentais em matéria ambiental nas constituições brasileira e portuguesa; 5.1 Princípios da prevenção e precaução; 5.2 Princípio do desenvolvimento sustentável; 5.3 Princípio do poluidor-pagador; 5.4. Princípio da globalidade; 5.5 Princípio da solidariedade entre gerações; Referências bibliográficas

1. Os direitos fundamentais formal e materialmente considerados: a natureza das magnas situações jurídicas de vantagem

Os direitos fundamentais ²⁵⁴ consistem em prerrogativas individuais ou coletivas,

* *Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), bolsista de iniciação científica da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG) e pesquisador-visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal).*

²⁵⁴ Diversos doutrinadores, nacionais e estrangeiros, demonstram uma certa e justificada preferência pela locução “direitos fundamentais”, muito embora seja recorrente o emprego de diversas expressões designativas de direitos políticos, libertários, sociais e econômicos, conjuntamente considerados. Conferir, por todos, Jorge Miranda, para quem os termos “direitos subjetivos públicos, civis e humanos” padecem de restrições (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. 4 t. p. 51-77). Notáveis, ademais, os ensinamentos

constitucionalmente assentadas e amparadas, em face de agentes públicos e privados. A essencialidade de tais direitos baseia-se no caráter instrumental dos mesmos, isto é, na efetivação do inato princípio da dignidade humana, aliado à matriz constitucional adquirida²⁵⁵.

O conceito de direitos fundamentais não prescinde da perspectiva que os insere nos domínios de uma ordem constitucional formal e materialmente considerada. Nesses aspectos, reputam-se de patente fundamentalidade não somente as prerrogativas consagradas na Constituição²⁵⁶, conjunto de regras e princípios superiores do Estado, como também direitos resultantes de postulados jusnaturalistas e do pensamento e sentimento jurídicos coletivos, segundo a concepção abstrata de um sistema jurídico-constitucional material. Conforme ensinamentos de MIRANDA (2000, p.9),

Admitir que direitos fundamentais fossem em cada ordenamento aqueles direitos que a sua Constituição, expressão de certo e determinado regime político, como tais definisse seria o mesmo que admitir a não consagração, a consagração insuficiente ou a violação reiterada de direitos como o direito à vida, a liberdade de crenças ou a participação na vida pública só porque de menor importância ou desprezíveis para um qualquer regime político [...]. De qualquer forma, quando, porém, tal concepção, tal ideia ou tal sentimento [de Direito] se traduza numa Constituição material pouco favorável [...] o que está em causa não é o elenco dos direitos fundamentais em si, [mas sim] a deficiência

de José Afonso da Silva nesta matéria (DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 181)

²⁵⁵ Coube a Imanuel Kant, no âmbito do paradigma liberal de Estado, a supra-valorização da dignidade da pessoa humana, princípio basilar e norteador das instituições públicas. Segundo Kant, o homem deve ser considerado, necessária e irremediavelmente, um fim em si mesmo.

²⁵⁶ A existência de normas e princípios magnos é, sem dúvida, relevante à garantia de eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais neles consagrados. A supremacia hierárquica da Constituição, no âmbito de um sistema escalonado de normas, propicia a rigidez constitucional e o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. (nesses aspectos, v. SOUZA OLIVEIRA, A. P. Pressupostos e requisitos do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n.1396, 28 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9805>>. Acesso em: 05 outubro 2007).

dessa Constituição material em confronto com outras, o carácter do regime político correspondente, a situação de opressão ou alienação em que vivia certo povo²⁵⁷.

As magnas situações jurídicas de vantagem caracterizam-se, ainda, pela inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade, considerando-se a importância das mesmas para a efetivação do bem-estar e do “*mínimo existencial*”.

2. Do liberalismo à consolidação do estado democrático de direito

Os direitos fundamentais são concebidos segundo uma perspectiva histórica, consoante à evolução dos paradigmas de Estado e a conseqüente incorporação e re-interpretação de novas e pré-existentes prerrogativas constitucionais, respectivamente. “A *evolução e as vicissitudes dos direitos fundamentais, seja numa linha de alargamento e aprofundamento, seja numa linha de retracção [...], acompanham o processo histórico, as lutas sociais e os contrastes de regimes políticos*”²⁵⁸. Segundo Vasco Pereira da SILVA (2002, p.85),

²⁵⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. 4 t. p. 9. Segundo o eminente professor lusitano, “*não excluimos [...] o apelo ao Direito natural, o apelo ao valor e à dignidade da pessoa humana, a direitos derivados da natureza do homem ou da natureza do Direito. Mas esse apelo não basta [...] [pois] quer no século XIX quer, sobretudo, no século XX os direitos tidos como fundamentais são tão latos e numerosos que não poderiam entroncar [...], todos, na natureza e na dignidade da pessoa.*” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. 4 t. p.10). Cita-se, exemplificativamente, os direitos de antena (art. 40 da Constituição Portuguesa), de ação popular (art. 52, n°3) e os direitos das comissões de trabalhadores (art. 54, n°5) como prerrogativas que extrapolam parâmetros jusnaturalistas ou “*valores éticos superiores*”. Como assevera Arthur Kaufmann, “[...] *não existe uma resposta satisfatória, enquanto se insistir na alternativa: ou direito natural ou positivismo, tertium non datur.*” (KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 49.)

²⁵⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. 4 t. p.27.

[...] a sua dimensão histórica mostra como a realização da dignidade da pessoa humana, em cada momento histórico e em cada sociedade, coloca novos desafios e exige novas respostas ao Direito, obrigando à sua transformação e ao alargamento dos direitos fundamentais²⁵⁹.

Nesses aspectos, a existência de uma ordem constitucional aberta e contingente torna-se sustentáculo da democracia moderna, pois “*a dogmática jurídica [...] só é admissível hoje como ciência do direito se não for exatamente dogmática, há que ser fundamentada, aberta e se saber limitada pela permanente possibilidade de refutação de suas premissas e afirmações*”²⁶⁰. Como assevera CARVALHO NETTO (2003, p.152 e 154), as aquisições de novas prerrogativas de cunho constitucional

[...] não representarão apenas alargamento da tábua de direitos, mas, na verdade, redefinições integrais dos nossos conceitos de liberdade e de igualdade, requerendo nova releitura de todo o ordenamento à luz das novas concepções de direitos fundamentais²⁶¹.

