



ISSN 1808 - 6470

Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará

THEMIS

REVISTA DA ESMEC

Publicação Oficial da Escola Superior da Magistratura
do Estado do Ceará – ESMEC

Themis Fortaleza V.5 n.2 p. 1-253 ago/dez 2007

Pede-se que acusem o recebimento deste
volume da “Revista” e solicita-se permuta
Rogamus ut acceptionem nunties
Se ruego acusar recibo dei presente numero
Con preghiera di accusare ricevuta dei presente
numero
On prie de vouloir bien accuser reception de
cette revue
Please acknowledge receipt of this exemplar
Bitte, den Empfang dieser Zeitchrift zu
beschinigen
Oni peats konfirmi la ricevon

**FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA POR
MARIA DO SOCORRO CASTRO MARTINS – CRB-3/775**

**THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da
Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, 2007**

**v. 5, n. 2, ago/dez
Semestral
ISSN 1808-6470**

1. Doutrina. 2. Jurisprudência.

**I. Escola Superior da Magistratura do Estado do
Ceará-ESMEC**

CDU: 340(05)

© TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ

Edifício Desembargador Júlio Carlos de Miranda Bezerra

Tel. (0XX85) 3278-6242/4013 E-mail: esmec@gmail.com

Rua Ramires Maranhão do Vale, 70 – Edson Queiroz

CEP 60811-670 Fortaleza-CE

DIREÇÃO

Desembargador João Byron de Figueirêdo Frota

COORDENAÇÃO

Juiz Washington Luiz Bezerra de Araújo

ORGANIZAÇÃO DE TEXTOS

Flávio José Moreira Gonçalves

REVISÃO

Maria de Fátima Neves da Silva

CONSELHO CONSULTIVO

Águeda Passos Rodrigues Martins – Alberto Silva Franco – Antônio de Pádua Ribeiro – César Asfor Rocha – Ernando Uchoa Lima – Fernando Luiz Ximenes Rocha – Luiz Carlos Fontes de Alencar – José Ari Cisne – José Maria de Melo – José Paulo Sepúlveda Pertence – Marco Aurélio Farias de Mello – Paulo Bonavides – Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite – Sálvio de Figueiredo Teixeira – Vicente Leal de Araújo

CONSELHO EDITORIAL

Almir Pazzianotto Pinto – Antônio Augusto Cançado Trindade – Carlos Roberto Martins Rodrigues – Carlos Facundo – Celso Antônio Bandeira de Melo – César Oliveira de Barros Leal – Dimas Macedo – Edgar Carlos de Amorim – Ernani Barreira – Fátima Nancy Andrighi – Fernando Luiz Ximenes Rocha – Flávio José Moreira Gonçalves – Francisco de Assis Filgueiras Mendes – Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque – Francisco Luciano Lima Rodrigues – Gizela Nunes da Costa – Hugo de Brito Machado – João Alberto Mendes Bezerra – José Afonso da Silva – José Alberto Rola – José Alfredo de Oliveira Baracho – José Evandro Nogueira Lima – José Filomeno de Moraes Filho – Luiz Flávio Borges D’Urso – Márcio Thomaz Bastos – Napoleão Nunes Maia Filho – Oscar Vilhena – Roberto Jorge Feitosa de Carvalho – Rogério Lauria Tucci – Sérgio Ferraz – Sílvio Braz Peixoto da Silva – Valeschka e Silva Braga – Valmir Pontes Filho

Os conceitos emitidos em artigos assinados são de absoluta e exclusiva responsabilidade de seus autores

Tiragem: 1500 exemplares

**COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ**

Presidente

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha

Vice-Presidente

Des. Rômulo Moreira de Deus

Corregedor Geral da Justiça

Des. José Cláudio Nogueira Carneiro

TRIBUNAL PLENO

Des. Ernani Barreira Porto
Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque
Des. João de Deus Barros Bringel
Desa. Huguette Braquehais
Des. Rômulo Moreira de Deus
Des. José Cláudio Nogueira Carneiro
Desa. Gizela Nunes da Costa
Desa. Maria Celeste Thomaz de Aragão
Des. José Arísio Lopes da Costa
Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido
Des. João Byron de Figueiredo Frota
Des. Ademar Mendes Bezerra
Desa. Mariza Magalhães Pinheiro
Desa. Edite Bringel Olinda Alencar
Desa. Maria Iracema do Vale Holanda
Des. José Mário dos Martins Coelho
Desa. Maria Sirene de Souza Sobreira
Des. Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira
Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes
Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes
Des. Lincoln Tavares Dantas
Des. Celso Albuquerque Macêdo
Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva
Desa. Lucia Maria do Nascimento Fiúza Bitu
Des. Francisco Sales Neto
Des. Raul Araujo Filho

Dr. Bomfim Cavalcante Carneiro - Secretário Geral

**RELAÇÃO DOS DIRETORES E COORDENADORES DA
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA
DO ESTADO DO CEARÁ (ESMEC)**

Diretor Atual: Des. João Byron de Figueirêdo Frota

Ex-Diretores:

Des. Ademar Mendes Bezerra (2006-2007)
Des. Francisco Hugo Alencar Furtado (2005)
Des. José Cláudio Nogueira Carneiro (2003-2004)
Desa. Gizela Nunes da Costa (2001-2002)
Des. Raimundo Bastos de Oliveira (1999-2000)
Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha (1997-1998)
Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque (1995-1996)
Des. José Maria de Melo (1993-1994)
Des. Ernani Barreira Porto (1991-1992)
Des. Julio Carlos de Miranda Bezerra (1987-1990)

Coordenador Atual:

Juiz Washington Luiz Bezerra de Araújo

Ex- Coordenadores:

Juiz Haroldo Correia Máximo (2007)
Juiz Marcelo Roseno de Oliveira (2006-2007)
Juiz Roberto Jorge Feitosa de Carvalho (2005)
Juiz Mantovanni Colares Cavalcante (2003-2004)
Juiz Francisco Luciano Lima Rodrigues (2001-2002)
Juiz Francisco de Assis Filgueira Mendes (1988-2000)

SUMÁRIO

ARTIGOS

<i>17 Anos do Estatuto da Criança e do Adolescente</i>	13
Mário Luiz Ramidoff	
<i>Preservação da Identidade da Criança e do Adolescente Infrator</i>	28
Mário Luiz Ramidoff	
<i>A Teoria da Imprevisão nos Contratos Administrativos</i>	37
Anderson Laurentino de Medeiros	
<i>Considerações Sobre o Caso Fortuito e a Força Maior</i>	60
Anna Luiza Matos Coêlho	
<i>A Natureza da Cobrança do Serviço de Esgotamento Sanitário</i>	90
Francisco Firmo Barreto de Araújo	
<i>As Ordenações do Reino e o Surgimento do Direito Falimentar no Brasil</i> ¹²¹	
Amanda Queiroz Sierra	
<i>Progressão de Regime Prisional em Sede de Habeas Corpus nos Casos de Crime Hediondos</i>	134
Ivo César Barreto de Carvalho	
<i>Voto Acerca da Reforma do Processo Penal e da Lei de Execuções Penais</i>	161
Paulo Napoleão Gonçalves Quezado	
<i>A Videoconferência ou Interrogatório On Line , seus Contornos Legais e a Renovação do Processo Penal Célere e Eficaz</i>	180
Rodrigo Carneiro Gomes	
<i>The Concept of Legal Competence</i>	194
Torben Spaak	
<i>O Conceito de Competência Normativa</i>	206
Torben Spaak (Tradução: Felipe Oliveira de Sousa)	

ARTIGOS

17 ANOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

MÁRIO LUIZ RAMIDOFF*

* Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná; Mestre (CPGD-UFSC) e Doutorando em Direito (PPGD-UFPR); Professor de Direito da Criança e do Adolescente na UniCuritiba; ramidoff@pr.gov.br.

A Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), nesta sexta-feira completa dezessete (17) anos de vigência, contudo, ainda precisa e por isso mesmo é dependente de emancipação cultural, ideológica, política e social, isto é, de que se estabeleçam pautas públicas que adotem dentre suas temáticas os assuntos de interesse da infância e da juventude para a implementação efetiva dos melhores e superiores interesses desses novos cidadãos. Aos dezessete (17) anos do Estatuto é possível dizer que já se consagrou, no Brasil, a doutrina da proteção integral como marco teórico-pragmático que serve como orientação para todas as ações governamentais e não-governamentais que se realizam em prol da criança e do adolescente. Entretanto, é possível observar em inúmeros núcleos familiares, em diversos segmentos sociais e em todos os níveis de governo que muito ainda deve ser feito.

A doutrina da proteção integral enquanto programa de ação deve continuar vinculando as proposições legislativas e as atividades administrativas adotadas pelos gestores públicos assim como as medidas judiciais, pelo maior tempo possível, senão, o que for necessário para a (re)organização social e política da Nação brasileira (re)estruturando funcionalmente as intervenções estatais (Poder Público) para a (re)democratização das relações

sociais que se desenvolvem comunitariamente na promoção e defesa dos direitos fundamentais afetos à infância e à juventude. A doutrina da proteção integral se constitui num programa de ação – seja como princípio, seja como teoria – que assegura com absoluta prioridade os direitos individuais e as garantias fundamentais inerentes à criança e ao adolescente enquanto sujeitos de direito, isto é, cidadãos que merecem dedicação protetiva diferenciada e especial por distinção constitucional decorrente de opções políticas civilizatórias e humanitárias.

Os direitos humanos então objetivados constitucionalmente como fundamentais, aqui, com destinação especial para a infância e a juventude são decorrentes de políticas que se alinham às diretrizes internacionais estabelecidas por valores humanitários – ainda que ocidentalizados – configurando, assim, substancialmente a concepção aberta (noção ou idéia) do que se possa entender por proteção integral dos interesses, dos direitos e das garantias afetos à criança e ao adolescente, ou seja, de tudo aquilo que é fundamental e mais comezinho para a promoção e defesa das liberdades públicas desses novos cidadãos (ação positiva e propositiva) ao mesmo tempo em que se impede com isso todo e qualquer tipo de ameaça e violência atentatórias (ações negativas e limitativas) àquelas liberdades substanciais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição da República de 1988 constituem-se, por isso, nas “Leis de Regência” fundadas teórico-pragmaticamente na doutrina da proteção integral (superior e melhor interesse da criança e do adolescente) determinantes jurídico, social e político para priorização absoluta do atendimento das questões inerentes à infância e à juventude, delimitando,

assim, a atuação do Poder Público na formulação das políticas sociais públicas que se destinem ao atendimento de tais demandas – como, por exemplo, a destinação privilegiada de recursos públicos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente tanto quanto a Constituição da República de 1988 assinalam a atuação política dos gestores públicos, dos conselhos de direitos, dos conselhos tutelares, dos operadores do direito, enfim, de todos aqueles que desenvolvem atividades em prol da infância e da juventude, compondo, por assim dizer, rede de atendimento direto e indireto, rede de proteção e sistema de garantias. Entretanto, os mencionados atores (transformadores) sociais não devem se limitar ao cumprimento, senão, à mera desoneração de suas funções jurídicas e ou sociais legalmente estabelecidas, mas, acima de tudo, devem procurar participar ativa e decisivamente na comunidade em que vivem – ocupando, pois, democraticamente a espacialidade pública da palavra e da ação¹.

A democracia contemporânea exige a superação do princípio da igualdade, emancipando-se para a ambiência sócio-político participativa, paritária, comunitária e plural. Pois, uma tal experiência democrática forjou e deve continuar forjando a atuação, permanência e conquistas de outras espacialidades públicas para o exercício democrático e paritário da palavra e da ação, como, por exemplo, os Conselhos dos Direitos e os Conselhos Tutelares enquanto novas expressões paritárias da também jovem democracia brasileira.

¹ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

Os Conselhos dos Direitos e os Conselhos Tutelares para além de se constituírem em novas categorias jurídico-legais com atribuições legais, sociais e políticas definidas no Estatuto da Criança e do Adolescente – e por decorrência de previsão estatutária também através das resoluções deliberadas pelos Conselhos dos Direitos, aqui, em especial, o Nacional (CONANDA)² – devem desenvolver importantes transformações valorativas através de suas múltiplas intervenções legalmente previstas.

Nestes dezessete (17) anos do Estatuto da Criança e do Adolescente conquistas e avanços significativos foram alcançados ensejando a assunção de compromissos angariados democraticamente, no entanto, agora é hora de maiores investimentos públicos na definição de uma política orçamentária participativa e permanente que viabilize a implementação efetiva dos direitos fundamentais afetos à criança e ao adolescente que possibilite a realização de políticas sociais públicas que propiciem não só a efetivação daqueles direitos fundamentais³, mas, que, também ofereçam

² BRASIL, Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Resoluções nº 105, 106 e 116.

- Resolução nº 105, de 15 de junho de 2005 – Dispõe sobre os Parâmetros para Criação e Funcionamento dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

- Resolução nº 106, de 17 de novembro de 2005 – Altera dispositivos da Resolução Nº 105/2005 que dispõe sobre os Parâmetros para Criação e Funcionamento dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

- Resolução nº 116, que altera dispositivos das Resoluções Nº 105/2005 e 106/2006, que dispõe sobre os Parâmetros para Criação e Funcionamento dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

³ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 30 e ss. Pontua-se que “somente através do deslocamento da perspectiva jurídica racional lógico-dedutiva para uma perspectiva da discursividade transdisciplinar e afetiva, ou seja, para também perceber a realidade que lhe circunstancia, será possível (re)conquistar as condições de possibilidade do exercício dos direitos mais comezinhos da personalidade, ao que se denomina de cidadania.”.

apoio institucional aos núcleos familiares.

A efetivação dos direitos fundamentais afetos à criança e ao adolescente para além de vitalizar as “Leis de Regência”, isto é, a Constituição da República de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, também, vitaliza a própria democracia e a cidadania infanto-juvenil, pois o “reconhecimento da dignidade da pessoa, na inviolabilidade dos direitos e no livre desenvolvimento da personalidade”, certamente, constituem-se em expressões significativas de um Estado, “como organização jurídico-política por excelência das sociedades civilizadas”, segundo José Alfredo de Oliveira Baracho⁴, que se pretende democrático (Constitucional⁵) e de Direito.

É preciso investimentos estruturais na educação infantil, principalmente, na construção e manutenção de creches e na contratação de pessoal capacitado – capacitação permanente, então, concebida como troca de

⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 61 e ss. Para o Autor, *mutatis mutandis*, legislações como essas “além da enunciação dos princípios fundamentais, que precedem os direitos e deveres dos cidadãos, procuram promovê-los, através de certas garantias, que não se restringem apenas às iniciativas judiciais dos titulares de situações jurídicas subjetivas, mas supõem o compromisso de todos os órgãos dos poderes públicos para que todos se tornem funcionalmente efetivos. (...) Os conflitos políticos e jurídicos são resolvidos pela correta interpretação dos direitos fundamentais, tornando possível concretizar os enunciados contidos na Constituição, compatibilizando todos eles, para que possam efetuar as garantias que os tornam aplicáveis. A prática das garantias constitucionais, para a efetivação dos direitos inscritos de maneira positivada, está vinculada à interpretação da Constituição e dos valores superiores deferidos pelo texto básico.”.

⁵ CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

experiências e renovação ideológica pelo reconhecimento dos valores humanos. É preciso investimentos públicos humanitários, orçamentários, políticos na construção, implementação e manutenção dos Centros de Atenção Psicossocial Infante Juvenil – CAPSi; e dos Centros de Atenção Psicossocial aos Usuários Abusivos de Álcool e Drogas – CAPSad; destinados ao atendimento de crianças e adolescentes que tiverem sofrimento mental grave. Conquanto, importa ressaltar que a reforma psiquiátrica, no Brasil, opera-se a partir de dois princípios fundamentais, quais sejam: antimanicomial e antihospitalocêntrico, pois, com isso, realiza-se também a (re)democratização nas relações sociais em que se inserem pessoas cujo direito à saúde mental (psíquica) – além é certo da física e social – para além de ser assegurado e efetivado, principalmente, deve evitar toda e qualquer hipótese de exclusão social⁶.

Enfim, é preciso investimentos preferenciais na formulação e execução de políticas sociais públicas, com destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude – alíneas “c” e “d”, do § único do art. 4º do Estatuto – que sejam independentes das circunstanciais e sazonais

⁶ FOUCAULT, Michel. *Doença mental e psicologia*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2000, p. 71 a 74 (Biblioteca Tempo Universitário, 11). Segundo o Autor, “uma sociedade se exprime positivamente nas doenças mentais que manifestam seus membros; e isto, qualquer que seja o status que ela dá a estas formas mórbidas: que os coloca no centro de sua vida religiosa como é frequentemente o caso dos primitivos, ou que procura expatriá-las situando-os no exterior da vida social, como faz nossa cultura. Duas questões se colocam então: como chegou nossa cultura a dar à doença o sentido do desvio, e ao doente um status que o exclui? E como, apesar disso, nossa sociedade exprime-se nas formas mórbidas nas quais recusa reconhecer-se?”.

governabilidades e de suas “razões de Estado” que não se inclinam *per lege* às diretrizes constitucionais e estatutárias consubstanciadas na doutrina da proteção integral cuja prioridade é absoluta. Ademais, pontue-se que todo e qualquer imperativo legal deve ter ampla publicidade, em decorrência mesmo da exigência ético-política de transparência⁷ administrativa que se impõe para o tratamento de assuntos cujos interesses pertencem a todos.

A criança e o adolescente não podem mais ser tratados como “problema de polícia” (atos desviados) “ou de assistência caritativa” (abandono), segundo Luigi Ferrajoli⁸, para quem as condições de pobreza e marginalidade empurram aqueles novos cidadãos para uma relação adulta com a sociedade através da exploração do trabalho ilegal, da exploração sexual comercial infanto-juvenil, senão, pela “pequena criminalidade de subsistência”. O Estatuto da Criança e do Adolescente ao longo desses dezessete (17) anos reformulou não só a legislação referente aos interesses, direitos e garantias afetos à infância e à juventude, mas, também operou transformações valorativas fundamentais nas relações sociais (relações de poder) entre aquelas pessoas que se encontram na condição peculiar

⁷ VIANNA, Túlio. *Transparência pública, opacidade privada: o direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 208 e ss. Segundo o Autor, “o direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle deve fundar-se em duas premissas fundamentais: a transparência pública, entendida como a máxima publicidade dos atos de interesse público, e a opacidade privada, entendida como a máxima confiabilidade dos atos da esfera privada.”.