Atualmente, as Magnas Cartas dos Estados Democráticos de Direito não mais se restringem à organização do poder e à garantia de liberdades públicas, tal como se constatou sob os cânones do paradigma liberal. Direitos sociais e econômicos passaram a constar na Lei Maior, propiciando, ao Estado, a necessária postura ativa face à sociedade politicamente organizada e, sobretudo, constitucionalmente amparada. Nesta seara, as *gerações de direitos fundamentais* não se substituem, pelo contrário, observa-se um fenômeno aglutinador e

²⁵⁹ SILVA, Vasco Pereira da. *Verde: Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 85. A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF/1988) e da República Portuguesa (art. 1º, Constituição/1976).

²⁶⁰ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. José Adércio Leite Sampaio (Coordenador). Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 152.

²⁶¹ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. José Adércio Leite Sampaio (Coordenador). Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 154.

somatório de todas as prerrogativas individuais e coletivas. Segundo MAGALHÃES (2002, p.23),

Com finalidade didática, podemos dividir os direitos fundamentais da pessoa humana em quatro grupos: os direitos individuais; os direitos políticos; os direitos sociais e os direitos econômicos. Na história do Estado constitucional, temos que os direitos individuais relativos à vida, à segurança individual, à propriedade privada e à liberdade são os que primeiro são declarados em uma Constituição quando da afirmação do *Estado constitucional liberal* [...] (grifo nosso)²⁶².

É notável, neste âmbito, segundo a lógica liberalista, a garantia e o enaltecimento do minimalismo público²⁶³, vale dizer, a defesa do processo de abstenção do Estado, fundamento necessário à efetividade dos supracitados direitos individuais, de natureza, *a priori*, negativa. No decorrer do século XIX, observou-se, contudo, a progressiva crise do referido modelo. A omissão estatal proporcionou, inegavelmente, o sensível acréscimo das desigualdades sociais, levando ao soerguimento, em diversos países europeus, de inúmeros movimentos revolucionários de base proletária.

À ausência de sustentabilidade do paradigma liberal, somaram-se os perniciosos efeitos dos conflitos bélicos travados e a Grande Depressão, resultante da quebra da bolsa de Nova York (1929). A ampla crise econômica surtiu inegáveis conseqüências no campo social, nomeadamente o agravamento das desigualdades e desafios enfrentados pelas populações marginalizadas²⁶⁴. Em decorrência da constante e crescente insatisfação popular, instaurou-se o intitulado *Estado Social*, que, de fato, apresentou múltiplas e variadas facetas, não obstante a previsão de direitos sociais e econômicos²⁶⁵ tenha se

tornado um incontestado denominador comum. Tais direitos, de natureza *eminente* positiva e coletivista, prevêm e prescrevem uma postura ativa e interventiva do poder público tendente à efetivação dos mesmos.

Os Estados Fascistas consistiram em uma das diversas respostas institucionais ao paradigma liberal. Baseados na hiper-valorização do poder público, em detrimento da pessoa humana, tais organismos, anti-democráticos, anti-liberais e anti-comunistas, asseguraram uma ampla ingerência estatal nas esferas privadas, levando à redução dos espaços libertários e à usurpação de direitos individuais. Tendo em vista a submissão e a dissolução dos particulares no Estado, este se torna um fim em si mesmo, de tal forma a contrariar a lógica esboçada por Kant em seus ensaios. No entanto, direitos econômicos e sociais foram formal e materialmente adquiridos, muito embora em razão de interesses políticos vários, a saber, exemplificativamente, a tendência repressiva a movimentos populares e o conseqüente estancamento da constante ameaça comunista.

O Estado Socialista, por sua vez, baseou-se na assunção de postulados marxistas, em prol de uma sociedade justa e igualitária. O totalitarismo soviético, contudo, propiciou, nos mesmos aspectos do fascismo ítalo-germânico, uma notável perseguição a situações jurídicas de cunho libertário e subjetivo, concomitantemente ao acolhimento de um amplo programa de interferência estatal no domínio coletivo.

trabalho. A Magna Carta mexicana de 1917 representou a primeira manifestação constitucional de direitos sociais e econômicos, seguida pela Constituição de Weimar (1919) e pelas Cartas espanhola (1931) e portuguesa (1933). Segundo Jorge Miranda, “no século XIX encontram-se textos constitucionais precursores da atribuição destes direitos: a Constituição francesa de 1848 (preâmbulo e art. 23) e, de certa maneira, mais modestamente, a nossa Constituição de 1822 [Magna Carta Portuguesa] (arts. 237, 238 e 240). E até a Constituição francesa de 1793 falava em socorros públicos (art. 21)” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. 4 t. p. 23). Hegel, Saint-Simon, Thomas Morus e Tocqueville, ao prescreverem, nos seus respectivos momentos históricos, a necessária efetivação do bem-estar social e da dignidade da pessoa humana, tornaram-se incontestados antecedentes doutrinários do Estado Social.

²⁶² MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 2 t. p. 23.

²⁶³ Em contraposição às recorrentes ingerências e usurpações das liberdades individuais observadas no decorrer do Antigo Regime.

²⁶⁴ Na literatura, por exemplo, o Romantismo burguês, lírico e utópico, cede espaço ao Realismo, baseado na ampla denúncia social (v., entre tantos, Castro Alves, Eça de Queiroz e Machado de Assis).

²⁶⁵ Citam-se, dentre outros, o direito à saúde, à educação, à cultura, à previdência e assistência sociais e o direito ao

Considerado, por muitos, a mais célebre construção teórica de todos os tempos, o Estado de Bem-Estar Social alia a defesa de direitos subjetivos à eficácia de posições sócio-econômicas de vantagem, em um ambiente democrático e faticamente igualitário. A crise do *Welfare State*, como também é denominado, remonta à ausência de sustentabilidade financeira no âmbito da promoção e efetivação da variada gama de direitos sociais e econômicos, que, indubitavelmente, requerem amplos e extensos investimentos estatais. A política fiscal, sustentáculo orçamentário das finanças públicas, mostrou-se, nesses aspectos, quando rigidamente adotada, incompatível com o hodierno sistema global de mercado, baseado na ampla tecnologia e na redução de custos. As crises petrolíferas da década de 70, por sua vez, representaram o derradeiro impulso para o saneamento dos dispêndios administrativos e a conseqüente decadência da concepção paternalista de Estado.

O *Estado Democrático de Direito* consiste no atual paradigma jurídico-constitucional das nações ocidentais²⁶⁶, muito embora os países escandinavos permaneçam atrelados a vastas políticas de matriz social-democrata. Em síntese, há a previsão normativa de direitos individuais, sociais e econômicos, não obstante o Estado tenha reduzido o seu papel no processo de garantia dos direitos eminentemente positivos, que requerem a prestação e a postura interventiva do Poder. Manifestam-se, hodiernamente, diversos fenômenos neoliberais, tais como a privatização de empresas estatais e a instituição de concessões, permissões e parcerias público-privadas em sede de serviços públicos. Uma resposta ao totalitarismo social-fascista, o Estado Democrático de Direito enaltece garantias políticas e libertárias, conjuntamente a prestações sociais e à garantia do acesso à Justiça. “*Em causa, está uma espécie de retorno à dimensão subjectiva dos direitos fundamentais, acentuando o seu aspecto individualístico, mas sem que*

isso tenha forçosamente de significar pôr em causa a sua dimensão social” (SILVA, 2002, p.88)²⁶⁷. Ademais, as hodiernas Constituições, no âmbito do verificado progresso técnico-científico, prevêm e abarcam novéis prerrogativas difusas, tais como o direito ambiental, a inviolabilidade do patrimônio genético e matérias outras nos campos da informática e da biotecnologia.

Conforme ensinamentos de Vasco Pereira da SILVA (2002, p.89 e 91), as dimensões negativa e positiva das prerrogativas constitucionais são relativas, pois

[...] do ponto de vista dogmático, todos os direitos fundamentais possuem uma vertente negativa, que impede a existência de agressões estaduais no domínio constitucionalmente protegido, ao mesmo tempo que possuem uma vertente positiva, que obriga à colaboração dos poderes públicos para a sua realização [...] [e] aquilo que pode apresentar variações, em cada um deles, é apenas o peso relativamente maior ou menor das respectivas vertentes positiva e negativa²⁶⁸.

Logo, o eminente professor luso considera que “*[...] mesmo os direitos fundamentais ‘clássicos’, ou de primeira geração, não dependem apenas de uma mera abstenção estadual, como até aí se dizia, antes implicam também a colaboração do Estado para a sua realização.*” A supracitada prática re-interpretativa dos direitos subjetivos decorre, sobremaneira, da crise do modelo liberal e da imbricação de componentes sociais, direcionados à emergência de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, Constituição da República Federativa do Brasil/1988; art. 1º da Constituição da República Portuguesa/1976). A liberdade, por exemplo, não é plenamente assegurada se inexistente o acesso ao ensino, vale dizer, à educação, pressuposto necessário ao desenvolvimento e à fática conquista da cidadania.

²⁶⁶ “art. 2º: A República Portuguesa é um Estado de direito democrático [...]” (Constituição da República Portuguesa, 1976); “art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]” (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988)

²⁶⁷ SILVA, Vasco Pereira da. *Verde: Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 88.

²⁶⁸ SILVA, Vasco Pereira da. *Verde: Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 89 e 91.

3. O soerguimento do estado de bem-estar ambiental

No decorrer do século XX, as nefastas manifestações dos impactos ambientais proporcionados ou intensificados pela ação antrópica propiciaram uma crescente tomada de consciência pela população mundial. A crise petrolífera dos anos 70, por exemplo, resultante do conflito árabe-israelense do *Yom Kippur* (1973), demonstrou a extenuação de recursos naturais não-renováveis, impulsionando, inclusive, o processo de decadência do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*). Os movimentos *hippie* e estudantil, o ecomalthusianismo e a proliferação de Partidos Verdes em diversos países evidenciaram a inserção da temática ambiental nas discussões sociais e nas agendas políticas governamentais.

A magna previsão do direito a um ambiente de vida sadio e ecologicamente equilibrado é resultado da supracitada cultura popular, aliada à ocorrência de inúmeras conferências internacionais nesta matéria²⁶⁹. Assim sendo, a Constituição é, irrefutavelmente, “expressão da organização social, seja como expressão das idéias duradouras na comunidade política, seja como ordenamento resultante das instituições, das forças e dos fins políticos” (MIRANDA, 2000, p.53)²⁷⁰. Entre os anos 50 e 70, eram parcas e escassas as disposições eco-constitucionais. Como ensina CANOTILHO (2005, p.49),

A Constituição Portuguesa de 1976 é das primeiras a positivar constitucionalmente o ambiente como *direito fundamental*. Logo a seguir é a Espanha que *expressis verbis* consagra na Constituição de 1978 o direito de todos a “disfrutar de um ambiente adequado para o

desenvolvimento da pessoa, bem como o dever de o conservar” (art. 45)²⁷¹.

Hoje, no entanto, a consagração constitucional do direito ao ambiente é notoriamente difusa²⁷². Ademais, na doutrina portuguesa, destaca-se a dupla vertente das questões ambientais, pois

[...] tanto existem *direitos subjectivos* das pessoas relativamente ao meio-ambiente, no quadro de relações que têm como sujeitos passivos entidades públicas e privadas, como a *tutela objectiva* de bens ambientais [“*direito do ambiente*”, conforme Gomes Canotilho]. E uma coisa são os direitos das pessoas, nas relações jurídicas (públicas ou privadas) de ambiente, outra coisa é a consideração das realidades ambientais como bens jurídicos, que implica a existência de deveres objectivos (de atuação e abstenção) tanto de autoridades legislativas, administrativas e judiciais, como de privados. (grifo nosso) (SILVA, 2002, p.26-27)²⁷³.

As dimensões objetiva e subjetiva do meio ambiente correspondem, entretanto, a duas facetas de uma

²⁶⁹ Citam-se, por exemplo, a 1ª Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente, realizada em Estocolmo (1972), na qual, oportunamente, prolatou-se a Declaração de Estocolmo; e a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro (1992), propiciando as assinaturas da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, da Convenção sobre Diversidade Biológica e da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança Climática, assim como o estabelecimento da Agenda 21.

²⁷⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 53. 2 t.

²⁷¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. O direito ao ambiente como direito subjectivo. In: *A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - *Studia Iuridica* 81, Colloquia 13. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 49.

²⁷² Grande parte das Constituições vigentes prescreve o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, concomitantemente ao dever de defendê-lo. O artigo 20 da Constituição alemã (Revisão de 1994) determina que “*assumindo a responsabilidade frente a gerações vindouras, o Estado protege os bens naturais da vida, fazendo-o no respeito pela ordem constitucional, através de legislação e da atuação conforme a lei e em respeito dos poderes executivo e judicial*”. A Constituição de Cuba, de forma mais sintética, prevê a proteção ao meio ambiente no artigo 27: “*Para assegurar o bem-estar de todos os cidadãos, o Estado e a sociedade protegem a natureza. Incumbe aos órgãos competentes e, ademais, a cada cidadão velar para que sejam mantidas limpas as águas e a atmosfera e que proteja o solo, a flora e a fauna*”. Conferir, ainda, dentre outras, as Constituições da Itália, de 1947 (art. 9º); da Suíça, após a revisão total de 1948 (arts. 22 – *quater*, 24 – *quater*, 24 – *sexies* e 24 – *septies*); da Índia, de 1949 (arts. 48 – A e 51, alínea g); do Chile, de 1981 (art. 19, nº8); da China, de 1982 (arts. 9º e 26); do Irã, de 1986 (art. 50) e das Filipinas, de 1987 (seção 16, art. II).