⁸ MÉNDEZ, Emílio García e BELOFF, Mary (orgs.). *Infância, lei e democracia na América Latina: análise crítica do panorama legislativo no marco da convenção internacional sobre os direitos da criança 1990-1998*. vol. 1. Blumenau: edifurb, 2001, prefácio.

de desenvolvimento, as famílias, a comunidade e o poder público, em todos os níveis.

O direito da criança e do adolescente materializou-se na Constituição da República de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, passando, então, a reformular as antigas relações naturalistas entre a infância e a juventude, e, o ordenamento jurídico brasileiro até então de cunho espontaneamente afetivo e tutelar, para a emancipação civilizatória e humanitária politicamente inscrita no reconhecimento constitucional da força vinculante das diretrizes internacionais (lógica) dos direitos humanos destinados especificamente às pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade, quais sejam: crianças e adolescentes. O Estatuto da Criança e do Adolescente ao fazer dezessete (17) anos se encaminha para a “maioridade” temporal legislativa (vigência legal) impondo-se, assim, também amadurecer política e ideologicamente para concreção de seus preceitos jurídico-legais que se fundam nos valores humanos agregados constitucional e estatutariamente à ordem jurídica brasileira na defesa dos interesses, dos direitos e das garantias fundamentais da criança e do adolescente, pois, com isto, será possível alcançar a mais ampla eficácia jurídica e social.

O Estatuto da Criança e do Adolescente cuja validade constitucional é alinhavada à mutação da perspectiva humanitária, certamente, levou a sério a Convenção Internacional dos Direitos da Criança estabelecendo, assim, uma nova “lógica dos direitos e suas garantias”, a qual não pode mais sucumbir frente à “lógica da força do mercado”, segundo Luigi Ferrajoli⁹. As suas

⁹ MÉNDEZ, Emílio García e BELOFF, Mary (orgs.). *Op. cit.* De acordo com o Luigi Ferrajoli, “esta transformação – da tutela paternalista e autoritária à garantia dos direitos, do velho regime de ‘compaixão-repressão’ como foi chamado por Emilio García Méndez, à cidadania da infância – se traduz em uma nova dimensão constitucional do direito da infância”.

inúmeras temáticas que por suas complexidades exigem dedicação aprofundada e, por vezes, contribuições distintas da atuação meramente jurídica, técnica ou teórica. Neste sentido, a legislação estatutária prevê que uma das suas principais diretrizes políticas é a mobilização social, isto é, a mobilização da opinião pública no sentido da indispensável participação paritária dos diversos segmentos da sociedade – consoante inc. VI, do seu art. 88 –, principalmente, na formulação das políticas sociais públicas que requerem destinação privilegiada de recursos públicos para a formatação orçamentária específica.

A valorização desta ainda jovem legislação que regulamenta a responsabilidade familiar, comunitária e estatal acerca das condições mínimas de dignidade das crianças e adolescentes requer, assim, tanto a proteção (defesa) dos direitos afetos àquelas cidadanias, quanto à promoção (veiculações propositivas) dos valores humanitários que são inerentes à própria dignidade daquelas pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento.

Importantes conquistas e avanços já foram alcançados ao longo dos dezessete (17) anos de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente na efetivação dos direitos afetos à infância e à juventude, contudo, é preciso ainda que se implementem não só regras jurídico-legais humanitárias, mas, principalmente, aquelas que se destinem preferentemente à construção (formulação), implementação (execução) e manutenção de políticas sociais públicas sérias e permanentes, as quais demandam a destinação absolutamente prioritária de recursos públicos através de dotações orçamentárias vinculadas constitucional e

estatutariamente tanto ao recolhimento (receita) quanto à aplicação (despesas) de tais recursos.

Pois, somente assim será possível consignar no marco legislativo um programa de ação que assegure na Lei de Diretrizes Orçamentárias uma destinação privilegiada de receitas públicas para as “áreas relacionadas com a proteção da infância e à juventude”, consoante as alíneas “c” e “d”, do parágrafo único (garantia da prioridade), do art. 4º, da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Até porque, antes mesmo de que se possa pensar em novos investimentos públicos na área da educação, da saúde, da assistência social dentre tantas outras questões estruturais, afigura-se como fundamental o estabelecimento de um orçamento específico, participativo, permanente e prioritariamente destinado ao atendimento dos interesses, direitos e garantias individuais de cunho fundamental da criança e do adolescente, construindo, por assim dizer, “uma decidida política dos gastos públicos”, segundo Luigi Ferrajoli¹⁰, em prol da infância e da juventude.

O desenvolvimento teórico e civilizatório (ideológico) alinhado às práticas propositivas (ações e experiências humanitárias) proporcionaram o rompimento legislativo (político) e social com o regime legal anterior, então fundado na perspectiva da “situação irregular” – “Código de Menores”, Lei Federal nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, expressamente revogada pelo art. 267, do Estatuto da Criança e do Adolescente – através mesmo da assunção do marco teórico-pragmático denominado de “doutrina da proteção integral” que assegura, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais (valores humanos) afetos à criança e ao adolescente. A denominada doutrina da proteção

¹⁰ MÉNDEZ, Emílio García e BELOFF, Mary (orgs.). *Op. cit.*

integral estrategicamente consagra institutos, categorias, sistemas e metodologias assecuratórias destinadas ao integral cumprimento e efetivação daqueles direitos fundamentais constitucional e estatutariamente garantidos, mediante a destinação privilegiada de recursos públicos – dotações orçamentárias priorizadas para a infância e a juventude – que, na verdade, determinam “mudança comportamental orçamentária assim como um severo fiscalizar do destino das dotações orçamentárias”, segundo Liborni Siqueira¹¹.

Eis, pois, a revolução jurídico-legal¹², ideológica, política e social que se implementa diuturnamente não só em prol da criança e do adolescente, mas, principalmente, para a concreção e reconhecimento dessas novas cidadanias que exigem uma ampla e irrestrita (re)democratização das relações sociais, senão, das próprias instâncias públicas de poder, preservando-se, assim, a identidade infanto-juvenil como a matéria prima das presentes e futuras sociedades brasileiras. O Estatuto da Criança e do Adolescente nesses dezessete (17) anos de vigência se constitui muito mais do que uma simples legislação formal, haja vista que se consagrou verdadeiramente num projeto jurídico para construção da democracia, pois cuidou não só da regulação das relações sociais em que se inseriam os interesses, direitos e garantias da criança e do adolescente, mas, também, projetou importantes transformações na realidade do mundo da vida vivida.

Enfim, o Estatuto da Criança e do Adolescente constitui-se, por assim dizer, num projeto de democracia –

¹¹ SIQUEIRA, Liborni (coord.). *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

¹² RAMIDOFF, Mário Luiz. *Op. cit.*

“uma construção ao mesmo tempo racional e social”, segundo Luigi Ferrajoli¹³ – destacadamente para a consolidação da cidadania infanto-juvenil realizável, pois, através do respeito e a responsabilidade familiar, comunitária e estatal (poder público) para com a dignidade daquelas pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento, quais sejam: crianças e adolescentes. Assim como a Constituição da República de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente, também, não se substitui à política, *mutatis mutandis* como bem observa Eros Roberto Grau¹⁴, para quem aquelas “Leis de Regência” devem sujeitar na área jurídico-legal destinada à infância e à juventude a política à fundamentação constitucional e estatutária, pois, certamente, nisso residiria a força vinculativa da “doutrina da proteção integral” ideológica, constitucional e estatutariamente adotada, “com vinculação das políticas públicas a ela.”.

O desafio, hoje, da legislação estatutária é se converter num sentido comum politicamente compartilhado pelos diversos segmentos sociais, parafrazeando, assim, Luigi Ferrajoli¹⁵, para quem as condições de efetividade do

¹³ MÉNDEZ, Emílio García e BELOFF, Mary (orgs.). *Op. cit.*

¹⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Adverte Eros Roberto Grau que “uma das pautas que pronunciadamente concorre para limitar o elenco das soluções corretas a que pode chegar o intérprete da Constituição é a da ideologia constitucional. O direito – e, muito especialmente, a Constituição – é não apenas ideologia, mas também nível no qual se opera a cristalização de mensagens ideológicas. Por isso que as soluções de que cogitamos somente poderão ser tidas como corretas quando e se adequadas e coerentes com a ideologia constitucionalmente adotada.”.

¹⁵ MÉNDEZ, Emílio García e BELOFF, Mary (orgs.). *Op. cit.*

Estatuto da Criança e do Adolescente “dependem da medida na qual o direito e os direitos se convertem – através do diálogo, do confronto racional e da firmeza em sua defesa – em sentido comum socialmente compartilhado, fincado na cultura popular e nas práticas sociais e políticas.”. As resoluções jurídicas (judicial) ou políticas (legislativa) acerca de questões relativas aos direitos fundamentais afetos à criança e ao adolescente, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, passaram a exigir procedimentos especiais para discussão, elaboração e implementação das medidas legais a serem adotadas jurídica e politicamente através de esforços teóricos e pragmáticos que estabeleçam uma nova racionalidade baseadas em argumentos dedutíveis dos primados constitucionais sistematizados estatutariamente.

Com isso, procura-se interromper deduções lógico-formais que se afastem da sistematização constitucional-estatutária, evitando-se, assim, a utilização indevida de institutos, categorias e elementos alógicos¹⁶ àquela sistemática jurídico-protetiva de caráter inofismavelmente humanitário. O desafio hermenêutico que se propõe agora é a de lealdade estatutária, isto é, de uma interpretação das novas regras, institutos e categorias estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente que se coadune com a orientação humanitária consignada na doutrina da proteção integral, reforçando, assim, a proposição teórico-pragmática constitucional com as normas

¹⁶ MOURULLO, Gonzalo Rodríguez. *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica*. Madrid: Cívitas, 1988, p. 29 e ss (Cuadernos Cívitas).

concretas inseridas nessa nova legislação estatutária, através da articulação com a realidade social concreta¹⁷.

Conquanto, não se pode olvidar que o mundo vivido pelas crianças e adolescentes, no Brasil, como bem ressalta Ricardo Nery Falbo¹⁸, lamentavelmente, ainda é muito diferenciado do que aquele concebido nas “Leis de Regência” e na decorrente construção jurisprudencial.

Que, em breve, o Estatuto da Criança e do Adolescente se encaminhe não só para a maturidade legislativa (vigência), mas, também para a maturidade cultural, ideológica, política e social, transformando-se assim num direito maior na constelação legislativa do ordenamento jurídico brasileiro. Pois, certamente, o Estatuto da Criança e do Adolescente possui a capacidade e a potência de realizar “uma verdadeira educação na legalidade”¹⁹, isto é, através de regras humanitárias que se orientem pelo respeito e responsabilidade para com a matéria prima da presente e futura sociedade brasileira: a infância e a juventude.

¹⁷ FALBO, Ricardo Nery. *Natureza do conhecimento jurídico*: generalidade e especificidade no direito da criança e do adolescente. Porto Alegre: Safe, 2002, p. 187 e ss. Eis, pois, a advertência do Autor, “o Estatuto da Criança e do Adolescente, de promulgação recente à época da realização deste trabalho (...) não apresenta articulação com aspectos relevantes dessa realidade social, embora parecesse oferecer condições bastante favoráveis de aproximação com a sociedade.”.

¹⁸ FALBO, Ricardo Nery. *Op. cit.*

¹⁹ MÉNDEZ, Emílio García e BELOFF, Mary (orgs.). *Op. cit.* De acordo com o Luigi Ferrajoli, “uma verdadeira educação na legalidade, ou seja, com respeito às regras, se obtém sobretudo respeitando o adolescente”.

Referências

- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FALBO, Ricardo Nery. *Natureza do conhecimento jurídico: generalidade e especificidade no direito da criança e do adolescente*. Porto Alegre: Safe, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Doença mental e psicologia*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2000.
- MÉNDEZ, Emílio García e BELOFF, Mary (orgs.). *Infância, lei e democracia na América Latina: análise crítica do panorama legislativo no marco da convenção internacional sobre os direitos da criança 1990-1998*. vol. 1. Blumenau: edifurb, 2001.
- MOURULLO, Gonzalo Rodríguez. *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica*. Madrid: Civitas, 1988 (Cuadernos Civitas).
- RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas*. Curitiba: Juruá, 2005.
- SIQUEIRA, Liborni (coord.). *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- VIANNA, Túlio. *Transparência pública, opacidade privada: o direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

PRESERVAÇÃO DA IDENTIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE INFRATOR

Mário Luiz Ramidoff

Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná
Mestre (CPGD-UFSC) e Doutorando em Direito (PPGD-UFPR)
Professor de Direito da Criança e do Adolescente na UniCuritiba

A Lei Federal 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) considera criança a pessoa até doze (12) anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze (12) e dezoito (18) anos de idade. Ademais, o mencionado Estatuto também preceitua que a criança que praticar ato infracional (art. 105) será submetida a medidas legais específicas de proteção previstas no seu art. 101. Já o adolescente que cometer um comportamento conflitante com a lei será submetido a medidas socioeducativas previstas no art. 112 a 125, do Estatuto, para além da possibilidade de aplicação cumulativa das mencionadas medidas legais específicas de proteção.

Entretanto, ao longo da investigação, apuração e aplicação das mencionadas medidas legais tanto à criança quanto ao adolescente que cometeu ato infracional é imperativo a preservação de identidade, imagem, e, sobretudo, da sua própria pessoa, assegurando-lhe de qualquer meio evasivo de comunicação que, sem autorização legal, veicule informações, nomes, atos, documentos, fotografias e ilustrações que possibilitem a identificação dos infantes e dos jovens envolvidos num acontecimento infracional.

O art. 247 do Estatuto da Criança e do Adolescente tem por objetivo precípuo a proteção integral

da identidade da criança e do adolescente que cometem comportamento conflitante com a lei, buscando com isso preservar não só seus nomes ou suas imagens, mas principalmente as suas próprias pessoas, pois se encontram na condição peculiar de desenvolvimento – nos termos do que dispõe o art. 6º, daquele Estatuto¹.

O mencionado preceito estatutário, na verdade, não se preocupa tanto com a regulamentação das atividades dos meios de comunicação social – “de massa”, segundo Jean Baudrillard² –, mas principalmente com a proteção integral dos direitos individuais de cunho fundamental, inerentes à personalidade da criança e do adolescente que cometeram condutas contrárias à lei.

As informações acerca do nome, acontecimento, fotografia, ilustração ou documentação inerente a procedimento policial, administrativo ou judicial relativo à criança ou ao adolescente a que se atribua o cometimento de ato infracional, permitindo, assim, suas identificações direta ou indiretamente, para além de servir, propositalmente, à moralização social mantendo, assim, “as massas *sob o sentido*” – pois “elas querem espetáculo”, segundo Jean Baudrillard³ –, em pior medida, esvazia a potencialidade de

¹ BRASIL, Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.

- Art. 6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

² BAUDRILLARD, Jean. *À sombra das maiorias silenciosas: o fim do social e o surgimento das massas*. Trad. Suely Bastos. 4ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 10 e ss.

³ BAUDRILLARD, Jean. *Op. cit.* De acordo com o Autor, a grande maioria silenciosa não tem mais história a escrever, pois a sua força atual limita-se ao silêncio “ocultando o desabamento central do sentido com uma recrudescência de todas as significações e com uma dissipação de todos os significantes.”.

transformação humanitária que tanto a seriedade do conteúdo das circunstâncias existências, quanto à seriedade protetiva do Estatuto da Criança e do Adolescente.

É preciso ter cuidado com as informações acerca da criança e do adolescente infrator, uma vez que aquelas não podem ser divulgadas total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, pois, com isso, procura-se evitar que tais informações se transformem em meras mensagens⁴ estereotipadas de uma seqüência espetacular da barbárie, então, mistificadas pela exigência hipócrita de “transparência pública” – *mutatis mutandis*, é a diretriz protetiva sugerida por Túlio Vianna⁵.

A “transparência pública” deve ceder lugar à proteção integral da criança e do adolescente que se envolveram num evento infracional, haja vista que a sua vulnerabilidade material decorrente da condição peculiar de desenvolvimento se acentua com o próprio cometimento de condutas conflitantes com a lei, consoante tem descrito

⁴ BAUDRILLARD, Jean. *Op. cit.* Para o Autor os meios de comunicação identificam e atendem precisamente os anseios “das massas”, pois “elas ‘farejam’ o terror simplificador que está atrás da hegemonia ideal do sentido e reagem à sua maneira, reduzindo todos os discursos articulados a uma única dimensão irracional e sem fundamento, onde os signos perdem seu sentido e se consomem na fascinação: o espetacular.”.

⁵ VIANNA, Túlio. *Transparência pública, opacidade privada: o direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 203 e ss. Segundo o Autor, “o princípio da transparência pública veda qualquer monitoração eletrônica ou captura e armazenamento de dados pessoais de caráter secreto. (...) o princípio da transparência pública veda a existência de qualquer banco de dados secretos com informações pessoais e tem como corolário o direito à informação. (...) A autarquia de defesa da privacidade deverá velar na esfera administrativa pela fiel observância do princípio da transparência pública, o que não exclui porém a apreciação do poder judiciário”.

Graciela Sandoval Vargas e Edgar Corzo Sosa⁶, os quais têm destacado que “es de suma importancia la garantía y el respeto a los derechos de las personas que por su condición y circunstancias personales se encuentren en situación de vulnerabilidad, especialmente en el caso de menores de edad; ya que éstos, por su falta de madurez física y psicológica, difícilmente pueden protegerse y cuidarse por sí mismos de actos o ataques que atenten contra su desarrollo integral; su dignidad personal, y su integridad física, psíquica y social.”.