²⁷³ SILVA, Vasco Pereira da. *Verde: Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 26-27.

mesma moeda. A materialização do direito ambiental e a efetivação da tutela jurídico-objetiva são realidades que se encaixam e se completam, levando à preservação dos componentes ecológico-paisagísticos, *ultima ratio* do Estado de Bem-Estar Ambiental.

A Constituição da República Portuguesa (1976) prescreve, em seu artigo 66, n°1, que “*todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.*” Na mesma linha, a Magna Carta brasileira (1988) dispõe, *in verbis*: “*Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*” (artigo 225, *caput*).

O direito ao ambiente insere-se na terceira geração dos ditos direitos fundamentais, não obstante a oposição e crítica de determinadas correntes doutrinárias. Há quem esboce a preferência pelo termo “*interesse difuso*”, muito embora, segundo MAGALHÃES (2002, p.319), seja aconselhável o uso da locução “*direito fundamental difuso*”, pois o ambiente de vida ecologicamente equilibrado deixou o plano de simples e mero interesse, haja vista a instituição de uma verdadeira cultura jurídico-ambiental²⁷⁴.

Ademais, considerando o ambiente um dado bem jurídico público ou coletivo, insuscetível de apropriação privada²⁷⁵, recorrentes são os posicionamentos doutrinários negativos do direito que sobre ele se tenha. No entanto, a *fruição individual* do meio ambiente gera concretas relações jurídicas que encerram direitos e deveres *subjetivos* em matéria ambiental (SILVA, 2002,

²⁷⁴ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 1 t. p.319.

²⁷⁵ “Os bens que integram o meio ambiente planetário, como água, ar e solo, devem satisfazer as necessidades comuns de *todos* os habitantes da Terra. As necessidades comuns dos seres humanos podem passar tanto pelo uso como pelo não uso do meio ambiente.” (grifo nosso) (LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. 15.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p.57.). Nesses aspectos, prescreve a Magna Carta brasileira: “*todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.*” (grifo nosso) (art. 225, Constituição da República Federativa do Brasil).

p.95)²⁷⁶, pelo que, a despeito da pretensa indeterminação dos titulares de direitos difusos, é *determinável* o sujeito da prerrogativa em questão.

Os supramencionados dispositivos constitucionais propiciam aos respectivos jurisdicionados não somente o gozo de situações jurídicas de vantagem²⁷⁷ em face de agentes públicos e privados, como também o necessário cumprimento de *deveres* em matéria ambiental. Nesses aspectos, as instituições estatais²⁷⁸ e a sociedade civil sujeitam-se a normas de conduta que visam à proteção e preservação ecológicas, fontes de bem-estar para as presentes e futuras gerações. Logo,

não basta a vontade de usar esses bens ou a possibilidade tecnológica de explorá-los. É preciso estabelecer a razoabilidade dessa utilização, devendo-se, quando a utilização não seja razoável ou necessária, negar o uso, mesmo que os bens não sejam atualmente escassos. (LEME MACHADO, 2007, p.58)²⁷⁹.

²⁷⁶ SILVA, Vasco Pereira da. *Verde: Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 95.

²⁷⁷ O direito ao ambiente é juridicamente tutelável mediante a ação popular e a ação civil pública. “*art 52, n° 3: É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para: a) promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural;*” (grifo nosso) (Constituição da República Portuguesa) “*art 5°, LXXIII: qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo [...] ao meio ambiente e ao património histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência*”. (grifo nosso) (Constituição da República Federativa do Brasil). Conferir, ainda, a lei 7.347/85, referente à ação civil pública.

²⁷⁸ Conferir, nesses aspectos, o princípio da intervenção obrigatória do Poder Público.

²⁷⁹ LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 58.

4. A teoria da indivisibilidade dos direitos fundamentais: a conexão existente entre as normas de cunho ambiental e as demais situações jurídicas de vantagem

Segundo MAGALHÃES (2002, p.30-31), os direitos fundamentais, a despeito da segmentação paradigmática, encontram-se interligados e associados. “A teoria da indivisibilidade afirma justamente a condição dos direitos sociais e econômicos como pressupostos de exercício das liberdades políticas e individuais”²⁸⁰. O direito ambiental, assim, associa-se e converge para com direitos de natureza individual, social e econômica.

Atualmente, as Constituições dos hodiernos Estados Democráticos de Direito prescrevem não somente o direito à vida, como também o *direito à sadia qualidade de vida* (art. 5º, *caput* e art. 225, *caput* da Constituição Federal brasileira; art. 24 e art. 9º, ‘d’, da Constituição da República Portuguesa)²⁸¹, que, por sua vez, pressupõe, indubitavelmente, a materialização do direito à saúde, considerando-se tais faculdades associadas à existência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois o uso e gozo de componentes naturais preservados ou restaurados é fundamental para a satisfação das necessidades, do lazer, da saúde e do bem-estar humanos.

art. 200: Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: IV – participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. (Constituição da República Federativa do Brasil).

art. 64, nº2: O direito à protecção da saúde é realizado: b) pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais [...] e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo [...]. (grifo nosso) (Constituição da República Portuguesa)

²⁸⁰ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 2 t. p. 30-31.

²⁸¹ Conferir, dentre outros, MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 30.

A emergência do paradigma social de Estado propiciou o arrefecimento da lógica individualista e a afirmação de valores trans-subjetivos. O direito à propriedade, nesses aspectos, ficou-se reinterpretado pela hodierna dogmática jurídica e sujeito, conseqüentemente, a uma devida e novel *função social* que o limita e orienta²⁸², haja vista a necessária tutela de direitos difusos. Como assevera Francisco AMARAL (2003, p.145-147),

Na época moderna, consagrada pelo liberalismo e definida pelo Código de Napoleão (art. 544), a propriedade consagrou-se como um direito unitário, absoluto, perpétuo, exclusivo e ilimitado. [...] A função social da propriedade e o abuso de direito são construções teóricas, decorrentes da passagem do Estado de Direito, ou liberal [...], para o Estado Social²⁸³.

O Estado protetor do ambiente inseriu a função socioambiental da propriedade privada no ordenamento

²⁸² A Constituição da República Federativa do Brasil contém inúmeras referências à função social da propriedade: art. 5º, XXIII; art. 170, III; art. 173, §1º, I; art. 182, §2º; art. 184, *caput*; art. 185, parágrafo único e art. 186. Segundo Maria Elizabeth Moreira Fernandez, “[...] a Constituição da República Portuguesa não acolhe de forma expressa e inequívoca a submissão da propriedade privada ao desempenho de uma função social ou de uma função ecológica e nem sequer autoriza o legislador ordinário, pelo menos de modo explícito, a produzir leis que promovendo o desempenho daquelas funções, reduzam ou restrinjam as competências ou as faculdades inerentes ao direito fundamental em apreço. Todavia, [...] estas circunstâncias não transformam, a contrario, o direito de propriedade privada num direito [...] de natureza absoluta e ilimitada.”, e não negam, nos mesmos aspectos, o desempenho da supracitada função pela prerrogativa fundamental em causa. (FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. *Direito ao Ambiente e Propriedade Privada*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Studia Iuridica 57. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 204). Conforme ensinamentos de Fernandez, a função social da propriedade privada decorre da concorrência deste direito com outros interesses de igual valia, a exemplo do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, “[...] a propriedade não é um valor absoluto e terá de se subordinar ao interesse colectivo traduzido no ambiente.” (MIRANDA, Jorge. Entrevista a *Forum Ambiente*. In: *Constituição e Cidadania*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 278).

²⁸³ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 145-147.

jurídico pátrio. Nesta seara, o proprietário assume não somente obrigações jurídicas negativas, consistentes em um prolatado dever de abstenção, como também se sujeita à observância de condutas ou comportamentos positivos correlatos a direitos em matéria ambiental. O artigo 1228, §1º, do Código Civil brasileiro prescreve, *in verbis*:

art. 1228, §1º: O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. (Código Civil brasileiro, 2002).

Nos mesmos aspectos, dispõe a Constituição Federal:

art. 182, §2º: A propriedade urbana cumpre sua função social quanto atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. » « art. 186: A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: II – *utilização adequada dos recursos naturais disponíveis* e preservação do meio ambiente. (Constituição da República Federativa do Brasil)

O poder constituinte brasileiro, da mesma forma, estabeleceu, ainda, a necessária educação ambiental em todos os níveis de ensino (art. 225, §1º, VI, CF/1988), assim como o veto a propagandas de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos ao meio ambiente (art. 220, §3º, II, CF/1988). O direito à educação e o exercício da comunicação social tornam-se, assim, balizados pela necessária proteção dos recursos naturais²⁸⁴. A Magna Carta lusa dispõe, neste âmbito:

²⁸⁴ A Constituição da República Portuguesa não restringe a comunicação social em observância de *direitos económicos, sociais e culturais*, dos quais o direito a um ambiente de vida ecologicamente equilibrado faz parte. A Magna Carta lusa dispõe, *in verbis*: “art. 39, nº1: *Cabe a uma entidade administrativa independente assegurar nos meios de comunicação social: d) o respeito pelos direitos, liberdades e garantias pessoais;*” (grifo nosso) (Constituição da República Portuguesa).

art. 66, nº2: Para assegurar o direito ao ambiente, [...] incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos: g) promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente; (Constituição da República Portuguesa, 1976).

A ordem econômica e financeira, nos mesmos aspectos, é norteada pela “*defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação*” (art. 170, VI, da Constituição da República Federativa do Brasil)²⁸⁵.

5. Direito ambiental constitucional: os princípios fundamentais em matéria ambiental nas constituições brasileira e portuguesa

O Direito Ambiental Constitucional corresponde às regras e princípios ambientais assentes nas Magnas Cartas dos hodiernos Estados Democráticos de Direito.

Os célebres princípios em matéria ambiental – nomeadamente, os princípios da prevenção e precaução, do desenvolvimento sustentável, do poluidor-pagador, da globalidade e da solidariedade entre gerações – são formalizados em diversas constituições e tratados, adquirindo notória importância na ordem jurídica e nas agendas políticas governamentais.

5.1. Princípios da prevenção e precaução

Amplio debate doutrinário acerca da existência, em apartado, dos princípios da prevenção e precaução é verificado na ciência jurídico-ambiental brasileira. Segundo LEME MACHADO (2007, p.74),

²⁸⁵ Dispõe a Magna Carta lusa: “art. 90: *Os planos de desenvolvimento económico e social têm por objectivo promover o crescimento económico, o desenvolvimento harmonioso e integrado de sectores e regiões, a justa repartição individual e regional do produto nacional, a coordenação da política económica com as políticas social, educativa e cultural, a defesa do mundo rural, a preservação do equilíbrio ecológico, a defesa do ambiente e a qualidade de vida do povo português*”. (Constituição da República Portuguesa)

em caso de certeza do dano ambiental, este deve ser prevenido, como preconiza o *princípio da prevenção*. Em caso de dúvida ou de incerteza, também se deve agir prevenindo. Essa é a grande inovação do *princípio da precaução*. A dúvida científica, expressa com argumentos razoáveis, não dispensa a prevenção. (grifo nosso)²⁸⁶.

Paulo de Bessa ANTUNES (2004, p.37), da mesma maneira, considera o princípio da prevenção aplicável a “*impactos ambientais já conhecidos e que tenham uma história de informações sobre eles*”²⁸⁷. Apesar da pretensa existência do princípio da precaução²⁸⁸, de cunho prospectivo, doutrina Vasco Pereira da SILVA (2002, p.67), corretamente:

o conteúdo do princípio da prevenção [...] tanto se destina, em sentido restrito a evitar *perigos* imediatos [iminentes] e concretos, de acordo com uma lógica imediatista e actualista, como procura, em sentido amplo, afastar eventuais *riscos* futuros, mesmo que não ainda inteiramente determináveis, de acordo com uma lógica mediatista e prospectiva, de antecipação de acontecimentos futuros. [...] Em minha opinião, preferível à separação entre prevenção e precaução como princípios distintos e autônomos é a construção de uma noção ampla de prevenção, adequada a resolver os problemas com que se defronta o jurista do ambiente. (grifo nosso)²⁸⁹.

²⁸⁶ LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 74.

²⁸⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 37.