A “transparência pública”, assim, deve se render às limitações destinadas à esfera pública da palavra e da ação⁷ que caracterizam um Estado democrático (constitucional⁸) e de direito. A preocupação por isso é anterior, pois, cuida-se da preservação da personalidade humana daquelas crianças e adolescentes e do correlativo direito individual fundamental que importa na não exclusão social, evitando-se, assim, a expulsão comunitária ainda que se opere simbolicamente através de informações diretas e indiretas veiculadas como “simple valor de uso”⁹

⁶ SOSA, Edgar Corzo e VARGAS, Graciela Sandoval. *Criterios jurídicos de las recomendaciones de la comisión nacional de los derechos humanos (1990-2005)*. México: Universidad Nacional Autónoma de México; Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2006, p. 9 e ss. (Instituto de Investigaciones Jurídicas, Série Estudios Jurídicos, n° 92).

⁷ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

⁸ CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

⁹ BAUDRILLARD, Jean. *Op. cit.* O Autor assevera que o “limite do valor economista do social como valor de uso é na verdade o valor ecologista do social como abrigo. (...) Uma espécie de espaço fetal de segurança que provê em toda parte a dificuldade de viver, que fornece em toda a parte a qualidade da vida, isto é, para tal segurança todos os riscos, o equivalente da vida perdida – forma degradada da sociabilidade lubrificante, assistencial, pacificante e permissiva –, a forma mais baixa da energia social: a de uma utilidade ambiental, comportamental – essa é a nossa imagem do social – forma entrópica –, outra imagem de sua morte.”.

economicista do social, isto é, pela captação de altos índices de assistência sugestionável¹⁰ (denominada na gíria de “ibope”) para venda de espaços e tempos comerciais destinados à propaganda de serviços e ou de produtos.

Não se impõe aqui a exigência de comprovação da exposição a vexame ou a constrangimento de crianças ou adolescentes – art. 232, do Estatuto – em decorrência mesmo de sua identificação pessoal como autores do comportamento contrário à lei. A objetividade estatutária é precisamente inversa ao valor economicista do social como valor de uso, ou seja, o que se busca é a inclusão, o respeito, o acolhimento, o cuidado, enfim, a proteção integral da criança e do adolescente independentemente do comportamento que tenham praticado. Enfim, impõe-se tanto quanto possível eliminar condições atentatórias à dignidade daquelas pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade, reduzindo ao máximo as ameaças e violências às suas integridade física, psíquica e social.

Dentre as medidas legais previstas no art. 247 do Estatuto, destacam-se as previstas no seu § 2º, as quais, para além da reação estatal de cunho repressivo-punitivo (“Pena – multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência”), determinam a apreensão da publicação, a suspensão da programação da emissora e também da publicação do periódico.

¹⁰ ZACHARIAS, Manif. *Dicionário auxiliar de composição literária*. Florianópolis: Garapuvu, 2006, p. 56. Segundo o Autor, por assistência pode ser entendido o conjunto de espectadores que na concepção literária é sugestionável, crédulo, deslumbrado quando se tratar por característica decorrentes de possíveis correlações adjetivas.

Os órgãos de imprensa e as emissoras de rádio e de televisão enquanto veículos de comunicação social devem oferecer importantes contribuições para a discussão de questões e temáticas que interessem à coletividade possibilitando, assim, o esclarecimento da opinião pública para que também participe da construção da democracia. Oswaldo Ferreira de Melo¹¹ entende que para a opinião pública se transformar numa legítima representatividade, por certo, “exige alguns requisitos do ambiente em que se desenvolve, como liberdade de expressão, publicidade dos atos do Governo, do Parlamento e do Judiciário e condição de formação e expressão da cidadania.”.

Neste sentido, Edmundo Oliveira¹² destaca que a legislação estatutária procura preservar “o futuro e o bom conceito da criança e do adolescente a que se atribua ato infracional”, evitando-se, com isso, a execração pública injusta e prejudicial, haja vista que não estão suficientemente

¹¹ MELO, Oswaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*. Porto Alegre: Safe; CMCJ-UNIVALI, 1998, p. 23 e ss. O Autor não olvida que a opinião pública para além de seu caráter fenomenológico, também é “uma importante forma de controle social ou seja um elemento considerável da interação social. De qualquer forma, quer considerada como verdade geral, ou como termo de controvérsias, é fenômeno que só pode ser considerado num Estado democrático e pluralista. (...) A opinião pública, por ser fenômeno cultural, tem um caráter relativo, pois muda conforme as circunstâncias que assim o determinam. (...) É em geral produto da informação e, mais que isso, da experiência.”.

¹² SILVA, Antônio Fernando do Amaral, MENDEZ, Emílio Garcia e CURY, Munir (Coords). *Estatuto da criança e do adolescente: comentários jurídicos e sociais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 740 a 743. Eduardo Oliveira comentando o art. 247 do Estatuto esclarece que “para resguardar desses males a criança ou adolescente, a lei proíbe a exibição de fotografia do autor de ato infracional ou de qualquer ilustração (desenhos, pinturas) que lhe diga respeito, desde que possa levar a identificá-lo. Infelizmente, este preceito sempre foi desobedecido e todos os dias se vê estampada em jornais a fotografia do autor do ato infracional, apenas com uma tarja sobre os olhos.”.

formados, senão, que uma tal exposição pública certamente os denegrirá para sempre.

A representação da realidade pela mídia é limítrofe entre a ficção e a realidade, ou seja, “o que é real e o que não é real naquilo que a mídia apresenta?”, segundo Tomás Barreiros¹³. Por isso, a divulgação e ou exibição parcial, total, direta ou indiretamente de nome, ato, documento, fotografia e ilustração, sem autorização devida, de forma a permitir a identificação de criança ou de adolescente que cometeu ato infracional, para além de “contribuírem para criar um efeito de sentido de verdade”¹⁴, vale dizer, aparência de uma verdade, insofismavelmente, depõem culturalmente contra os valores humanitários da matéria prima da futura sociedade brasileira. Isto é, depõem diretamente contra todas as crianças e adolescentes, pois exalta especificamente uma versão montada do “mal” sem jamais se preocupar com o encontro do “bem”.

O art. 143 do Estatuto da Criança e do Adolescente, por isso, proíbe a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional,

¹³ BARREIROS, Tomás. *Jornalismo e construção da realidade: análise de O “mez da gripe”* como paródia crítica do jornalismo. Curitiba: Pós-escrito, 2003, p. 103 e ss.

¹⁴ BARREIROS, Tomás. *Op. cit.* O Autor assinala que “as notícias, as fotografias, os documentos oficiais e o depoimento da testemunha dos fatos (Dona Lúcia) são apresentados como verdadeiros e contribuem para criar um efeito de sentido da verdade. Entretanto, as contradições internas do depoimento de Dona Lúcia (...) para tomar o leitor de surpresa nessa desmontagem da aparência de verdade do depoimento (...) colocam em xeque a validade do discurso jornalístico, que se apresenta como reprodução do real. (...) para a semiótica discursiva, trata-se, na realidade, de fazer crer ser objetivo, criando o efeito de sentido de objetividade”.

impedindo-se, assim, que qualquer notícia a respeito do fato possa identificar a criança ou adolescente, quando, não, “vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome.”.

O “bem” aqui pode ser exatamente a atitude a ser evitada, isto é, a divulgação e ou exibição acima mencionadas, construindo-se, por assim dizer, uma “ética das verdades”, segundo Alain Badiou¹⁵, para quem a “ética combina então, sob o imperativo: ‘Continuar!’, um recurso de discernimento (não se prender aos simulacros), de coragem (não ceder) e de reserva (não se dirigir aos extremos da Totalidade).”.

A Constituição da República de 1988 também resguardou o indispensável sigilo acerca de tais informações ao preceituar no inc. LX do seu art. 5º que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”, protegendo, inclusive, com isto, “crianças e adolescentes que houvessem sido vítimas”¹⁶ de atos infracionais, crimes e ou de quaisquer outras formas de violência.

Até porque, não se trata aqui de censura ou mesmo restrição limitativa ao exercício do direito à liberdade de expressão, opinião, informação, comunicação, palavra,

¹⁵ BADIOU, Alain. *Ética um ensaio sobre a consciência do mal*. Trad. Antônio Trânsito e Ari Roitman. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995, p. 98. O Autor destaca que “é no cerne dos paradoxos dessa máxima que nós encontramos, assim dependente do Bem (as verdades), a verdadeira figura do Mal, em suas três espécies: o *simulacro* (ser o fiel aterrorizante de um falso acontecimento), a *traição* (ceder em uma verdade em nome de seu interesse), o forçamento do inominável, ou o *desastre* (crer que a potência de uma verdade é total).”.

¹⁶ SIQUEIRA, Liborni (coord.). *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 129.

pois não se proíbe a divulgação da notícia, como bem ressalta Jorge Araken Faria da Silva¹⁷, mas, sim, tem-se a intenção de proteger integralmente a criança e o adolescente dos excessos de publicidade.

A proteção do sigilo das informações acerca da criança e do adolescente que se envolveram num acontecimento infracional, destina-se, assim, a preservar respectivamente as identidades daquelas pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade, obstando a exposição estigmatizada e a conceituação preconceituosa que macule a imagem e a reputação não só daqueles infantes e jovens, mas, também de seus respectivos núcleos familiares.

¹⁷ SILVA, Antônio Fernando do Amaral, MENDEZ, Emílio Garcia e CURY, Munir (Coords). *Estatuto da criança e do adolescente: comentários jurídicos e sociais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 434 a 441. O mencionado Autor ao comentar o art. 143 do Estatuto destaca que “sempre se proibiu a divulgação de atos e termos referentes a menores, sobretudo se lhes atribuíam autoria de infração, mas as proibições viram-se sempre burladas, de uma forma ou de outra.”.

A TEORIA DA IMPREVISÃO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

ANDERSON LAURENTINO DE MEDEIROS

Aluno da Faculdade 7 de Setembro – Fa7

Sumário: 1) Introdução; 2) Da obrigatoriedade do cumprimento dos contratos à Teoria da Imprevisão; 3) Invocação da cláusula *exceptio non adimpleti contractus*; 4) Fatores que interferem no cumprimento dos contratos administrativos; 5) A Teoria da Imprevisão como fator de influência no cumprimento dos contratos administrativos; 6) Considerações finais; 7) Referências bibliográficas.

Resumo: O Estado, quando figura como sujeito de uma relação contratual, possui certas prerrogativas, as quais são inerentes à sua própria condição de supremacia. Dessa forma, os contratos regidos por normas de Direito Público deverão ser analisados com mais cautela, já que, nessa modalidade contratual, não poderão ser livremente utilizados determinados institutos largamente aplicados naqueles pactos celebrados entre particulares, e regidos por normas de caráter privado. Os princípios norteadores dos contratos tipicamente privados, como por exemplo, o da obrigatoriedade do cumprimento dos contratos e da autonomia da vontade, deverão sofrer certa mitigação, tendo

em vista os princípios que regem as atividades da Administração Pública, tais como, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, e, também, o princípio da continuidade do serviço público. O interesse público deve sempre prevalecer sobre o interesse do particular, servindo de fundamento para reger as relações entre o ente público e terceiros.

Palavras-chave: Administração Pública. Supremacia. Teoria da Imprevisão. Contratos administrativos.

1. Introdução

No campo contratual, as pessoas são inteiramente livres para disciplinarem seus interesses mediante acordo de vontades. Tal liberdade inclui o direito de se contratar, com quem contratar e sobre o que contratar. Há a liberdade de estipular desde o conteúdo contratual, até mesmo a vontade de não contratar. É a expressão máxima do princípio da autonomia da vontade (Gonçalves, 2004).

Assim, importante trazermos à balia o que nos ensina Venosa, quando aduz:

Essa liberdade de contratar pode ser vista sob dois aspectos. Pelo prisma da liberdade propriamente dita de contratar ou não, estabelecendo-se o conteúdo do contrato, ou pelo prisma da escolha da modalidade do contrato. (2004, p.389).

Embora tenha havido referência anteriormente à liberdade contratual, importante ressaltar que tal princípio não é absoluto. A própria evolução da sociedade nos impõe a celebração das mais diversas formas de contrato, o que relativizaria em parte a liberdade de se contratar ou não. A escolha da parte com quem se vai contratar também sofre restrições, já que quando se tratar da Administração Pública, cerne do nosso estudo, há a predominância de certas prerrogativas em seu benefício. E por fim, a estipulação do conteúdo contratual não se faz por mero alvedrio dos convenientes, pois deve-se buscar sempre preservar a boa-fé e os limites impostos pela função social do contrato.

Assim, o Estado quando figura como sujeito de uma relação contratual possui certas prerrogativas que deverão ser cuidadosamente analisadas, já que elas dão ensejo, até mesmo, à Administração instabilizar o vínculo contratual, seja alterando unilateralmente o que fora pactuado, seja extinguindo o próprio liame (Mello, 2005).

2. Da obrigatoriedade do cumprimento dos contratos à Teoria da Imprevisão

Assim como possibilita-se às partes escolher o conteúdo da avença, e até mesmo o modelo de contrato a ser celebrado, é imposto a cada contraente a sujeição aos seus termos.

A força obrigatória dos contratos fundamenta-se

na regra de que o contrato faz lei entre as partes, que recebe a denominação clássica de *pacta sunt servanda*, determinando que os contratos devem ser cumpridos.

No entanto, para a correta execução das obrigações contratuais exige-se, muitas vezes, que aquelas condições inicialmente constatadas perdurem até a extinção regular do acordo, que se dá mediante o cumprimento por ambas as partes daquilo que lhes cabiam na avença. Os infortúnios, embora sejam imprevisíveis no seu momento, são claramente previsíveis na sua existência, isto é, não sabemos quando algo pode acontecer (como por exemplo uma tempestade), mas sabemos da possibilidade do mesmo subsistir.

Situações podem existir que impossibilitem, total ou parcialmente, uma das partes no regular cumprimento do que fora acordado inicialmente, tornando tal prestação excessivamente onerosa para qualquer dos contratantes. Deve-se assim, resguardar a parte prejudicada, garantindo-lhe meios suficientemente capazes de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato em questão, o que por si só já relativizaria o princípio da obrigatoriedade dos contratos. O Código de Hamurabi, grafado em pedras ha mais de 2.700 anos a.C., considerado um marco na história evolutiva do nosso direito, já possuía tal previsão.

Código de Hamurabi, Lei n.º 48 : Se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou

destrói a colheita, ou por falta de água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano.¹

Previa-se, já naquela época, a modificação do contrato baseada na ocorrência de fatos que tornasse a prestação extremamente onerosa para alguma das partes.

Tais fatos dão ensejo ao surgimento da chamada Teoria da Imprevisão, fundamentada na antiga cláusula *rebus sic stantibus*, segundo a qual o contrato somente seria exigível se as condições econômicas do tempo de sua execução fossem semelhantes às do tempo de sua celebração (Gagliano e Filho, 2006).

Embora não se saiba exatamente em que momento surgiu essa cláusula, sabe-se que os romanos já aceitavam a vulnerabilidade do princípio da obrigatoriedade do contrato (*pacta sunt servanda*). Exigia-se a equivalência das prestações, sendo considerada uma cláusula implícita em todos os contratos de trato sucessivo, significando que a convenção não permanecesse em vigor se as coisas não continuassem como eram no momento da celebração.

Até agora nos referimos àqueles acordos celebrados somente entre particulares, regidos por normas

¹ Disponível em < <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>>. Acesso em: 21 de maio de 2007.

de Direito Privado. Quando passamos para a área do Direito Público, a história é diferente. A Administração Pública, como pessoa jurídica, está apta a adquirir direitos e contrair obrigações, podendo figurar perfeitamente como sujeito de uma relação contratual. Contudo, os contratos administrativos possuem normas diversas das que disciplinam os contratos privados. Nesses casos, há a incidência de normas de Direito Público, só lhes sendo aplicadas as normas de Direito Privado de forma supletiva (Carvalho Filho, 2006).

Nas relações contratuais de caráter privado, as partes se situam em um mesmo plano jurídico. Não existe supremacia de uma sobre a outra, e essa situação perdura pelo tempo que durar tal relação negocial. Alusivo aos contratos administrativos, o fim colimado pela relação contratual não é o mesmo que o dos contratos privados. Nesses, prima-se pelos interesses das partes, enquanto que naqueles o objetivo maior é o benefício da coletividade. Há, nessa espécie de contrato, uma posição de superioridade da Administração Pública, fundada no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular.

Existe uma restrição na aplicação do princípio da obrigatoriedade dos contratos, que em alguns casos sofre notória mitigação. No Direito Privado, quando uma das partes descumpra aquilo que fora acordado, a outra poderá, também, descumprir aquilo que lhe cabia, invocando a chamada cláusula *exceptio non adimpleti contractus*, ou seja, exceção do contrato não cumprido. Contudo, no Direito

Público, em regra, tal possibilidade é vedada, tendo em vista a incidência de princípios como o da continuidade dos serviços públicos (Di Pietro, 2006).

Como acontece nas demais espécies de contratos, os contratos administrativos também estão sujeitos a sofrerem determinadas influências, o que pode acabar inviabilizando a execução da avença. Destarte, importante fazer um estudo do fato ocorrido para avaliar se a modificação da situação do contrato ocorreu por fato imputado a alguma das partes, ou se se deveu a algum fator externo, como por exemplo o caso fortuito ou a força maior. Tudo dependerá da análise do caso concreto e da imputação da responsabilidade pelo fato ocorrido.

Nesses casos, a análise do caso concreto é importantíssima, já que temos em um dos pólos da relação contratual a Administração Pública, que possui certas prerrogativas inerentes a sua própria condição de superioridade, trabalhando sempre em prol do bem coletivo.

3. Invocação da *cláusula exceptio non adimpleti contractus*

Seja qual for a norma que reja o contrato no caso concreto, ou seja, seja ele regido por normas de Direito Público ou de Direito Privado, apresentarão os contratos um ciclo vital.

O vínculo que une os contraentes é sempre

passageiro, devendo desaparecer naturalmente tão logo seja cumprida as obrigações estipuladas, o que nos leva a concluir que não existe contrato perpétuo.

A forma natural de extinção contratual será mediante o cumprimento prestacional por parte dos convenientes. Contudo, poderá haver, também, a extinção dos contratos sem esse cumprimento dantes comentado, podendo ocorrer por fatores anteriores, concomitantes ou supervenientes à formação do vínculo negocial.

No Direito Privado, a cláusula acima mencionada pode ser invocada como meio de defesa, estando prevista expressamente no nosso ordenamento jurídico. Segundo dispõe o art. 476 do Código Civil brasileiro, “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro” [destaque nosso].

Logo, para a extinção natural dos contratos é condição *sine qua non* que haja o adimplemento recíproco das obrigações acordadas, ou seja, ambas as partes devem cumprir com aquilo que lhes caiba dentro da relação. Cada um dos contraentes é simultaneamente credor e devedor um do outro, uma vez que as respectivas obrigações têm por causa as do seu co-contratante, e, assim, a existência de uma é subordinada à da outra parte.

Extrai-se do artigo supracitado o entendimento no sentido de que qualquer das partes pode se recusar ao

cumprimento da sua prestação, utilizando como fundamento o não adimplemento da obrigação por parte do outro, invocando em seu favor a *exceptio non adimpleti contractus* (exceção do contrato não cumprido). Portando, aquele que não satisfaz a própria obrigação não pode exigir o implemento da do outro. Se o fizer, o último poderá utilizar como defesa a exceção ora referida. Nesse sentido aduz o art.477 do mesmo *Codex*.

Art.477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.
[Destaque nosso]

No que concerne àqueles contratos regidos por normas de Direito Público, a utilização de tal cláusula deverá ser atenuada. Nesse casos, o particular não poderá interromper a execução do contrato, tendo em vista a prevalência dos princípios que regem a Administração Pública, dentre eles, o da supremacia do interesse público sobre o interesse particular e o da continuidade do serviço público.

A invocação da exceção do contrato não cumprido, normalmente utilizada nos ajustes de Direito Privado, deve ser afastada, pelo menos em princípio, dos contratos administrativos quando a falta for da Administração. Com efeito, como já mencionado anteriormente, enquanto nos contratos entre particulares é lícito a qualquer das partes cessar a execução do avençado quando a outra não cumpre sua obrigação, nos ajustes de Direito Público o contratado não pode, pelo menos *a priori*, usar dessa faculdade contra a Administração.

O que se faculta em hipóteses como essas é que o interessado recorra às vias administrativas ou judiciais, pleiteando a rescisão contratual e o pagamento das perdas e danos, não devendo, no entanto, suspender a execução do acordo até que obtenha um pronunciamento da autoridade competente para que assim proceda. O que há é uma substituição por uma subsequente indenização pelos prejuízos suportados pelo interessado (Meirelles, 2006).

Assim como é mitigado o direito ao particular de invocar a cláusula *exceptio non adimpleti contractus* em face da Administração Pública, essa última também não poderá invocá-la por seu livre alvedrio, sem qualquer fundamentação consubstanciada, tendo como fulcro apenas a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. A rescisão por parte da Administração deve ocorrer segundo os ditames legais, mediante abertura de um procedimento administrativo, sendo de toda forma resguardado o direito

do interessado ao contraditório e à ampla defesa, ambos albergados pela nossa Constituição Federal de 88, conforme estabelecido em seu art.5º, inciso LV.

Convém colacionarmos decisão exarada no dia 26 de abril de 2006 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul nesse mesmo sentido, tendo como relator o Des. Henrique Osvaldo Poeta Roenick.

AÇÃO DE COBRANÇA.
CONTRATO ADMINISTRATIVO.
RESPONSABILIDADE
CONTRATUAL. SERVIÇOS DE
PAVIMENTAÇÃO ASFÁLTICA.
RESCISÃO UNILATERAL DO
CONTRATO PELO MUNICÍPIO, SEM
A INSTAURAÇÃO DE REGULAR
PROCESSO ADMINISTRATIVO.
PROVA NOS AUTOS A INDICAR
DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL
DA ADMINISTRAÇÃO. OBRIGAÇÃO
DO MUNICÍPIO EM SALDAR A
PARTE CONCLUÍDA DA OBRA.
PROVA DOCUMENTAL E
TESTEMUNHAL DA PRESTAÇÃO
PARCIAL DA OBRA CONTRATADA.

Havendo prova substancial da dívida, e reconhecimento por parte da Administração, por parte do Secretário Municipal responsável à época dos fatos, confirmando ter a contratada concluído parte da obra, não pode esta

última furtar-se ao pagamento do serviço prestado, na parte concluída, sob o argumento de rescisão unilateral do contrato, sem a realização de procedimento administrativo para tanto, sob pena de configurar caso de enriquecimento ilícito da Administração. Prova dos autos a indicar a inadimplência de obrigações assumidas pela Municipalidade, no tocante a preparação do terreno para a realização das obras. Aplicação do princípio da *exceptio non adimpleti contractus*.

Ante a verificação da culpa concorrente do Município para a inexecução do contrato, impõe-se a ele o dever de liberar os valores caucionados pela autora, como garantia do contrato. Procedência parcial da ação.

Apelação não provida.

Sentença confirmada em reexame necessário com explicitação. [Destaque nosso] ²

Logo, como podemos perceber, o rigor da inoponibilidade dessa exceção vem sendo atenuado, sendo aceita a sua aplicação nos casos em que a falta da Administração acabar criando um encargo extraordinário e

² Disponível em < <http://www.tj.rs.gov.br/> >. Acesso em: 23 de maio de 2007.

insuportável para o particular, como ocorre, por exemplo, nos casos em que a Administração Pública atrasa os pagamentos por um longo tempo. Nesse sentido reza o art.78, inciso XV da Lei Federal n.º 8.666/93, que regulamenta as licitações e os contratos administrativos.

Art.78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

[....]

XV – o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação.
[Destaques nosso]

4. Fatores que interferem no cumprimento dos contratos administrativos

Durante o *inter* contratual, por inúmeras vezes, poderão ocorrer situações em que uma das partes, ou até

mesmo ambas, não consigam executar integralmente o que havia sido acordado, o que acaba desrespeitando os acordos do termo firmado. Sendo assim, dar-se-á a inexecução contratual.

É importante que se constate quais as causas que deram ensejo ao não cumprimento da avença, podendo essas serem de duas formas, a saber: culposa ou não culposa.

A inexecução culposa ocorre quando uma das partes, ou ambas, deixam de observar os termos do acordo. Aqui, ocorrerá a rescisão imediata do contrato pela parte atingida pela conduta culposa, podendo haver o dever de indenizar ao causador do dano pelos prejuízos experimentados pela sua conduta. Pode a parte lesada, como meio de defesa, invocar a *exceptio non adimpleti contractus*, como já dito anteriormente.

Atinente à inexecução sem culpa, essa ocorrerá por motivos supervenientes à celebração do contrato, que impedirem ou dificultaram a conclusão da avença. Correspondem a fatos excepcionais, e que a eles a parte inadimplente não deu causa (Carvalho Filho, 2006).

Dentre essas causas excepcionais que prejudicam ou inviabilizam o cumprimento dos contratos administrativos, está o chamado Fato do Príncipe. Ocorrerá o Fato do Príncipe sempre que o contrato for descumprido tendo em vista algum ato ou medida instituída ao próprio

Estado. Assim, sempre que o Estado, na qualidade de contratante, por intermédio de um ato lícito modificar as condições do contrato, provocando algum prejuízo para o contratado, caracterizado estará o Fato do Príncipe.

Apresenta como pressuposto básico a álea administrativa, sendo caracterizado por ser imprevisível, extracontratual e extraordinário, provocando profunda alteração na equação econômico-financeira do acordo.

O Fato do Príncipe pode dar ensejo a duas hipóteses. A primeira, é quando ocorre uma maior dificuldade no adimplemento obrigacional, onerando o particular no cumprimento do acordo. Nesse caso, o particular poderá pleitear uma revisão contratual com o fito de restabelecer a equação econômico-financeira do contrato. A segunda hipótese é aquela onde ocorre a impossibilidade, por parte do particular, de executar integralmente aquilo que estava obrigado. Em hipóteses como essas, como o particular não deu causa ao fato, não poderá ser prejudicado, de modo que fará jus a uma indenização pelos prejuízos suportados.

Outro fato considerado excepcional que prejudica ou impede o cumprimento contratual é aquele oriundo do caso fortuito e da força maior. Ambos são fatores que ensejam a impossibilidade do adimplemento do acordo.

Haverá nesses casos, um rompimento do equilíbrio contratual, passando uma das partes a sofrer um encargo excessivamente oneroso. Aqui, a parte também não

deu causa ao ocorrido, sendo impossível exigir-lhe o cumprimento de suas obrigações, não devendo as partes responderem pelos prejuízos que advierem.

Outro fato superveniente que pode acabar inviabilizando o completo adimplemento contratual é o originado da chamada Teoria da Imprevisão, que como objeto do nosso estudo será estudada mais detalhadamente em tópico específico a seguir.

5. A Teoria da Imprevisão como fator de influência no cumprimento dos contratos administrativos

A Teoria da Imprevisão consiste no reconhecimento de que a ocorrência de eventos novos, imprevisos e imprevisíveis pelas partes, autoriza a revisão contratual com o fito de restabelecer o equilíbrio do pacto.

Tal Teoria teve como base a antiga cláusula *rebus sic stantibus*, que tem em Neratius, na Idade Média, um de seus primeiros defensores, que já naquela época defendia a revisão dos contratos de trato sucessivo e de execução diferida, tendo em vista a superveniência de determinados fatores que ocasionassem onerosidade excessiva para o adimplemento de uma das partes, instituindo que “*contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*”, ou seja, os contratos que têm trato sucessivo ou a termo ficam subordinados, a todo tempo, ao mesmo estado de subsistência das coisas

(Rodrigues Jr., 2002, p.32).

Nos contratos administrativos, o desequilíbrio provocado por tais fatores retira a comutatividade da avença e impõe a reestruturação contratual, objetivando, assim, que se possibilite a execução sem a ruína econômica do particular contratado.

Quando, no curso do contrato, sobrevier eventos excepcionais e imprevisíveis que alterarem a equação econômico-financeira do pacto, caracterizado estará a ocorrência da Teoria da Imprevisão.

A Teoria em exame tem como elemento constitutivo a álea econômica, que, por natureza, é extraordinária, excedente aos riscos normais admitidos pela natureza do negócio. Os fenômenos da instabilidade econômica ou social (guerras, crises econômicas, desvalorização da moeda) são as causas principais do estado de imprevisão, tanto pela importância do impacto de seus efeitos, como pela imprevisibilidade de suas conseqüências.

Nos contratos administrativos, a Teoria da Imprevisão pode acarretar duas hipóteses. A primeira é quando, devido a ocorrência do fato, não houver possibilidade para o contratado cumprir com o que lhe cabia no pacto, o que ocasionará a rescisão do contrato sem a perquirição de culpa. A segunda hipótese é quando, mesmo acarretando ônus para a parte, exista a possibilidade do

adimplemento das obrigações contraídas, fato esse que ensejará, não a rescisão, mas tão somente a revisão do acordo com o fim de restabelecer as condições econômicas do mesmo.

O interesse em tutelar a reestruturação econômico-financeira do contrato deve ser da Administração, tendo em vista que se fosse do particular, esse, no momento da celebração do pacto, poderia se valer da possibilidade da ocorrência de fenômenos fora da álea normal dos contratos que o pudesse prejudicar, para, assim, formular propostas bem mais onerosas para a Administração (Justen Filho, 2005).

Dessa maneira, por fim, havendo uma perturbação do equilíbrio contratual inicialmente estipulado, ocasionando uma profunda alteração na situação econômica da avença, dever-se-á mitigar, ou até mesmo suprimir, a força obrigatória que rege as relações contratuais, tendo como fundamento a Teoria da Imprevisão.

Nesses casos, poderá o contratado recorrer ao que preconiza no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei Federal n.º 8.666/93, objetivando a reestruturação das condições contratuais atingidas pela ocorrência de algum fator superveniente à formação do pacto, devendo esse, como já dito anteriormente, ser imprevisível e excepcional, ou no caso da ocorrência de algum fato previsível, que este resulte conseqüência incalculáveis, fora do risco normal de previsibilidade.

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[....]

II – por acordo das partes:

[....]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária e extracontratual. [Destaques nosso]

6. Considerações finais

Pode-se dizer, então, que existe uma maior liberdade na aplicação da Teoria da Imprevisão nos contratos regidos por normas de Direito Privado, já que, nesses casos, basta que se configure algum dos casos relacionados no art. 478 do Código Civil Brasileiro. Ou seja, atestado um evento extraordinário e imprevisível, que acarrete para uma, ou ambas as partes, onerosidade excessiva no cumprimento do pacto, poderá o devedor, ou ambos, se assim o evento atingir todos os sujeitos da relação negocial, buscar uma revisão da avença, com o escopo de reequilibrar o conteúdo do contrato.

Prima-se, aqui, pela aplicação do princípio da autonomia da vontade, tendo em vista que uma das partes pode não cumprir com suas obrigações contratuais, se sujeitando a arcar com as conseqüências do seu ato, como por exemplo, a invocação pela parte contrária da *exceptio non adimpleti contractus* (exceção do contrato não cumprido), como meio de defesa, como já abordado anteriormente.

No que concerne aos contratos administrativos, que é justamente o pacto travado entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, há a sujeição a determinadas situações de prevalência do primeiro em detrimento do segundo, a aplicação do instituto da Teoria da Imprevisão deve ser mitigada, quando comparada com àqueles contratos regidos por normas de interesse

exclusivamente privado.

Nos contratos regidos por normas de Direito Público, há uma supremacia do interesse público sobre o interesse privado, o que suprime, pelo menos em alguns casos, a aplicação de certos instrumentos utilizados naqueles contratos celebrados somente entre particulares.

Assim, nos contratos administrativos existe a possibilidade, também, da revisão contratual, contudo essa deve ocorrer de forma excepcional e ser aplicada com bastante cautela. Realmente, só em circunstâncias excepcionais e diante de eventos que alterem profundamente o conteúdo econômico do pacto poderá haver a invocação da Teoria da Imprevisão nesse tipo de contrato, como no caso da previsão contida no art.65, inciso II, alínea “d”, da Lei Federal n.º 8.666/93, conforme descrito acima.

A utilização, por parte do particular, da *exceptio non adimpleti contractus*, em face da Administração Pública, objetivando a resolução da avença, por sua vez, só deverá ocorrer nas hipóteses expressamente previstas na lei, como no caso, por exemplo, do art.78, inciso XV, da Lei Federal n.º 8.666/93, como já citado anteriormente.

7. Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

ANGHER, Anne Joyce (org.). **Vade mecum acadêmico de direito**. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia do Valle. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. **Novo curso de direito civil: contratos**. 2. ed. Vol. IV. Tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. Vol.III. São Paulo: Saraiva, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Método, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. **Licitação e contrato administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: contratos. 12. ed. Vol.III. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 2.ed. Vol. II. São Paulo: Atlas, 2004.

< <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm> >. Acesso em: 21 de maio de 2007.

< <http://www.tj.rs.gov.br> >. Acesso em: 23 de maio de 2007.

Abstract: When the State is working as a subject of a contractual relation possesses certain prerogatives inherent to its condition of supremacy. This way the contract followed by the rules of Public Law should be analyzed more cautiously since this contractual modality cannot be freely used by those specific institutes widely applied to the agreements settled among privates and conducted with a private character. The guiding principles of these typical private contracts, as for example the obligatoriness of being responsible for the contracts and the autonomy of the will, should slow down having in mind the principles that conduct the activities of Public Management such as the principle of supremacy of the public interest and also the principle of the continuity of the public service. The public interest should always prevail above the private interest serving as a base to rule the relations among the public and the thirds.

Key-words: Public Management. Supremacy. Theory of the Improvidence. Administrative contracts.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O CASO FORTUITO E A FORÇA MAIOR

ANNA LUIZA MATOS COELHO

Advogada

Mestre em Direito pela UFC

Professora do Curso de Direito da

Faculdade Christus e Faculdades Nordeste - FANOR

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo proceder à análise acerca do caso fortuito e da força maior, sua previsão no *caput* do artigo 393. e seu parágrafo único do Código Civil Brasileiro de 2002, verificando a compreensão da doutrina acerca do conceito das referidas categorias jurídicas, bem como se essas são instituições semelhantes sob o ponto de vista do ordenamento jurídico brasileiro.

1. INTRODUÇÃO

É crescente o estudo do instituto da responsabilidade civil. Eis que o homem deixou de ter como vizinhos apenas a casa ao lado com seus integrantes e animais, cercas e árvores. Hoje, convive com as máquinas e as novas tecnologias que criam outras realidades que outrora o ser humano não ousava acreditar existir. O aumento da população e das relações sociais, alcançado, inclusive, as terras além mar, trouxeram com suas aptidões, riscos que podem gerar danos ao homem, causando-lhe as mais variadas adversidades, e, com eles, a violação de valores protegidos pelo homem e suas normas jurídicas.

Outrossim, no exercício de seus direitos, cabe à pessoa conduzir-se de forma a não lesar terceiros, posto que em ocorrendo lesão a bem jurídico tutelado, mister se faz o dever de reparar o prejuízo causado. Mas é possível falar de meios ou excludentes do dever de indenizar?

Através deste trabalho, buscar-se-á analisar duas categorias previstas no Código Civil enquanto excludentes do nexos de causalidade, vale dizer, o previsto no artigo 393, *caput*, e parágrafo único, ou seja, caso fortuito ou força maior, e o entendimento da doutrina pátria acerca da matéria. Busca-se descobrir qual a origem dos referidos institutos e se há, no ordenamento jurídico brasileiro, possibilidade para se efetuar a distinção entre as mencionadas instituições jurídicas.

Sabe-se que o instituto da responsabilidade civil surge como uma resposta da sociedade, através do Estado, para resolução dos conflitos que ocorrem em razão da violação do princípio geral de que a ninguém é dado o direito de lesar *outrem*, ou seja, *neminem laedere*. Com efeito, esta é a previsão do artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal Brasileira que estabelece que é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; e, ainda, que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Nesse sentido, havendo a ocorrência de dano injustamente causado a terceiro, seja este material ou moral, em razão de conduta comissiva ou omissiva, proveniente de pessoa natural ou jurídica, e, estando presente o liame

de causalidade que une a ação ao prejuízo, estar-se diante da obrigação de indenizar, nos moldes do artigo 186 do Código Civil Brasileiro, *in verbis*:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a *outrem*, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Com efeito, o ato ilícito, descrito no artigo 186 do Código Civil, e que pode gerar danos, enseja o dever de reparar de acordo com o regime da responsabilização subjetiva, ou seja, obrigação de reparar o prejuízo causado tendo em vista a ocorrência de conduta culposa.