²⁸⁸ O Tratado constitutivo da União Européia, por exemplo, prescreve que “*a política da Comunidade no domínio do ambiente [...] basear-se-á nos princípios da precaução e da ação preventiva*” (art. 174, n°2, Tratado de Roma, 1957). Os países de língua inglesa utilizam, mormente, a distinção entre os supracitados princípios, caminhando, no mesmo sentido, boa parte da jurisprudência internacional.

²⁸⁹ SILVA, Vasco Pereira da. *Verde: Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 67. No mesmo sentido, Édis Milaré e José Adércio Leite Sampaio. Atentar-se para a distinção existente entre *risco*, de natureza futura, sobre o qual se assenta o pretense princípio da precaução; e *perigo*, de cunho imediatista, associado à lógica da prevenção, diferença esta reputada artificial e imprecisa, assim como entendimento do professor Vasco Pereira da Silva. Eckard Reh binder, citado por Paulo Affonso Leme Machado, acentua que “*a Política Ambiental não se limita à eliminação ou redução da poluição já existente*

Como assevera José Adércio Leite SAMPAIO (2003, p.72), em consonância com os ensinamentos de Carl F. Cranor, “[...] *a complexidade dos ecossistemas sempre introduz algum grau de incerteza, inclusive sobre danos supostamente conhecidos e previsíveis*”²⁹⁰, de tal modo a arrefecer a rígida distinção entre os princípios abordados.

Uma análise terminológica atesta a irrefutável abrangência dos denominados atos preventivos. Prevenção, do latim *praevenire* (*prae* = antes, *venire* = vir), significa ato de antecipar-se; a precaução, por sua vez, é dotada de maior especificidade, pois equivale à assunção antecipada (*prae*) de um cuidado (*cavere*).

Adotar-se-á, neste artigo, um conceito *lato* do princípio da prevenção. No entanto, far-se-á estudo investigativo das peculiares características da precaução, na qualidade de princípio autônomo do Direito Ambiental.

O **princípio da prevenção**, pressupondo uma sociedade sujeita a riscos, perigos ou ameaças, incumbe ao Estado, na figura do agente público, munido da necessária cautela, a realização de um prognóstico das possíveis e prováveis conseqüências ambientais decorrentes de suas decisões e de fatos jurídicos externos, adotando, assim, as imperiosas medidas que os previnam ou minimizem. O estudo de impacto ambiental²⁹¹, por

ou iminente (*proteção contra o perigo*), mas faz com que a poluição seja combatida desde o início (*proteção contra o simples risco*) e que o recurso natural seja desfrutado sobre a base de um rendimento duradouro.” (grifo nosso) (LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 64).

²⁹⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. In: *Princípios de Direito Ambiental – na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 72.

²⁹¹ Conferir, nesses aspectos, o artigo 225, §1º, IV da Constituição da República Federativa do Brasil (1988). A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (*National Environmental Protection Act – NEPA*), de 1969, disciplinou, nos Estados Unidos, o Estudo de Impacto Ambiental. A legislação norte-americana demonstrou-se inovadora e vanguardista, neste sentido. O Princípio 17 da Declaração do Rio de Janeiro, votada no âmbito da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (1992), determina: “*A avaliação de impacto ambiental, como instrumento nacional, deve ser*

exemplo, necessário à licença de atividades públicas e privadas potencialmente lesivas ao meio ambiente, é um inegável procedimento administrativo de cunho preventivo. Através dele, os agentes públicos, ao diagnosticarem o perigo de dano, vetam ou condicionam a aprovação de obras ou projetos econômicos, visando à proteção dos recursos naturais²⁹². O princípio aqui abordado propicia a inversão do ônus da prova e impõe ao autor potencial a demonstração da inexistência denexo causal entre a sua atividade e ulteriores danos constatáveis. Assim sendo, “[...] para não adotar medida preventiva ou corretiva é necessário demonstrar que certa atividade não danifica seriamente o ambiente e que essa atividade não causa dano irreversível” (LEME MACHADO, 2007, p.79)²⁹³.

Tal princípio não somente vincula os Poderes de Estado, como também propicia parâmetros de atuação e comportamento das pessoas físicas e jurídicas. Segundo Luis Ortega ÁLVAREZ (2000, p.52), “*el principio de prevención es fundamental en la actuación ambiental, debido al alto potencial de irreparabilidad de los daños ambientales [...]*”²⁹⁴.

O **princípio da precaução**, segundo parcela da doutrina brasileira, está alicerçado na tripla fonte de incertezas: a ignorância científica acerca da existência e natureza do dano ambiental; o desconhecimento da extensão dos seus perniciosos efeitos ecológicos e a

empreendida para atividades planejadas que possam vir a ter impacto negativo considerável sobre o meio ambiente, e que dependam de uma decisão da autoridade nacional competente”.

²⁹² A obtenção da licença ambiental para o exercício da atividade de abastecimento requer dos postos de combustíveis a observância de inúmeras diretrizes e normas de conduta. Assim, por exemplo, é necessária a entrega do comprovativo de destinação segura dos resíduos gerados, de tal forma a evitar a contaminação do solo e dos recursos hídricos. Em tal seara, no decorrer da atividade licenciada, o indicativo de vazamentos ou rupturas dos tanques armazenadores de combustíveis sujeita o empreendedor à apresentação periódica de estudos de monitoramento do solo.

²⁹³ LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 79.

²⁹⁴ ÁLVAREZ, Luis Ortega. *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*. 2. ed. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. p. 52.

ausência de irrefutáveis provas indicativas donexo causal existente com o fato sujeito a avaliação e controle²⁹⁵. A seriedade ou a irreversibilidade dos danos, embora previamente indeterminados, justifica a adoção de imediatas medidas que os previnam ou minimizem, pois diante do risco, *in dubio pro natura*. Nesses aspectos, na atual dinâmica social, “*o passado perde sua função determinante para o presente. É o futuro que vem substituí-lo e é, então, alguma coisa de inexistente, de construído, que se torna a ‘causa’ da experiência e da ação no presente*” (LEME MACHADO, 2007, p.64)²⁹⁶. A Declaração do Rio de Janeiro, votada no âmbito da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, reunida no Rio de Janeiro, em 1992, disciplina:

Princípio 15: De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. (Declaração do Rio de Janeiro).

A avaliação dos *riscos*²⁹⁷, futuros e indeterminados, e o conseqüente veto ou condicionamento da atividade sujeita a controle são, portanto, indubitavelmente, caracterizados por elevado grau de incerteza. De tal forma a reduzir e limitar a arbitrariedade do agente público, propiciando maior transparência da atividade administrativa, há consentimento generalizado assente em determinados parâmetros decisórios, de cunho vinculativo, no âmbito da precaução, complementares aos princípios da

²⁹⁵ Onexo de causalidade é, nesta seara, *relativamente* presumido. Admite-se, pois, prova em contrário.