A responsabilidade compreende, inicialmente, a reparação dos danos causados pelos atos ilícitos. E o que vem a ser um ato ilícito? Ilícito é o ato cujo objeto colide com a lei, com a moral ou com os bons costumes e, por isso, gera outros efeitos que não os queridos pelo autor. Assinala Silvio Rodrigues que “ato ilícito é aquele praticado com infração a um dever e do qual resulta dano para *outrem*”¹.

Por sua vez, o artigo 927 do Código Civil, também trata da responsabilidade civil, no entanto, referido instituto cuida de responsabilizar não só aquele que gera prejuízo a terceiro em virtude de conduta efetivada com dolo ou culpa, mas também, em razão de cometimento de atividade desenvolvida geradora de risco para direito de *outrem*, através do regime da responsabilidade objetiva, *in verbis*:

¹ Silvio Rodrigues, *in* Direito Civil, Saraiva, 2003, São Paulo, p. 308.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Desta forma, depreende-se da leitura dos artigos supramencionados que no Código Civil de 2002 existem dois sistemas de responsabilidade civil, a saber, a responsabilidade subjetiva, fundada na ocorrência de dano efetivado mediante uma conduta culposa, a saber, com dolo ou através das modalidades da culpa em sentido estrito que são negligência, imperícia e imprudência, unidos por um liame de causalidade; e, ainda, a responsabilidade objetiva, que prevê a obrigação de reparar prejuízo causado a *outrem* em consequência de realização de atividade geradora de risco a direito de terceiros ou mesmo em razão da própria previsão do legislador pátrio.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS PRESSUPOSTOS

Para que surja o dever de reparar o dano injustamente causado a terceiro torna-se imprescindível a ocorrência dos seguintes pressupostos: a) conduta

comissiva ou omissiva; b) o dano; e, por derradeiro, c) o nexo de causalidade.

Inicia-se a análise da conduta e suas modalidades. É sabido que só o ser humano é capaz de se conduzir. Nesse sentido, há distinção entre comportamento e conduta, tendo em vista que aqueles que agem com base em seus instintos, como os animais, se comportam, e aqueles que agem com fundamento nos instintos e na razão, tais como os seres humanos, únicos seres dotados de racionalidade, são os que efetivamente podem se conduzir, a saber, efetivar planos efetuando juízos de valor.

Ensina Nicola Abbagnano que “conduta é toda resposta do organismo vivo a um estímulo que seja objetivamente observável, ainda que não tenha caráter de uniformidade no sentido de que varia ou pode variar diante de determinada situação”².

Conduta comissiva ou positiva vem a ser aquela cujo agir consiste na realização de ato que vem a gerar dano à outra pessoa, *v. g.*, quando alguém em razão da está dirigindo em alta velocidade bate na traseira do carro que se encontra na frente do seu ocasionando dano à propriedade de *outrem*.

De outro lado, encontra-se a conduta omissiva ou negativa, que surge em razão do dever jurídico de se abster de realizar determinada ação, como por exemplo, o dever de indenizar que surge quando o poder público deixa de cuidar das vias públicas e, em algum momento, ocorre

² Nicola Abbagnano, *in* Dicionário de Filosofia, Martins Fontes, 2000, São Paulo, p. 173.

um acidente em razão de tal omissão.

Em um segundo momento, o que se verifica, pois, é a conduta do agente que implique na obrigação de reparar tendo em vista a existência de prejuízo. Não havendo dano, não há que se falar em responsabilidade.

Afirma Sergio Cavalieri Filho que “pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”³. Verifica-se, pois, que tanto pode ocorrer a consumação de dano material ou patrimonial, como dano moral, ou seja, consiste este no sofrimento íntimo, no desgosto e na dor, na mágoa e tristeza, que não repercutem no patrimônio da vítima.

E, como terceiro pressuposto, faz-se necessário a existência do nexos de causalidade que una a ação comissiva ou omissiva do agente ao evento danoso. Para que surja o dever de indenizar não é necessário, apenas, a realização de conduta geradora de danos, mas, faz-se imprescindível que esse dano tenha sido causado pela conduta do agente, vale dizer, há de haver uma necessária relação de causa e de efeito entre ambos.

Lembra Carlos Roberto Gonçalves que “relação de causalidade é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Encontra-se expressa no verbo “causar”, utilizado no art. 186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar”⁴.

Assim, para se saber quem foi o causador do dano é preciso verificar a existência do nexos de causalidade ou nexos causal. Por outro lado, existem as chamadas cláusulas

³ Sergio Cavalieri Filho, *in* Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros, 2004, São Paulo, p. 88.

⁴ Carlos Roberto Gonçalves, *in* Responsabilidade Civil, Saraiva, 2003, São Paulo, p. 33.

excludentes da responsabilidade civil, ou seja, causas onde ocorre a isenção de responsabilidade tendo em vista a impossibilidade de comprovação da relação entre causa e efeito entre a conduta e o dano gerador de prejuízo à vítima.

3. CLÁUSULAS E CAUSAS QUE EXCLUEM O NEXO CAUSAL

Para que se configure o dever de indenizar torna-se necessária a presença de conduta que seja geradora de dano, patrimonial ou moral a direito de terceiro, e que exista uma relação ou liame entre referida conduta e a consequência, qual seja a ocorrência de prejuízo. Nesse sentido, ninguém deve responder por um resultado a que não deu causa. Em tais casos, ocorrem as excludentes do nexo de causalidade ou do nexo causal que geram a isenção da responsabilidade.

José Aguiar Dias, ao tratar da matéria, esclarece que os meios de defesa ou causas de isenção de responsabilidade podem se manifestar através de cláusulas de responsabilidade, ou mediante as denominadas causas de exoneração de responsabilidade, isto é, as primeiras pertinentes ao contrato, e as segundas previstas na lei.

Inicia-se, pois, pela análise das denominadas cláusulas de irresponsabilidade. Desta forma, preleciona Aguiar Dias que “A cláusula ou convenção de responsabilidade consiste na estipulação prévia por declaração unilateral, ou não, pela qual a parte que viria a obrigar-se civilmente perante outra afasta, de acordo com esta, a aplicação da lei comum ao seu caso”⁵.

⁵ José de Aguiar Dias, *in* Da responsabilidade Civil, Forense, 1997, Rio de Janeiro, p. 671.

Desta forma, cláusula de irresponsabilidade ou de não indenizar nada mais é do que o acordo celebrado pelas partes como expressão de suas vontades no sentido de que se determina que uma das partes não será responsável por eventuais danos que surjam em razão da inexecução ou execução desconforme ao que fora pactuado mediante contrato. Cumpre observar que, o ordenamento jurídico brasileiro, não tem visto com bons olhos tais cláusulas excludentes da obrigação de indenizar uma vez que entende-se estarem as mesmas divorciadas dos princípios que norteiam o novo Código Civil Brasileiro, tais como os princípios da socialidade, da eticidade, e, por último, da operabilidade.

Por outro lado, existem as denominadas causas de isenção do nexos de causalidade. Nesse sentido, afirma Sergio Cavalieri Filho que

causas de exclusão do nexos causal são, pois, casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente. Essa impossibilidade, de acordo com a doutrina tradicional, ocorre nas hipóteses de caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro⁶.

Cumprido, destarte, a análise de cada um das causas excludentes do nexos causal. Com efeito, não há que

⁶ Sergio Cavalieri Filho, *in* Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros, 2004, São Paulo, p. 82.

se falar de responsabilidade civil se o evento danoso ocorreu em razão de fato exclusivo da vítima. Assinala Silvio Rodrigues que “a culpa exclusiva da vítima é causa de exclusão do próprio nexos causal, porque o agente, aparente causador direto do dano, é mero instrumento do acidente”⁷. Eis que cabe à vítima responder por todos os prejuízos causados.

Desta forma, não há na legislação civil determinação no que tange à previsão da culpa exclusiva da vítima enquanto causa excludente do dever de responsabilização civil. Há, todavia, uma robusta construção por parte da doutrina e da jurisprudência, no sentido de entender que, se a vítima agiu de alguma forma favorável à ocorrência do dano, faz-se necessário verificar se houve, culpa exclusiva desta, ou se a mesma concorreu para a verificação do evento danoso. Eis que verificada a culpa exclusiva da vítima, ou seja, esta em razão de sua própria conduta deu ensejo à ocorrência do dano, não há que se falar em reparação de danos.

Inexiste o dever de indenizar, excluindo o nexos causal, ainda, no caso de fato exclusivo de terceiro. Assim, ensina Roberto Senise Lisboa, “*existindo a culpa de terceiro, isto é, de sujeito estranho à relação jurídica, o nexos de causalidade entre as partes somente se extinguirá se a violação do dever for integralmente imputada em desfavor daquele*”⁸.

⁷ Silvio Rodrigues, *in* Responsabilidade Civil, Saraiva, 2003, São Paulo, p. 179.

⁸ Roberto Senise Lisboa, *in* Manual de Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil, Revista dos Tribunais, 2004, São Paulo, p. 536.

Cumprir observar que o fato de terceiro tanto pode estabelecer a responsabilidade em face de *outrem*, como também implicar excludente desta. O fato é que predomina, na seara da responsabilização civil, o dever de reparar o dano em relação ao causador ou responsável imediato pelo evento lesivo, não ensejando a isenção do autor direto do dever jurídico de se responsabilizar pelo prejuízo causado.

Alerta Rui Stoco que a matéria encontra-se prevista nos artigos 929 e 930 do Código Civil, restando pacificada a determinação de que se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do prejuízo ação regressiva para ressarcir-se daquilo que vier a pagar⁹.

Por sua vez, é causa de exclusão do nexo causal a ocorrência do caso fortuito ou força maior, tudo com arrimo no artigo 393, *caput*, e parágrafo único do Código Civil que assim dispõe:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Verifica-se que o legislador ordinário não

⁹ Rui Stoco, *in* Tratado de Responsabilidade Civil, Revista dos Tribunais, 2004, São Paulo, p. 183.

estabeleceu distinção entre os dois institutos, preferindo utilizar a conjunção “ou” ao se referir às categorias jurídicas. No entanto, o mesmo não acontece quando se trata dos doutrinadores que analisam os dois institutos, posto que para estes, bem como de acordo com a jurisprudência, há distinções entre as duas instituições.

Eis que se faz necessário indagar: há distinção entre caso fortuito ou força maior? E em havendo, como determinar o que vem a ser caso fortuito e o que vem a ser força maior? Passa-se, a seguir, a responder tais indagações.

4. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR: CONCEITO, NOÇÕES GERAIS E DIFERENÇAS

Sabe-se que o caso fortuito e a força maior constituem formas de impossibilidade absoluta do cumprimento das obrigações, pelo que excluem a obrigação de cumprir a prestação, como também excluem a responsabilidade, vale dizer, o dever de reparar o dano causado.

Alerta Themístocles Brandão Cavalcanti que as noções de caso fortuito, força maior, bem como a imprevisão e o estado de necessidade, encontram seus fundamentos nos princípios gerais de direito, vale dizer, diretrizes que têm o condão de efetivar a integração das lacunas estabelecidas pelo legislador ¹⁰. Ora, no preenchimento das lacunas jurídicas deve o operador do direito fazer uso inicialmente

¹⁰ Themístocles Brandão Cavalcanti, *in* Tratado de Direito Administrativo, Livraria Freitas Bastos S.A., 1960, Rio de Janeiro, p. 414.

da analogia e posteriormente dos costumes. Quando estes falham, cumpre ao magistrado suprir tal deficiência mediante a utilização dos princípios gerais de direito, ou seja, diretrizes contidas no ordenamento jurídico para integração das lacunas.

Eis que dentre os diversos sentidos dos princípios gerais do direito encontra-se um elemento comum a todos: a justiça. Na ausência de preceitos expressos, deve o aplicador do direito fazer uso dos princípios de justiça como fonte derradeira que deve recorrer para objetivar o preenchimento das lacunas jurídicas.

Como se vê, a exclusão do dever de reparar o dano em virtude da ocorrência de caso fortuito ou força maior constitui a concreta aplicação do princípio da justiça, uma vez que não deve ser responsabilizado o agente pelos danos ocasionados por fatos estranhos, alheios à sua vontade, e cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir.

4.1 CAUSA E EFEITO E RESPONSABILIDADE

Dentre os pressupostos do dever de indenizar encontra-se a exigência da ocorrência de um dano, seja este patrimonial ou extrapatrimonial. Ora, se é verdade afirmar que o instituto da responsabilidade civil gira em torno do dano, imprescindível, pois, a análise da causa, pessoal ou material, que lhe deu origem.

Mas o que vem a ser causa? De acordo com Hilton Japiassú e Danilo Marcondes, *“causa é tudo aquilo que produz um efeito e nele se prolonga”*¹¹. Nesse sentido,

¹¹ Hilton Japiassú e Danilo Marcondes, *in* Dicionário Básico de Filosofia, Jorge Zahar Ed., 1996, Rio de Janeiro, p. 40.

por exemplo, pondo-se a causa, põe-se o efeito; e suprimindo-se a causa, suprime-se o efeito. Assim, ao se afirmar que “A é a causa de B”, quer-se dizer o seguinte: “A existência de A é a causa da existência de B”¹². Causa, pois, é aquilo que produz um efeito, sendo possível afirmar que não há efeito sem causa.

Logo surge uma nova indagação: quais são as causas que dão origem à ocorrência de danos? Observa-se que existem eventos que se verificam sem a interferência do ser humano, tais como os fatores naturais ou fatos do mundo e os que precedem do ser humano, de forma próxima ou remota, aos quais são denominados atos do homem. Tanto os fatos relacionados à conduta humana como os fatores alheios ao ser humano produzem modificações no mundo habitado pelos seres humanos.

No entanto, adverte J. Cretella Júnior que

o nexó de causa e efeito, a relação necessária entre o fato gerador do evento, o dano e o sujeito, a quem se pretende atribuir a responsabilidade, somente se conjugarão de modo harmônico para o equacionamento do problema da responsabilidade, se a causa eficiente ou instrumental do prejuízo for idônea para obrigar¹³.

¹² André Lalande, *in* Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia, Martins Fontes, 1999, São Paulo, p. 143.

¹³ J. Cretella Júnior, *in* O Estado e a obrigação de indenizar, Saraiva, 1980, São Paulo, p. 141.

Para o autor em comento, se a causa é idônea, há campo para a fixação da responsabilidade. Entretanto, sendo a causa inidônea, vale dizer, se a relação entre o sujeito que sofre o dano e o agente a quem se pretende atribuir a existência do prejuízo nem se forma e, uma vez se formando, logo se rompe, ocorre a exclusão da responsabilidade por inidoneidade de causa, aplicando tais regras tanto para as relações contratuais como para as extracontratuais.

4.2 CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR: CONCEITOS E DISTINÇÕES

Para De Plácido e Silva, caso fortuito é *“expressão especialmente usada, na linguagem jurídica, para indicar todo caso, que acontece imprevisivelmente, atuando por força que não se pode evitar”*¹⁴.

De acordo com J. Cretella Júnior

o caso fortuito ocorre, essencialmente, quando o acidente, causador do prejuízo, resulta de causa desconhecida, como o cabo elétrico aéreo que se rompe e cai sobre fios telefônicos, causando incêndio: o fato não dependeu de nenhum fato estranho à Companhia, nem resultou de força maior, que tenha acarretado a ruptura do cabo.

¹⁴ De Plácido e Silva, *in* Vocabulário Jurídico, Forense, 1978, Rio de Janeiro, p. 315.

A ruptura é o resultado de causa desconhecida. Observa-se o acidente, mas ignora-se por que e como se produziu. Por conseguinte, o acidente nem poderia ter sido previsto, nem impedido. Era imprevisível, inevitável, irresistível¹⁵.

Para o citado autor, o caso fortuito refere-se a algo interno, vale dizer, interioriza-se. Assim, reflete-se o mesmo no funcionamento do próprio serviço, v. g., como a explosão de caldeira, o desabamento de um prédio, o incêndio provocado por rompimento do fio elétrico etc. Consagra ainda, o autor em comentário um segundo elemento diferenciador do caso fortuito em relação à força maior: o caso fortuito baseia-se em evento anterior ao objeto que produziu o dano, enquanto que a força maior encontra seu fundamento em fato que se originou em acontecimento exterior ao objeto, fonte próxima do dano¹⁶.

Themístocles Brandão Cavalcanti, por seu turno, entende que a força maior é derivada de um fato externo, estranho ao serviço, e que o caso fortuito provém do mau funcionamento do serviço, de uma causa interna, inerente ao próprio serviço. Afirma o autor que *“na força maior nenhuma interferência tem a vontade humana nem próxima nem remotamente, enquanto que no caso fortuito, a vontade apareceria na organização e funcionamento do serviço”*¹⁷.

Por sua vez, para José de Aguiar Dias, “o caso

¹⁵ *Idem*, p. 143.

¹⁶ *Idem*, p. 143.

¹⁷ *Idem*, p. 415.

*fortuito ou de força maior desperta debate tão agitado como o travado a respeito do fundamento da responsabilidade civil*¹⁸. Nesse sentido, explica o referido escritor que os institutos do caso fortuito e da força maior podem ser entendidos mediante a utilização de dois critérios, vale dizer, a corrente objetiva e a corrente subjetiva. Inicia sua explicação fazendo menção ao artigo 1.058 do Código Civil de 1916, que, de acordo com o mesmo, adotou a noção objetiva do caso fortuito e da força maior, *in verbis*:

Art. 1.058. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado, exceto nos casos dos artigos 955, 956 e 957.
Parágrafo único. O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir.

Segundo José de Aguiar Dias, verifica-se, pois, que há no caso fortuito e na força maior a presença de dois elementos: o primeiro, de caráter interno ou objetivo, ou seja, que representa a inevitabilidade do evento; e o segundo, de caráter externo ou subjetivo, vale dizer, a ausência de culpa. Finaliza seu pensamento indicando que ao se proceder a leitura do artigo 1.058 do Código Civil de 1916 constata-se que o legislador ordinário adotou o conceito misto, quer dizer,

¹⁸ *Idem*, p. 686.

faz-se necessária a comprovação da inevitabilidade e da ausência de culpa.