²⁹⁶ LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 64.

²⁹⁷ O princípio da precaução, assim como o correlato princípio preventivo, é orientado por duas fases – o cálculo de riscos e a adoção de medidas protetoras dos recursos naturais.

Administração Pública²⁹⁸. Requer-se, assim, inicialmente, a análise de eficácia das medidas adotadas em função dos custos, conforme os ditames do princípio do desenvolvimento sustentável. Ademais, caberá impugnação de injustificada e desproporcional decisão administrativa, haja vista a existência de notório excesso de poder. Logo, “[...] as medidas não podem ser desproporcionais em nível desejado de proteção e não devem postular risco zero [...]” (SAMPAIO, 2003, p.66)²⁹⁹. O agente público, por fim, deve estar atento a eventual superveniência de conhecimentos científicos acerca do incógnito risco de dano, de tal maneira a prolar, portanto, em razão da certeza, atos administrativos de maior eficácia, tornando-se a precaução sujeita à temporariedade.

Segundo José Adércio Leite SAMPAIO (2003, p.64-65), em conformidade com os ensinamentos de Jordan e O’Riordan,

A razoabilidade, nesses termos, impõe-se como um critério valorativo e de juízo de adequação acautelatórios entre as informações disponíveis sobre a atividade e o dano, tanto no que diz respeito à sua ocorrência, quanto no pertinente ao grau de certeza de seus reflexos sobre o ambiente e a saúde humana, e a necessidade de assunção social do risco. É aqui que se instala a maior dificuldade do princípio, pois a percepção do risco é variável de cultura para cultura e até dentro do mesmo cenário cultural³⁰⁰.

Tal diretiva da atividade pública é expressamente consagrada nas constituições brasileira e portuguesa, a saber:

art. 225: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado [...]» «§1º: Para

assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I – [...] *prover o manejo ecológico* das espécies e ecossistemas; II – [...] *fiscalizar* as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV – *exigir*, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, *estudo prévio de impacto ambiental*, a que se dará publicidade; V – *controlar* a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem *risco* para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VII – *proteger* a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em *risco* sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. » « §6º: As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas. (grifo nosso) (Constituição da República Federativa do Brasil).

art. 66, n°2: Para assegurar o direito ao ambiente, [...] incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos: a) *prevenir* e *controlar* a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão; b) *ordenar e promover o ordenamento do território*, tendo em vista uma correcta localização das actividades, um equilibrado desenvolvimento sócio-econômico e a valorização da paisagem; c) [...] *classificar* e *proteger* paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico; (grifo nosso) (Constituição da República Portuguesa).

5.2. Princípio do desenvolvimento sustentável

O princípio do desenvolvimento sustentável, por sua vez, postula a necessária avaliação e ponderação de projetos de cunho econômico, públicos ou privados, tendo em vista os impactos e custos ambientais resultantes. Nesses aspectos, “*la importancia de este principio es que pretende modular e integrar dos valores necesarios para la humanidad: el crecimiento económico del que se derive una mejor calidad de vida material y la protección del*

²⁹⁸ Princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

²⁹⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. In: *Princípios de Direito Ambiental – na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 66.

³⁰⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. In: *Princípios de Direito Ambiental – na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 64-65.

médio ambiente” (ÁLVAREZ, 2000, p.50)³⁰¹. Em tal seara, os poderes públicos, no âmbito das atividades administrativa e legislativa, devem, segundo a denominada “*fundamentação ecológica*”, justificar e demonstrar a sustentabilidade ambiental de suas medidas e decisões de caráter desenvolvimentista, sob pena de afastamento, por inconstitucionalidade, de atos insuportavelmente gravosos para o meio ambiente (SILVA, 2002, p.73)³⁰².

A sociedade, da mesma forma, sujeitar-se-á, segundo o princípio em questão, a sustentáveis padrões de vida, assumindo, exemplificativamente, razoáveis índices consumistas, visto que a *ratio* de toda a produção é o uso e o consumo humanos, nas suas variadas facetas (MILARÉ, 2001, p.106)³⁰³.

Dada a extenuação e a fragilidade de inúmeros recursos naturais, o adequado aproveitamento dos mesmos, a cargo das esferas pública e privada, é imperioso para a conquista do equilíbrio ecológico. As crises petrolíferas da década de 70, por exemplo, demonstraram e revelaram a necessária exploração racional de hidrocarbonetos, insumo basilar das principais matrizes energéticas globais. As Constituições brasileira e portuguesa abarcam o princípio nas seguintes disposições:

art. 186: A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência

³⁰¹ ÁLVAREZ, Luis Ortega. *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*. 2. ed. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. p. 50.

³⁰² SILVA, Vasco Pereira da. *Verde: Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 73. O Princípio 4 da Declaração do Rio (1992) preceitua: “*Para se alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção do meio ambiente deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente em relação a ele.*” O licenciamento de atividades potencialmente lesivas a componentes naturais deverá, pois, suceder à avaliação de impacto ambiental, inserta no âmbito da fundamentação ecológica prolatada pelo Poder Público.

³⁰³ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 106. “*Para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma melhor qualidade de vida para todas as pessoas, os Estados deveriam reduzir e eliminar os sistemas de produção e consumo não-sustentáveis e fomentar políticas demográficas apropriadas.*” (Princípio 8 da Declaração do Rio, 1992).

estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: II – *utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.*» «art. 225, §4º: A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. (grifo nosso) (Constituição da República Federativa do Brasil).

art. 66, n°2: Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um *desenvolvimento sustentável*, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos: b) ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correcta localização das actividades, *um equilibrado desenvolvimento sócio-econômico* e a valorização da paisagem; d) promover o *aproveitamento racional dos recursos naturais*, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações. » « art. 93, n° 1: São objectivos da política agrícola: d) *assegurar o uso e a gestão racionais* do solo e dos restantes recursos naturais, bem como a manutenção da sua capacidade de regeneração; (grifo nosso) (Constituição da República Portuguesa)

5.3. Princípio do poluidor-pagador

O princípio do poluidor-pagador, aplicável a produtores e consumidores independentemente de crime ambiental, objetiva a compensação financeira dos danos ecológicos proporcionados por atividades de cunho econômico e dos subseqüentes custos tendentes à regeneração ambiental. Conforme ensinamentos de Édis MILARÉ (2001, p.117), “*o princípio não objetiva, por certo, tolerar a poluição mediante um preço, nem se limita apenas a compensar os danos causados, mas sim, precisamente, evitar o dano ao ambiente*”, incentivando o supracitado desenvolvimento sustentável. O pagamento “[...] *não alforria condutas inconstituintes, [pois] trata-se do princípio do poluidor-pagador (poluiu, paga os danos), e não pagador-poluidor (pagou, então pode poluir)*”³⁰⁴.