De acordo com os ensinamentos de Rui Stoco,

apenas para efeito de registro, cabe observar que o nosso Direito consagra em termos gerais a isenção da responsabilidade quando o dano resulta de caso fortuito ou de força maior. Em pura doutrina, distinguem-se estes eventos dizendo que o caso fortuito é o acontecimento natural, derivado da força da natureza, ou de fato das coisas, como o raio, a inundação, o terremoto ou o temporal. Na força maior há um elemento humano, a ação das autoridades (*factum principis*), como ainda a revolução, o furto ou o roubo, o assalto ou, noutro gênero, a desapropriação¹⁹.

Conforme o entendimento supracitado, na pessoa de Rui Stoco, há um novo olhar sobre as instituições do caso fortuito e da força maior, pelo que entende o autor em comento que a força maior está relacionada aos atos humanos, e o caso fortuito ligado à força da natureza.

Outrossim, Sergio Cavalieri explica que

¹⁹ STOCO, *op. cit.*, p. 173.

o Código Civil, no parágrafo único do citado art. 393, praticamente os considera sinônimos, na medida em que caracteriza o caso fortuito ou de força maior como sendo o fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir. Entendemos, todavia, que diferença existe, e é a seguinte: estaremos em face do *caso fortuito* quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza, como as tempestades, enchentes etc., estaremos em face da *força maior*, como o próprio nome diz. É o *act of God*, no dizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível²⁰.

Ora, percebe-se claramente a discordância dos autores no que diz respeito ao entendimento do conceito de caso fortuito e da força maior. Desta forma, faz-se necessário perquirir os conceitos dos referidos institutos nas raízes do Direito Civil pátrio e estrangeiro.

²⁰ CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 84.

Inicia-se a análise das citadas instituições jurídicas no âmbito do Direito Romano, direito este que deu ensejo à base concreta do direito privado ocidental. Eis que já em Roma, ocorriam situações que ensejavam o não-cumprimento da obrigação, tendo em vista a ocorrência de eventos os mais variados, tanto os resultantes de fatos não previstos pelas partes, como também em decorrência de fatos produzidos pela natureza.

Demonstra Luiz Antonio Rolim que “esses fatos eram conhecidos genericamente pelos romanos como *casus*: “*Casus fortuitus, vis* ou *vis maior cui resisti non potest* (caso fortuito, força ou força maior que não podiam ser evitados)” – Dig. 19,2,15,2)”²¹.

Ocorrendo os chamados *casus fortuitus*, efetivava-se a isenção das partes do cumprimento da obrigação assumida, somente sendo mantida a obrigação, no caso das partes terem assumido anteriormente o risco de ocorrência dos mencionados fatos.

José Carlos Moreira Alves, ao tratar da matéria, explica que

Apesar da controvérsia que persiste entre os romanistas atuais, tudo indica que os termos *casus fortuitus, vis maior* e similares fossem empregados nas fontes para designar diversas hipóteses (por exemplo: terremotos, incêndios, naufrágios, guerra), em que

²¹ Luiz Antonio Rolim, *in* Instituições de Direito Romano, Revista dos Tribunais, 2003, São Paulo, p. 258.

a obrigação se extinguiu por impossibilidade objetiva da prestação, e o devedor, a quem o fato danoso não podia ser imputado, se eximia, em consequência, de responsabilidade. Nem mesmo no direito justianeu os jurisconsultos formularam um conceito abstrato que abrangesse todas as hipóteses, em que isso ocorria, referidas nos textos. É certo que do casuísmo das fontes pode-se inferir, de modo geral, que o caso fortuito (ou força maior) era o acontecimento decorrente da natureza ou de fato do homem, por via da regra imprevisível, a que o devedor não podia resistir, e que acarretava a impossibilidade objetiva da prestação²².

Percebe-se, pois, que já entre os romanos existia uma confusão no entendimento da distinção entre caso fortuito e força maior.

Outro grande expoente do Direito Civil no mundo é o Código Civil Francês, também conhecido como Código de Napoleão, datado de 21 de março de 1804, que por sua vez assim dispõe:

Art. 1.148. Não há lugar a perdas e danos, quando, em consequência de

²² José Carlos Moreira Alves, *in* Direito Romano, Editora Forense, 2005, Rio de Janeiro, p. 40-41.

fôrça maior ou de caso fortuito, o devedor for impedido de dar ou de fazer aquilo a que se obrigara ou fêz o que lhe era proibido.

Mais uma vez os institutos são mencionados pelo legislador enquanto sinônimos, tendo em vista que não há distinção entre as categorias jurídicas. Entretanto, para não deixar dúvidas, cuida o legislador de explicar no artigo 1.150 da mesma lei, que o devedor só fica obrigado às perdas e danos que foram previstas ou que era possível prever por ocasião do contrato, quando não foi por dolo que a obrigação deixou de ser executada.

Arnoldo Medeiros da Fonseca anuncia que

depois da guerra de 1914, que tão profundamente abalou as condições econômicas do mundo, a investigação da influência jurídica, que devia ter, sobre as obrigações contratuais, não executadas ainda, a superveniência de acontecimentos imprevistos e imprevisíveis, por ocasião da formação do vínculo, acarretando para um dos contratantes uma onerosidade maior e ruínosa, embora sem obstar em definitivo ao seu cumprimento, voltou a despertar especial interesse, provocando eruditos estudos dos juristas. Seria justo fazer recair, em tal caso, todo o

prejuízo sobre quem era apenas culpado de não ter previsto o imprevisível, por um supersticioso respeito ao princípio da irretratabilidade das convenções, consagrado pelo Código Civil francês, e outros que o tomaram por modelo? Ou, ao contrário, permitia o direito uma solução mais eqüitativa e humana, fosse a exoneração pura e simples da responsabilidade do estipulante, ou a modificação dos efeitos jurídicos da convenção, por intermédio do juiz? ²³

Entre nós, a matéria passou a ser prevista quando da promulgação do primeiro Código Civil brasileiro em 1917, que em seu art. 1.058, previa que o caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar, ou impedir.

Pela análise do artigo em comento surge uma dúvida: o que vem a ser fato necessário? É claro que a necessidade do fato deve ser compreendida em decorrência da impossibilidade do cumprimento da obrigação, ou seja, o que efetivamente causou a inexecução da obrigação. Necessário é o fato que surge independentemente da vontade humana, incluindo os fatos oriundos da natureza, como também aqueles que surgem oriundos de fato

²³ Arnaldo Medeiros da Fonseca, *in* Caso fortuito e teoria da imprevisão, Revista Forense, 1958, Rio de Janeiro, p. 13.

voluntário, mas que produz efeitos que a vontade já não mais possa modificar, na força do princípio: “*quae ab initio sunt voluntatis post factum fiunt necessitatis*”²⁴.

Agostinho Alvim preleciona que a exoneração só se dá quando a dificuldade assume o aspecto de impossibilidade, isto é, fatos que exigem do devedor uma providência fora do comum, ou sacrifícios insuportáveis²⁵.

Como é sabido, é através dos ensinamentos de Arnaldo Medeiros que a doutrina passa a considerar a distinção entre as duas categorias com base em dois critérios, a saber, um objetivo, onde há a caracterização do evento com elementos do próprio acontecimento, buscando-se abstrair as condições pessoais do obrigado; e, por outro lado, o critério subjetivo, este relacionado à ausência de culpa.

Tem-se, pois, que a noção de caso fortuito ou força maior origina-se de dois elementos: um objetivo, de ordem interna, vale dizer, relacionado à incapacidade do obrigado de evitar a ocorrência do evento; e outro, subjetivo, de ordem externa, ligado à ausência do fator culpa.

Nessa linha, quando o legislador prevê a ocorrência do caso fortuito ou da força maior, verifica-se a necessidade por parte do devedor, da prova do fato preciso e determinado, que, por ser inevitável, e não culposos, que exonera o devedor da obrigação.

Ao proceder à análise das normas vigentes no direito positivo brasileiro acerca da matéria, Arnaldo Medeiros afirma que “*nenhuma distinção existe entre caso*

²⁴ SILVA, *op.cit.*, p. 680.

²⁵ Agostinho Alvim, *in* Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências, Edição Saraiva, 1955, São Paulo, p. 352.

*fortuito e força maior em nossa legislação, quer em face do Código Civil e do Cód. de Comércio, quer em face da lei especial reguladora de acidentes no trabalho*²⁶.

A dificuldade em elaborar um traço diferenciador entre os dois institutos encontra em Agostinho Alvim uma nova solução, uma vez que efetua a divisão do caso fortuito em interno e externo. Assim sendo, afirma que

a distinção que modernamente a doutrina vem estabelecendo, aquela que tem efeitos práticos em que já vai se introduzindo em algumas leis, é a que vê no caso fortuito um impedimento relacionado com a pessoa do devedor ou com sua empresa enquanto que a força maior é um acontecimento externo²⁷.

Nesse sentido afirma que *“entram na categoria de caso fortuito interno todos os acontecimentos que não possam ser atribuídos à culpa do responsável, mas estão ligados à organização que êle mesmo imprimiu ao negócio”*²⁸. Como exemplo, cita a possibilidade de uma pessoa fazer uso de um animal ou veículo, ou mesmo de alguma máquina qualquer, que venha causar dano a terceiro.

Por outro lado, o caso fortuito externo ou força maior decorreria do fato sem ligação alguma com a empresa ou negócio, como, p. ex., fenômenos naturais, tais como um

²⁶ MEDEIROS, *op. cit.*, p. 122.

²⁷ *Idem*, p. 352.

²⁸ *Idem*, p. 336.

furacão, uma geadá, e ordens emanadas do Poder Público (*fait de prince*), e outros semelhantes.

Carlos Roberto Gonçalves afirma que “*modernamente, na doutrina e na jurisprudência se tem feito, com base na lição de Agostinho Alvim, a distinção entre fortuito interno (ligado à pessoa, ou à coisa, ou à empresa do agente) e fortuito externo (força maior, ou Act of God dos ingleses)*”²⁹.

Conclui o citado autor que somente o caso fortuito externo é capaz de excluir a responsabilidade civil, visto que está relacionado à causa ligada à natureza, estranha à pessoa do agente e à máquina, o mesmo não ocorrendo quando se trata do caso fortuito interno, tendo em vista sua relação com a pessoa, a coisa, ou a empresa do agente.

Porém, faz uma advertência ao ratificar o entendimento de Agostinho Alvim afirmando que

tal distinção permite estabelecer uma diversidade de tratamento para o devedor, consoante o fundamento da sua responsabilidade. Se esta fundar-se na culpa, bastará o caso fortuito para exonerá-lo. Com maior razão o absolverá a força maior. Se sua responsabilidade fundar-se no risco, então o simples caso fortuito não o exonerará. Será mister haja força maior, ou, como alguns dizem, caso fortuito externo³⁰.

²⁹ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 737.

³⁰ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 739.

Como se vê, até o presente momento, não há como estabelecer uma voz uníssona por parte da doutrina pátria no que tange ao entendimento da distinção entre caso fortuito e força maior.

5. CONCLUSÕES

O legislador pátrio, ao prever o estatuído no artigo 393 e parágrafo único, do Código Civil, não quis estabelecer qualquer discrimen acerca das categorias caso fortuito e força maior. Com efeito, o *caput* do referido artigo dispõe que se o devedor não houver se responsabilizado, não responderá este pelos prejuízos resultantes do caso fortuito ou da força maior. Em seguida, em seu parágrafo único, estabelece que o caso fortuito ou a força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir.

Desta forma, observa-se que tratou o legislador ordinário de 2002 de explicitar a falta de condições do devedor de impedir o evento danoso, vale dizer, inevitabilidade. Ora, e o que vem a ser algo inevitável? Inevitável, sabe-se, é aquilo que não se consegue prevê, e, conseqüentemente, evitar, impedir que se realize e traga consigo suas conseqüências, é o que é fatal.

Na mesma linha de raciocínio pode-se facilmente indagar: o que pode o ser humano prevê para conseqüentemente poder evitar? O que é simples pensar é que ao ser humano deve ser possível realizar uma previsão ou visão antecipada do evento que ainda não ocorreu, mas que ocorrerá, e, em razão desta antecipação mental do resultado, tomar precauções no sentido de evitar o evento

danoso. Leva-se em conta a previsibilidade de um ser humano de conhecimentos medianos, comuns a qualquer outra pessoa em sociedade, sem que seja necessário maiores diligências por parte das pessoas no sentido de impedir o fatídico evento danoso.

Assim, em havendo possibilidade de previsão por parte do indivíduo, tendo em vista a concretização da antecipação mental do evento danoso, não há que se falar em caso fortuito ou força maior, posto que presente estará a culpa, vale dizer, a conduta que emana da vontade e que viola o dever de cuidado assegurado pelo Direito, tendo como resultado um evento gerador de dano voluntário ou involuntário, mas que era possível prevê.

Em suma, tratando de evento oriundo de ação humana imprevisível e inevitável, estar-se-á diante do caso fortuito ou *casus fortuitus*, tal qual a destruição de bens que ocorrem em razão de guerras, motins, arrastões etc. São fatos que fogem à possibilidade do ser humano de conseguir prevê para então evitar. Fortuito é o ato imprevisível, acidental, que não se pode fugir de suas conseqüências nefastas. Por outro lado, no que tange às forças que surgem da própria natureza, sem a possibilidade de se evitar, eis o que se denomina força maior, também conhecida pelos ingleses como “Act of God”, vale dizer, os eventos que a força humana é insuficiente para impedir os efeitos desastrosos, tais como as enchentes, furacões, tempestades, tsunamis etc. Diz-se força maior posto que são causas mais fortes ou robustas que as dispensadas pelo indivíduo humano com o fito de evitar os desígnios da mãe natureza.

Por derradeiro, forçoso é concluir que para que ocorra o caso fortuito, faz-se necessário que o evento seja

imprevisível e, conseqüentemente, inevitável, ou seja, ao agente é impossível conseguir antecipar mentalmente as conseqüências da fatalidade, sendo o fato superior às próprias forças da pessoa humana envolvida no evento; ao passo que a força maior tem como característica a inevitabilidade, posto que a força da natureza consegue se sobrepor às forças do ser humano.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti, 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, 2v.
- ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (coord.). *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1960.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. rev. aum. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CRETELLA JÚNIOR, J. *Dicionário de Direito Administrativo*. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- _____. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 7: Responsabilidade Civil*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

- JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3. ed. rev. e ampli. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1996.
- LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil, volume 2: Obrigações e Responsabilidade Civil*. 3. ed. rev. atual e ampli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- MEDEIROS DA FONSECA, Arnaldo. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 3. ed. rev. e ampli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

A NATUREZA DA COBRANÇA DO SERVIÇO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO

Francisco Firmo Barreto de Araújo

Advogado, especialista em direito privado pela Universidade de
Fortaleza – UNIFOR.

Sumário: 1- Introdução; 2 - Distinção entre taxa e tarifa; 3 - A natureza de tarifa do serviço de coleta de esgoto; 4 - A Compulsoriedade da tarifa não desnatura sua natureza; 5 - O entendimento Jurisprudencial acerca da possibilidade da cobrança do esgoto sob a forma de tarifa; 6 – Conclusão; 7 - Bibliografia.

Resumo: Devido às frequentes discussões existentes no meio acadêmico, bem como no campo profissional entre os operadores do direito, faz-se necessário estabelecer as principais diferenças entre taxa e tarifa. O presente artigo aborda tal distinção, tendo como principal enfoque a cobrança do serviço público de esgotamento sanitário prestado por várias concessionária de serviço público em nosso país que atuam no ramo de abastecimento de água e saneamento básico. Por conseguinte, os argumentos apontados estão pautados no entendimento jurisprudencial prevalente, bem como na doutrina mais abalizada, visando, na medida do possível, esclarecer as controvérsias que envolvem o tema. Justifica-se, assim, a relevância deste artigo que visa a esclarecer por qual motivo o serviço de coleta de esgoto ainda que seja compulsório poderá ser remunerado sob a forma de tarifa.

Palavras-chave: Distinção entre taxa e tarifa – tarifa compulsória - serviço público - esgotamento sanitário.

Abstract: Had to the frequent existing quarrels in the half academic, as well as in the professional field between the operators of Laws, it becomes necessary to establish the main differences between tax and tariff. The present article approaches such distinction, having as main approach the collection of the public service of sanitary exhaustion given by some utility concessionaires in our country that act in the branch of water supply and basic sanitation. Therefore, the pointed arguments are based on the prevalent superior tribunal's agreement, as well as in the good doctrine, aiming if possible to clarify the controversies that involve the subject. It is justified, thus the relevance of this article that it aims clarify for which reason the service of sewer collection although its compulsory could be remunerated under the tariff form.

Key – words: Difference between tax and tariff – tariff compulsion – public service – sanitary exhaustion.

1. Introdução

Muito se discute acerca da cobrança do serviço de esgotamento sanitário prestados pelas concessionárias de serviço público. Isto porque ainda é corrente a celeuma acerca da natureza da cobrança, vez que alguns entendem que o serviço possui a natureza de taxa e outros afirmam que o mesmo teria a natureza de tarifa.

A discussão é de grande relevância não apenas no meio acadêmico, como também no âmbito prático. A matéria é relevante, pois de acordo com a natureza da cobrança é que será definido o modo como essa poderá ser cobrada, já que a taxa, por se tratar de tributo, somente poderá ser cobrada com base em lei, ao passo que a tarifa não depende de lei para a sua cobrança, pressupondo apenas uma relação contratual.

Por certo, será demonstrado avante qual o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal - STF sobre a matéria e quais as conclusões alcançadas com base no aludido entendimento, bem como as críticas feitas à súmula n.º 545 do aludido tribunal.

2. Distinção entre taxa e tarifa.

Embora, para muitos, já esteja superada a distinção entre taxa e tarifa, ainda assim se faz necessário fazer algumas considerações sobre o tema.

Alguns doutrinadores focalizam a principal distinção entre taxa e tarifa no elemento da compulsoriedade. Todavia, conforme será demonstrado, o problema surge, exatamente, por causa deste pseudo-elemento diferenciador. Assim, por hora, a compulsoriedade não deverá ser considerada.

O Professor Cláudio Borba (2006, p.14-15) faz a distinção entre taxa e tarifa sob o aspecto da relação jurídica com o Poder Público. Isto porque a taxa cria apenas uma relação jurídica, qual seja, a relação jurídica entre o Poder Público e o usuário. Ao passo que as tarifas ou preços

públicos criam duas relações jurídicas, ou seja, uma relação do poder público com a concessionária do serviço público e outra relação jurídica entre a concessionária e o usuário.

Ocorre, todavia, que na prática este critério de distinção não é tão simples, já que não se pode exigir do destinatário do serviço a análise minuciosa das relações. Razão pela qual tal critério na prática não é muito eficaz.

O certo é que de acordo com o nosso entendimento, a melhor forma de distinguir taxa e tarifa é analisando o conjunto de elementos, esclarecendo desde já que o elemento da compulsoriedade não é o elemento mais relevante, pois em alguns casos esta encontra-se presente, mas mesmo assim ainda subsiste a natureza da tarifa.

3. A natureza de tarifa do serviço de coleta de esgoto.

Conforme já salientado alhures, o elemento da compulsoriedade não deve ser considerado como o elemento determinante para a distinção entre taxa e tarifa. Toda a celeuma é provocada por causa da súmula 545 do STF que assim determina: “ Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada a prévia autorização orçamentária, em relação lei que as instituiu”.

Todavia, o próprio STF no julgamento do RE 464952/ MS publicado em 04/04/2006, ou seja, após a edição da súmula entendeu que “ [...] não obstante a sua obrigatoriedade, a contraprestação ao serviço de esgotamento sanitário não tem caráter tributário. Trata-se,

na realidade, de tarifa, não dependendo, portanto, da edição de lei específica para sua instituição ou majoração. [...] “. Logo, é evidente que a obrigatoriedade não é o elemento determinante.

A cobrança da tarifa é pautada no contrato de concessão, salientando-se que a concessão dos serviços está prevista no artigo 175 da Constituição Federal e dá outras providências.

Acerca da exigência de cumprimento das normas regulamentares, faz-se mister trazer à baila os ensinamentos do saudoso Hely Lopes Meirelles, na obra “Direito Administrativo Brasileiro”, 20ª Edição, págs. 339, 345 e 346, Malheiros Editores, *verbis*:

Regulamentação – A regulamentação dos serviços concedidos compete inegavelmente ao Poder Público, consoante a doutrina pátria e estrangeira, e por determinação constitucional (art. 175, parágrafo único). Isto porque a concessão é sempre feita no interesse da coletividade, e assim sendo, o concessionário fica no dever de prestar o serviço em condições adequadas ao público.

Execução do serviço – A execução do serviço concedido deve atender fielmente ao respectivo regulamento e às cláusulas contratuais específicas,

para plena satisfação dos usuários, que são seus legítimos destinatários. Remuneração do concessionário – O serviço concedido deve ser remunerado por tarifa (preço público), e não por taxa (tributo).

E a tarifa deve permitir a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão do serviço, assegurando o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

É assente na doutrina e jurisprudência que o Poder Público é o titular dos serviços de saneamento básico, podendo delegar a execução de tais serviços aos particulares. O Poder Público poderá prestá-lo direta ou indiretamente sob o regime de concessão ou permissão, conforme permite o artigo 175 da Constituição Federal já acima mencionado.

O contrato de concessão firmado entre o Poder Público e a Concessionária deve ser pautado com base na Lei 8.987/95, que regulamenta o artigo 175 da Constituição Federal, é suficiente para configurar a legalidade da cobrança da tarifa de esgotos. Não há que se falar em taxa ou em inobservância ao princípio da legalidade, pois o preço pago pelos usuários ao prestador dos serviços não possui natureza tributária, mas de tarifa, podendo, por conseguinte, ser instituído e arrecadado pela Concessionária dos serviços.

Não se pode olvidar que a tarifa prescinde da instituição por lei, mas apenas as taxas, pois estas últimas possuem natureza de tributo, devendo atender o princípio da estrita legalidade.

E mais, é cediço que para todos os serviços executados existe uma contraprestação. Os serviços prestados pela concessionária de serviços públicos de água e esgotamento sanitário são remunerados sob a forma de tarifa. Assim, reza o art. 3º, § 2º da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor):

Art. 3º - Fornecedor e toda pessoa física ou jurídica pública ou privada ...

[...]

§ 2º - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e secundária, salvo as decorrentes das relações trabalhistas.

O pagamento de tarifas pelos clientes tem por escopo assegurar a manutenção do equilíbrio financeiro do contrato de concessão. Não há como se prestar qualquer serviço com continuidade e presteza sem a devida contraprestação. Dessa forma, em um curto prazo, o não pagamento pelos serviços prestados irá impedir a execução do serviço e a população, certamente, terá que procurar

outras formas para a destinação do esgoto, de modo a não prejudicar o meio ambiente e a saúde humana.

Destaca-se, ainda, que a aludida exação não possui a natureza de taxa, vez que o elemento determinante da taxa não é a sua compulsoriedade, mas sim o fato de poder ser cobrada ainda que o serviço não seja prestado, bastando encontrar-se à disposição do consumidor. Fato este que seria um verdadeiro prejuízo aos consumidores, conforme se infere pelo teor do art. 77 do CTN.

Art. 77 - As taxas cobradas pela união, pelos estados, pelo distrito federal ou pelos municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Parágrafo único - A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto, nem ser calculada em função do capital das empresas.

Assim, caso a exação fosse cobrada como taxa (apenas para efeitos de argumentação), o consumidor sairia prejudicado, já que poderia ser cobrado pelo serviço que

estivesse à disposição.

O elemento compulsoriedade encontra-se vinculado a coletividade e a proteção do meio ambiente. Melhor se explica. O serviço de esgotamento sanitário visa dar uma destinação específica ao esgoto doméstico, impedindo assim a proliferação de doenças, bem como a poluição do meio ambiente. Logo, a obrigatoriedade de ligação ao sistema de esgotamento sanitário que se encontra a disposição não é oriunda da cobrança do serviço, mas sim do interesse da coletividade a uma melhor condição de vida, estando pautada nos direitos fundamentais do estado a uma prestação, quais sejam os direitos da fraternidade, caracterizado como um direito de 3ª geração.

E mais, a tarifa de esgoto cobrada pelos concessionários dos serviços públicos não depende, exclusivamente, do prestador dos serviços. Isto porque, no atual ordenamento jurídico brasileiro existem as Agências Reguladoras dos Serviços Públicos que desempenham papel relevante no setor que regulamentam, bem como na fixação das tarifas que devem ser fixadas segundo o princípio da modicidade.

O consumidor, portanto, não está desamparado, pois, quando da fixação ou modificação de tarifa, além da observância ao contrato de concessão, deve a concessionária apresentar sua proposta que deverá ser homologada pela entidade da administração a qual está vinculada.

Conclui-se, portanto, que não existe ilegalidade na cobrança de tarifa de esgoto pelos serviços prestados

por concessionária, porquanto, amparados pelo artigo 175 da Constituição Federal, pela Lei de Concessões nº 8.987/95, bem como pelas Resoluções da Agência Reguladora que fiscaliza a concessão.

Logo, o que se pretende deixar bem claro é que ainda que exista lei obrigando a interligação ao sistema de esgotamento sanitário, tal diploma, ao estabelecer a obrigatoriedade de ligação da rede de canalização de esgoto, não atribuiu a natureza da taxa a exação cobrada, pois visa apenas estabelecer a obrigatoriedade de interligação no sentido de resguardar toda a coletividade contra futuras poluições e contra a proliferação de doenças.

Assim, existindo diploma tratando da matéria, tal dispositivo não poderá estabelecer fato gerador, base de cálculo ou alíquota, pois o valor cobrado pela coleta e tratamento do serviço de esgoto não possui a natureza de tributo, logo não é considerado como taxa, mas sim tarifa. Sendo assim, as tarifas não são cobradas através dos mesmos pressupostos dos tributos.

Isto porque, a fixação de tarifa independe de lei. Neste sentido, cabe citar o pensamento do renomado tributarista Leandro Paulsen, que assim enuncia:

Por ter suporte no poder de tributar do Estado, submetendo os contribuintes de forma cogente, a exigência de taxas está sujeita às limitações constitucionais ao poder de tributar (art. 150 da CF: legalidade, isonomia, irretroatividade, anterioridade,

vedação do confisco). A fixação do preço público, de outro lado, independe de lei; não sendo tributo, não está sujeito às limitações ao poder de tributar. (Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência- Leandro Pausen, 5^a. ed. rev. atual.- Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2003)

Em que pese as opiniões contrárias, o fato de o serviço ser compulsório não implica que o mesmo somente possa ser remunerado através de taxa, pois existe aqui a opção do legislador.

Como já dito, o Administrador tem a faculdade de prestar o serviço público direta ou indiretamente, mediante concessão. Escolhendo a segunda opção, a remuneração se dará necessariamente através de tarifa, inerente à modalidade eleita, independentemente da utilização dos serviços ser ou não compulsória.

Corroborando nosso entendimento, cabe trazer a lume sábia lição de MARÇAL JUSTEN FILHO, na sua “Teoria Geral das Concessões de Serviço Público”, que assim preceitua:

É inquestionável que a Constituição brasileira previu tanto a figura da taxa quanto a da tarifa. Ambas se relacionam à remuneração percebida

pela prestação de serviço público, sendo impossível extrair da disciplina constitucional uma diferenciação explícita no tocante à destinação de cada qual. Mesmo a previsão de que a incidência da taxa se refere a serviços públicos específicos e divisíveis efetivamente prestados ou colocados à disposição do usuário não conduz à obrigatória conclusão de que a constituição teria vedado a cobrança de tarifas em tais situações. (a. et op. cit., Dialética, São Paulo, 2003, p. 345)

Não existem restrições à prestação de serviços públicos através de concessão. A Constituição Federal em momento algum estipulou um “rol” taxativo de serviços, considerados essenciais e compulsórios que somente poderiam ser prestados diretamente pelo Poder Público. A *contrário sensu*, verifica-se que quaisquer serviços, sejam ou não de fruição compulsória, podem ser objetos de concessão e portanto remunerados através de tarifa.

A eminente professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em parecer solicitado por empresa do Estado de São Paulo que atua como concessionária do serviço público de saneamento básico, e que enfrentou questionamento em Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público estadual quanto à legalidade da cobrança de tarifas por estes serviços, constante do livro **‘Parcerias na Administração**

Pública”, ed. Atlas, 4ª edição revista e ampliada, 2002, às fls. 335 dos apêndices, escreveu:

[...]

Como se vê, é a própria Constituição que permite ao Poder Público optar entre exercer os serviços públicos diretamente (por seus próprios órgãos ou entes da Administração Indireta) ou mediante concessão ou permissão.

Não tem sentido pretender, com base na interpretação do dispositivo constitucional que define a taxa (art. 145, II, da Constituição), retirar qualquer efeito à norma do art. 175.

Todo serviço público é obrigatório para o poder público; se assim não fosse, não seria serviço público. A partir do momento em que a lei ou a Constituição atribui uma atividade ao poder público, este não pode deixar de exercê-la. A forma pela qual poderá fazê-lo é que fica á decisão discricionária do poder público.

E, muitas vezes, essa discricionariedade é bem limitada pelas dificuldades orçamentárias, não tendo o Município outra alternativa senão recorrer à concessão, que

permite ao poder público realizar serviços e obras de grande vulto, sem precisar utilizar recursos provenientes dos cofres públicos.

E se a constituição coloca à disposição da administração pública o contrato de concessão, automaticamente está admitindo a cobrança de tarifa e não de taxa, como se verá além.

Note-se, também, que a Constituição não distingue entre serviços que podem e os que não podem ser executados por meio de concessão, ao qual é inerente a remuneração por meio de tarifa, é possível para qualquer tipo de serviço de natureza comercial ou industrial, ou seja, para qualquer tipo de serviço que permita a remuneração pelo usuário”. Grifou-se.

Conclui-se, com base na conceituada doutrina exposta, que os serviços públicos de saneamento básico podem ser explorados mediante concessão, e que, neste, caso sua remuneração ocorrerá necessariamente na modalidade da tarifa.

Seguindo este entendimento, a eminente

professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no mesmo parecer antes citado, assim ratificou posição doutrinária que em tudo convalida os argumentos aqui expendidos, *verbis*:

a meu ver, a distinção quanto à natureza da imposição, com base no conceito constitucional de taxa, só é cabível quando o serviço seja prestado diretamente pelo próprio estado. **Contudo, não tem nenhum sentido quando o serviço é prestado por meio de concessão ou permissão, porque a esses institutos é inerente a cobrança de tarifa. se a constituição permite a prestação de serviço público por meio de concessão ou permissão, também está permitindo a cobrança de tarifa. impor a instituição de taxa (sujeita ao princípio da legalidade) aos serviços públicos concedidos tornará inviável a utilização da concessão, já que a taxa é inadequada como meio de assegurar ao concessionário o seu direito ao equilíbrio econômico-financeiro.**

Afirmar que determinado serviço só

pode ser remunerado por meio de taxa é o mesmo que afirmar que esse serviço não pode ser objeto de concessão ou permissão. Grifou-se

E finalmente conclui:

Se a própria constituição admite a prestação de serviço público por meio de concessão, repita-se, é porque está permitindo que sua remuneração se faça por meio de tarifa, independentemente da obrigatoriedade ou não da utilização do serviço pelo particular.

Aliás, a possibilidade de cobrar tarifa do usuário é a grande vantagem da concessão. Por meio desse contrato, o poder público presta serviços públicos de grande porte, sem inverter recursos públicos. Aliás, em muitos casos, a prestação do serviço, diretamente, poderia ser inviável se os investimentos tivessem que depender exclusivamente dos cofres públicos. Grifou-se.

Ignorar este entendimento, seria tirar toda a eficácia do artigo 175 da Constituição Federal em vigor, ou

seja, inviabilizar a concessão dos serviços públicos.

Acerca da matéria, a lei federal nº 11.445 de 05 de janeiro de 2007, publicada no D.O.U. de 08.01.2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico altera as leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 revoga a lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978 e dá outras providências, especificamente o artigo 29, inciso I o qual prevê a remuneração dos serviços de esgotamento sanitário através de tarifas, *in verbis*:

Art. 29. Os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada, sempre que possível, mediante remuneração pela cobrança dos serviços:

I - de abastecimento de água e esgotamento sanitário: preferencialmente na forma de tarifas e outros preços públicos, que poderão ser estabelecidos para cada um dos serviços ou para ambos conjuntamente;

Destaca-se, ainda, que a concessionária somente poderá proceder à cobrança da tarifa de esgoto daqueles consumidores que estejam interligados à rede de esgoto. Desta forma, conclui-se que a importância paga, a

título de retribuição pelos serviços de esgotamento sanitário, é tarifa, e que o vínculo que une o usuário à concessionária dos serviços públicos, baseia-se na Teoria Geral das Obrigações e Contratos.

4. A compulsoriedade da tarifa não desnatura sua natureza.

Sobre a compulsoriedade do serviço, Marçal Justen Filho, em sua já mencionada obra e em crítica à Súmula 545 do STF, a qual foi oriunda de uma decisão de 1969, portanto totalmente obsoleta em face a nova ordem constitucional, assim aduz:

“a partir dessa diferenciação (súmula 545 do stf), concluiu-se que a taxa seria utilizada quando o consumo de um certo serviço fosse compulsório, enquanto a tarifa caberia para a remuneração de serviços de consumo facultativo. Ora, o equívoco é evidente, na medida em que todo o serviço público envolve uma utilidade cuja essencialidade induz a ausência de alternativa concreta para o usuário”.

Segundo o então conceituado doutrinador, todo serviço público, em sua essência, traz traços da compulsoriedade, pois em face da sua evidente

imprescindibilidade não poderá o usuário se esquivar de sua utilização. E nem por isso a cobrança do serviço deixaria de ser considerado como tarifa. A compulsoriedade da tarifa não desnatura sua natureza.

A opinião de Marçal Justen Filho reflete a realidade, senão vejamos: os serviços de energia elétrica não são tradicionalmente compulsórios, na literalidade da lei. No entanto, quem poderá hoje em dia prescindir destes serviços? Qual o consumidor que poderá adquirir um gerador como fonte alternativa, salvo as grandes indústrias? O fato é que também neste caso, em que a lei nada obriga, a compulsoriedade é uma realidade, tanto que o governo impõe limites às concessionárias para que não ocorram abusos. A criação das Agências Reguladoras, com poderes de fiscalizar e regular as atividades das concessionárias, é um atual exemplo do controle exercido pelo Poder Concedente.

Como dito, existe a opção para o administrador em prestar os serviços direta ou indiretamente. Neste sentido, vale citar doutrina selecionada por Leandro Pausen, em sua já citada obra, *in verbis*:

“Identificação da taxa pela análise do regime jurídico adotado. Bernardo Ribeiro de Moraes, no seu Compêndio de Direito Tributário, primeiro volume, 4ª edição, Forense, 1995, Entende que uma mesma atividade estatal pode ser custeada

tanto por preço público como por tributo, constituindo-se um problema político a opção do legislador por um ou por outro regime jurídico (p.328). “O exame do regime jurídico da norma reguladora da matéria é que determinará se estamos diante de um preço público ou de uma espécie tributária.”

Por tal motivo, é que não se pode restringir a diferença entre taxa e tarifa tão somente no que concerne ao elemento da compulsoriedade. Até porque, a súmula 545 do STF tendo sido alvo constante de críticas, além do que o próprio Supremo Tribunal Federal – STF, tem mudado o seu entendimento após a edição da súmula 545.

5 . O entendimento Jurisprudencial acerca da possibilidade da cobrança do esgoto sob a forma de tarifa.

O próprio **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF**, já se pronunciou sobre a matéria, *verbis*:

“[...]”

Despacho: 1. Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que, considerando o caráter de preço

público da remuneração paga pelo usuário do serviço de coleta de esgoto, julgou legítima a cobrança da chamada “Taxa de Esgoto Sanitário”.