³⁰⁴ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 117. A Declaração do Rio, em seu Princípio 16, dispõe que “*as autoridades*

A doutrina brasileira, apoiando-se na normativa constitucional pátria, considera o princípio abarcado pela responsabilidade civil em matéria ambiental.

art. 225, §3º: As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. (grifo nosso) (Constituição da República Federativa do Brasil).

art. 66, n° 2: Para assegurar o direito ao ambiente [...], incumbe ao Estado [...]: assegurar que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com protecção do ambiente e qualidade de vida. (Constituição da República Portuguesa)

Segundo LEME MACHADO (2007, p.61), o gozo de determinados recursos naturais escassos, constatada ou não a ocorrência de dano, sujeita o utilizador a pagamento de contribuições³⁰⁵. O princípio do usuário-pagador torna-se, assim, gênero, do qual o princípio do poluidor-pagador é espécie.

Em diversos países, a carga tributária incidente sobre produtos e serviços abarca as denominadas *green taxes*, isto é, taxas coligadas e direcionadas a fundos de preservação e reabilitação dos componentes ambientais naturais³⁰⁶. Em Portugal, por exemplo, reformas no sistema fiscal têm desempenhado decisivo papel no adimplemento dos compromissos assumidos pelo país no Protocolo de Kyoto (1997). Nesses aspectos, cita-se a redução de impostos automotivos³⁰⁷ associados a

nacionais deveriam procurar fomentar a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em conta o critério de que o que contamina deveria, em princípio, arcar com os custos da contaminação, tendo devidamente em conta o interesse público e sem distorcer o comércio nem as inversões internacionais”.

³⁰⁵ LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 61.

³⁰⁶ Parcela das receitas lusitanas resultantes dos tributos cobrados em matéria ambiental é direcionada ao Fundo Florestal Permanente, o qual apóia a prevenção de fogos florestais e a gestão sustentável das reservas naturais.

³⁰⁷ A tributação automotiva reflete os custos sociais decorrentes das emissões de poluentes, do desgaste das infra-estruturas públicas e da utilização de recursos não-renováveis – nomeadamente, hidrocarbonetos

veículos movidos a gás natural ou equipados com motores híbridos, pelo que o sistema tributário permite incentivar escolhas e comportamentos ecologicamente mais adequados.

5.4. Princípio da globalidade

As conseqüências trans-fronteiriças de inúmeros impactos ambientais propiciaram a formulação doutrinária do princípio da globalidade, segundo o qual chefes de Estado e de governo sujeitam-se ao necessário fomento de políticas ecológicas conexas ou comuns, tendentes à efetiva tutela dos componentes naturais em escala internacional. Nesta seara, os países desenvolvidos, orientados pela perspectiva solidária, devem cooperar e auxiliar as nações de inferior condição econômica, no que tange à transferência de tecnologias que propiciem o desenvolvimento sustentável e a protecção do meio ambiente nas suas variadas facetas.

Princípio 7: Os Estados cooperarão espírito de parceria global para conservar, proteger e recuperar a saúde e integridade do ecossistema da Terra. [...]» « Princípio 9: Os Estados deverão cooperar para reforçar as capacidades próprias endógenas necessárias a um desenvolvimento sustentável, melhorando os conhecimentos científicos através do intercâmbio de informações científicas e técnicas, e aumentando o desenvolvimento, a adaptação, a difusão e a transferência de tecnologias incluindo tecnologias novas e inovadoras; (Declaração do Rio, 1992) (conferir, também, os princípios 2 e 18)

art. 4º: A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: IX – *cooperação entre os povos para o progresso da humanidade*; (grifo nosso) (Constituição da República Federativa do Brasil).

art. 7º, n°1: Portugal rege-se nas relações internacionais pelos princípios [...] da cooperação com todos os outros povos para a emancipação e o progresso da humanidade. (grifo nosso) (Constituição da República Portuguesa)

combustíveis –, proporcionados pela utilização de veículos automotores.

5.5. Princípio da solidariedade entre gerações

O princípio da solidariedade entre gerações postula a imperiosa observância dos interesses vindouros, haja vista a hodierna escassez dos recursos naturais. Para tanto, é imprescindível a eficácia dos princípios da prevenção, do desenvolvimento sustentável e do aproveitamento racional dos recursos naturais, aliados a uma cogente política fiscal. Conforme ensinamentos de Gomes CANOTILHO (2005, p.47), “[...] os comportamentos ecológica e ambientalmente relevantes da geração actual condicionam e comprometem as condições de vida das gerações futuras”³⁰⁸.

Nesses aspectos, *in verbis*:

art. 225, *caput*: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (grifo nosso) (Constituição da República Federativa do Brasil).

art. 66, n° 2: Para assegurar o direito ao ambiente [...], incumbe ao Estado [...]: d) promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações; (grifo nosso) (Constituição da República Portuguesa)

Referências bibliográficas

ÁLVAREZ, Luis Ortega. *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*. 2.ed. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes. O direito ao ambiente como direito subjectivo. In: *A tutela jurídica do meio ambiente:*

³⁰⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. O direito ao ambiente como direito subjectivo. In: *A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Stvdia Ivridica 81, Colloquia 13. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 47.

presente e futuro. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Stvdia Ivridica 81, Colloquia 13. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. José Adércio Leite Sampaio (Coordenador). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. *Direito ao Ambiente e Propriedade Privada*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Stvdia Ivridica 57.. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. 15.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. t.2.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.117.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. 4 t.

_____. *Manual de Direito Constitucional* .4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p.53. 2 t.

_____. A Constituição e o Direito do Ambiente. In: *Direito do Ambiente*. Oeiras: Instituto Nacional de Administração (INA), 1994.

_____. Entrevista a *Forum Ambiente*. In: *Constituição e Cidadania*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. In: *Princípios de Direito Ambiental – na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, Vasco Pereira da. *Verde: Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002.

SOUZA OLIVEIRA, A. P. Pressupostos e requisitos do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1396, 28 abr. 2007.

Disponível em:

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9805>