2. A JURISPRUDÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE CONSOLIDOU-SE NO SENTIDO DE QUE, NÃO OBSTANTE A SUA OBRIGATORIEDADE, A CONTRAPRESTAÇÃO AO SERVIÇO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO NÃO TEM CARÁTER TRIBUTÁRIO. TRATA-SE, NA REALIDADE, DE TARIFA, NÃO DEPENDENDO, PORTANTO, DA EDIÇÃO DE LEI ESPECÍFICA PARA SUA INSTITUIÇÃO OU MAJORAÇÃO. Veja-se, sobre o tema,

o RE 54.491, rel. Min. Hermes Lima, Segunda Turma, DJ de 15.10.1963. Esse entendimento continua sendo seguido neste Tribunal, conforme revelam os seguintes precedentes: RE 456.048-ED, rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 30.09.2005; Al 409.693, rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 20.5.2004, RE 330.353, rel. Min. Carlos Britto, DJ de 10.5.2005, entre muitos outros. 3. Diante do exposto, nego seguimento ao recurso (art. 557,

caput, do CPC). Publique-se. Brasília, 6 de fevereiro de 2006. Ministra Ellen Gracie Relatora ¹

O Supremo Tribunal Federal reiterou a matéria, fixando o mesmo entendimento, conforme se infere pelo teor do Recurso Extraordinário 464952/MS, publicado no DJ 04.04.2006, p. 104, tendo como relatora a Ministra Ellen Gracie.

Sobre a possibilidade da cobrança do serviço de coleta de esgoto através de tarifa, cabe trazer a lume, decisão unânime e recente da 1ª Turma do **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ** que sobre o assunto desta forma se posicionou:

“Acórdão RESP 431121/SP; RECURSO ESPECIAL 2002/0048952-5 Fonte DJ DATA:07/10/2002 PG:00200 Relator Min. JOSÉ DELGADO (1105) Data da Decisão 20/08/2002 Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Ementa ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ESGOTO. TARIFA. 1. A concessão para explorar serviço público de esgoto e tratamento dos resíduos é de natureza complexa. 2. É LEGAL A EXIGÊNCIA DO PAGAMENTO DA TARIFA QUANDO

O SERVIÇO DE ESGOTO É OFERECIDO, INICIANDO-SE A COLETA DAS SUBSTÂNCIAS COM A LIGAÇÃO DO SISTEMA ÀS RESIDÊNCIAS DOS USUÁRIOS. 3. O tratamento do material coletado é uma fase complementar. 4. A FINALIDADE DA COBRANÇA DA TARIFA É MANTER O EQUILÍBRIO FINANCEIRO DO CONTRATO, POSSIBILITANDO A PRESTAÇÃO CONTÍNUA DO SERVIÇO PÚBLICO. 5. A lei não exige que a tarifa só seja cobrada quando todo o mecanismo do tratamento do esgoto esteja concluído. 6. O início da coleta dos resíduos caracteriza prestação de serviço remunerado. 7. Recurso provido.

Segue ainda, trecho do voto do Relator Ministro José Delgado, do v. acórdão supra transcrito, que dissipa qualquer dúvida, ainda existente sobre o tema:

“Em suma, embora seja serviço público essencial, a coleta de esgotos pode ser delegada a empresas privadas, como ocorre, no caso dos autos, em que o foi a uma sociedade de economia mista, cuja natureza é

privada, e, por isso, a prestação desse serviço pode ser cobrada por tarifa. Assim o quis o ente de direito público a quem competia prestar esses serviços. E foi ele mesmo quem aceitou a fixação da contraprestação em preço público, dispensando a arrecadação tributária.

Aliás, se a questão da compulsoriedade da utilização dos serviços de água e esgoto define a natureza da contraprestação, como sendo taxa, como explicar que a legislação vem contemplando a possibilidade de corte dos serviços, pelo não pagamento, e a jurisprudência afirma ser isso possível?

Sendo isso possível, tem-se que, não pagas as contas de água e esgoto, a concessionária efetua o corte do fornecimento de água e o de esgoto (talvez este não ocorra de fato, mas pode acontecer, em tese), ao invés de continuar prestando o serviço e cobrar a dívida. Tem-se, com isso, que mesmo a despeito da norma estadual invocada na inicial, que diz respeito à obrigatoriedade da ligação de água e esgoto em casas habitáveis, é

possível que algum contribuinte fique sem esses serviços. E terá, então, que obter água, através de um poço artesiano, e armazenar os dejetos, em fossa séptica. Aliás, outra coisa não acontece, em lugares em que a rede de água e esgoto ainda não tenha chegado, apesar de estarem em perímetro urbano. E disso, se por aqui não se tem exemplo, na periferia da Capital do Estado, onde também vige o citado decreto, os exemplos são públicos e notórios, conforme constantemente noticia a televisão.

Diante disso, não se pode afirmar a compulsoriedade da prestação dos serviços de água e esgoto, a não ser na letra da lei, porque o consumidor, depois de feita a ligação, pode dela se livrar, deixando de pagar a contraprestação, até que lhe cortem o fornecimento de água e a coleta de esgotos, passando, ao depois, a obter água de poço e despejar os esgotos em fossas sépticas. Como, aliás, o fazem aqueles aos quais o saneamento básico, apesar da obrigatoriedade da lei, ainda não chegou.

Quer me parecer, diante da alternatividade da obtenção de água e depósito de esgotos, que o fornecimento de energia elétrica é muito mais essencial do que aqueles serviços, pois é muito mais difícil a substituição, por sistema próprio. E nem por isso o fornecimento de energia elétrica é remunerado por taxa.

[...]

Assim, ao estabelecer, na lei, que a remuneração de tais serviços seria feita através de tarifa, fez o legislador a escolha política que, no dizer de Bernardo Ribeiro de Moraes, citado no v.acórdão por último mencionado, lhe é permitida.

Diante de todo o exposto, assento que a cobrança da tarifa de esgoto, pela ré, é perfeitamente legal, consoante já decidido no v. Acórdão que analisou o fato concreto, em oportunidade anterior, cujos fundamentos tenho a honra de adotar, nesta oportunidade, como elevados suplementos à humilde fundamentação desta sentença.”

Segue trecho de voto de outro Acórdão, agora

da segunda turma do **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** que assim firmou seu entendimento sobre o tema em tela:

RECURSO ESPECIAL 20.741 –
DISTRITO FEDERAL (92 7749-8) – 2ª
Turma do STJ. VOTO “**...se o estado
pode delegar a terceiros a
execução dos serviços, a
remuneração é feita por tarifas ou
preços públicos, hipótese em que
se enquadram os serviços de
água e esgoto.** Evidentemente, a
diferença entre taxa de serviço e preço
público não se esgota aí; a taxa de
serviço é devida pela utilização efetiva
ou potencial, enquanto o preço público
é sempre contraprestação; o regime
jurídico de ambos também difere,
naquele tributário, neste contratual. **A
utilização obrigatória dos serviços
de água e esgoto não implica que
a respectiva remuneração tenha a
natureza de taxa aliás, os últimos
precedentes do colendo tribunal
federal reconheceram como preço
público (FL. 87/88).**” (grifo nosso)

Finalizando a exposição jurisprudencial, em igual sentido manifestou-se o Tribunal de Justiça de Santa Catarina no julgamento do Agravo de Instrumento n.º

98.017825-8 – 6ª C.Cív. – Rel. Dês. Newton Trisotto – J. 14.12.2000.

Verifica-se, portanto, que a jurisprudência mais abalizada corrobora nosso entendimento de que a remuneração devida pelos serviços prestados de fornecimento de água e coleta de esgoto deverá ser feita através de tarifa, em caso de delegação dos serviços pelo Poder Concedente.

Impedir a cobrança do serviço de esgotamento sanitário sob a forma de tarifa seria em última análise promover o desequilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão, o que é vedado pelo direito brasileiro. Isto porque a própria Lei de Concessão (Lei n.º 8987/95) prima pelo equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Isto justifica a obrigatoriedade de interligar-se a rede de esgotamento sanitário exigida pelo Poder Público, pois só este é que possui o poder de polícia para exigir de seus administrados a interligação, esclarecendo mais uma vez que tal exigência não desnatura a natureza da tarifa, vez que o elemento determinante é o bem estar da coletividade, evitando assim a proliferação de doenças de transmissão hídrica (cólera, leptospirose, febre tifóide, hepatite viral do tipo A, disenteria amebiana e outras enfermidades).

6. Conclusão

Portanto, diante das considerações acima, é possível perceber que a natureza da cobrança do serviço

de esgotamento sanitário pelas concessionárias deve ser feita sob a forma de tarifa (preço público), vez que tal cobrança é oriunda de um regime jurídico contratual e não de um regime jurídico tributário (legal), estando atrelada às normas de direito privado, de modo que o não pagamento do serviço prestado poderá gerar a sua interrupção, somente podendo a cobrança ser realizada quando demonstrada efetiva utilização do serviço, não se sujeitando por consequência aos princípios tributários.

Desta forma, a obrigatoriedade de se interligar à rede de esgotamento sanitário não desnatura a natureza da cobrança, vez que tal exigência é oriunda do poder público concedente e não da empresa concessionária.

Ademais, conforme fartamente esclarecido, bem como com base no atual entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF, é possível perceber que o elemento da obrigatoriedade não é mais o elemento determinante para se distinguir taxa de tarifa, vez que a obrigatoriedade é inerente a qualquer serviço público. Além do mais, deve-se aplicar a supremacia do interesse público, visando alcançar uma sadia qualidade de vida, evitando-se a poluição ambiental. Por certo, a súmula 545 do STF já se encontra com o seu entendimento superado.

E mais, entender a cobrança do serviço de coleta de esgoto como taxa seria uma temeridade aos usuários que poderiam ser cobrados, bastando para tanto que o serviço estivesse à disposição (art. 70 do CTN). Assim, bastaria que a rede de esgotamento sanitário estivesse passando sob a calçada do usuário para este

automaticamente ser obrigado a pagá-la, o que seria um verdadeiro absurdo jurídico.

Finalmente, por tudo que foi apresentado, não se pode chegar a outra conclusão senão a de que os serviços de esgotamento sanitário são prestados sob a modalidade de tarifa.

7. Bibliografia

BORBA, Cláudio. *Direito Tributário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FILHO, Marçal Justen. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário – Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

8. Notas:

1 STF – Recurso Extraordinário n.º 471119/SC. Rel. Ellen Graice. Publicação no DJ 24.02.2006 pp.90.

AS ORDENAÇÕES DO REINO E O SURGIMENTO DO DIREITO FALIMENTAR NO BRASIL

Uma análise sistemática da legislação reinol aplicada no Brasil e sua influência na formação do Direito Falimentar Brasileiro

Amanda Queiroz Sierra

Analista Judiciária Adjunta do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará,
acadêmica de Direito pela Universidade Federal do Ceará.

Artigo elaborado em 10 de julho de 2007.

RESUMO

Através de uma abordagem histórica, o presente artigo apresenta uma análise das legislações portuguesas aplicadas ao Brasil após o descobrimento, relacionadas ao surgimento da falência. Observa-se a evolução da insolvência no Direito Romano, que exerceu forte influência sobre a matéria da execução por dívida no Direito Português. Em seguida, analisam-se as Ordenações do Reino, suas disposições referentes à execução por dívida, insolvência, quebra de mercadores, até à adoção da chamada *falência dos negociantes*. Por fim, apresentam-se as inovações trazidas pelo Alvará de 13 de Novembro de 1756, que pela primeira vez estabeleceu um procedimento falimentar.

PALAVRAS-CHAVE: Insolvência – Execução – Falência.

SUMÁRIO

1. Introdução – 2. A insolvência no Direito Romano - 3. As Ordenações do Reino – 4. O Alvará de 13 de Novembro de 1756 – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo fazer uma análise sistemática das legislações do Reino de Portugal, que foram aplicadas no Brasil durante o período colonial, as chamadas Ordenações do Reino, a fim de que se entenda como se deu a evolução do instituto da falência em nosso ordenamento e o surgimento do Direito Falimentar Brasileiro.

Primeiramente, elaboramos um esboço histórico da insolvência no Direito Romano, posto que esse foi referência e base ao Direito Português, para em seguida analisarmos os aspectos relacionados à execução por dívidas e quebra de mercadores, constantes das ordenações reinóis, e finalizamos com o estudo das modificações trazidas pelo Alvará de 13 de Novembro de 1756, que instituiu o processo de falência, ou o embrião deste, considerado o marco histórico do surgimento do Direito Falimentar Brasileiro.

2. A INSOLVÊNCIA NO DIREITO ROMANO

O Direito Português, à época do descobrimento do Brasil, era fortemente influenciado pelos direitos Romano e Canônico. Disso surge a necessidade de fazer-se um breve esboço histórico do Direito Romano, mais precisamente no que tange à execução por dívida, precursora do instituto da falência.

No marco da Lei das XII Tábuas, a execução do devedor era de caráter eminentemente pessoal. O devedor que, executado, não solvesse o débito, respondia com seu corpo, sua liberdade e até mesmo sua vida. Podia ser

adjudicado ao credor, condenado à morte ou vendido ao exterior. Ainda que ele possuísse patrimônio, a execução não recaía sobre este patrimônio, de onde denota-se a intensidade do caráter pessoal da execução. No caso de concurso de credores, podiam estes dividir entre si o corpo do devedor, literalmente, recebendo cada qual um pedaço, ou o preço, no caso de venda do devedor.

Somente em 428 a.C. editou-se a Lei *Poetelia Papiria*, que pôs fim ao direito ilimitado do credor sobre a vida e a liberdade do devedor. De acordo com esta lei, não mais podia o credor vender o devedor ou pedir sua morte, e a garantia da execução, que antes era o devedor em pessoa, passou a recair sobre o patrimônio deste.

O Direito Romano chegou a um grau de evolução deveras aproximado do conceito que temos, atualmente, da execução coletiva da falência, posto que já ali aplicavam o desapossamento do devedor de seus bens, nomeação de uma terceira pessoa, como um curador dos bens do devedor, podendo processar-se a venda destes, e a conseqüente divisão, proporcional, do produto entre os credores. Caso não fosse completamente quitada a dívida, a execução era encerrada, somente podendo ser reaberta caso o devedor adquirisse novos bens, resguardado um mínimo de patrimônio suficiente à sobrevivência do devedor.

3. AS ORDENAÇÕES DO REINO

O Direito Português, a partir de meados do século XIII, começou a abandonar a pessoalidade da execução, característica da insolvência no Direito Romano, passando a execução a recair tão somente sobre o patrimônio do

devedor, e não mais sobre sua pessoa, como era o costume de até então nos demais ordenamentos jurídicos. Contudo, tal transformação não se deu de forma brusca, envolvendo, na verdade, um processo lento e desordenado de mudança dos conceitos relativos ao instituto.

Após o descobrimento, aplicaram-se no Brasil as Ordenações Afonsinas, seguidas pelas Ordenações Manuelinas e estas pelas Ordenações Filipinas. A partir dessas três ordenações portuguesas foi que começou a delinear-se o que viria a ser o Direito Falimentar Brasileiro.

As Ordenações Afonsinas, publicadas por volta de 1447¹, durante o reinado de D. Afonso V, não apresentavam ainda a figura da falência ou da quebra. Traziam, desordenadamente, algumas disposições acerca da execução por dívida e da insolvência, posto que esta compilação de leis carecia de técnica e organização.

Estas ordenações chegam a instituir um chamado “espaço”, dado ao devedor, que traduz-se em um prazo para reunir meios de pagar suas dívidas, prazo este razoável, que não fosse nem tão grande a ponto de prejudicar o credor, nem tão pequeno que não aproveitasse ao devedor.

O terceiro livro das Ordenações Afonsinas, em seu Título LXXXVII [sic], estabelecia a preferência do credor que primeiro obtivesse sentença sobre os demais credores, mesmo que seus créditos fossem mais antigos. Vislumbra-se aqui a hipótese de um devedor de diversos credores, porém não há, ainda, uma idéia de concurso de credores com a *par conditio creditorum*, que é um dos objetivos e

¹ Não se tem certeza em relação ao ano em que estas ordenações foram publicadas, porém a maioria dos autores concordam com o ano de 1447 como o de sua publicação.

conseqüência das mais importantes no processo de falência. Não há que se falar ainda em execução coletiva, posto que, ao falar-se “no credor que primeiro houver sentença”, temos a idéia de que cada credor entrava separadamente com sua execução.

O Título LXVII do Livro IV destas ordenações trata “Dos que podem seer presos por dividas civiis ou criminaaes [sic]”. Este, um aspecto ainda pessoal da insolvência, claramente herdado do Direito Romano. Diziam estas ordenações que o devedor que promettesse e não pagasse, deveria ser preso até pagar a dívida. Estas ordenações vigoraram até o ano de 1521, quando foram, então, revistas e substituídas pelas Ordenações Manuelinas, promulgadas no reinado de D. Manuel I.

As Ordenações Manuelinas não trouxeram grandes modificações em matéria de execução por dívida. Inovaram ao determinar que seja concedido o prazo de um mês “ao que quebrar”, dentro do qual não aproveita aos credores qualquer ação, nem execução ou penhora, nem mesmo para garantir a preferência, somente havendo esta quanto à qualidade da obrigação². Tal passagem nos traz à memória o *termo da falência* e suas implicações, na legislação atual.

Analisando-se o quinto livro destas ordenações, vê-se que ali são insertos os devedores insolventes, no título LXV, que trata dos Bulrões e Inliçadores, definindo-os como aqueles que apenham uma coisa a dois, não pagando ao primeiro credor e não sendo a coisa suficiente para satisfazer o crédito de ambos os credores. Um pouco

² Ordenações Manuelinas, Livro III, Título LXXIII, alínea

adiante, trata dos que se levantam com fazenda alheia, e fogem ou omitem-se do credor, prescrevendo a estes as seguintes penas: Se a dívida for acima de 100 (cem) cruzados, pena de morte natural ³; entre 100 (cem) e 50 (cinquenta) cruzados, pena de degredo⁴ por oito anos, para a Ilha de São Thomé; sendo a dívida inferior a 50 (cinquenta) cruzados, também pena de degredo, porém por tempo e para local a ser determinado pelo juiz.⁵

Mais uma vez observa-se a não uniformidade da evolução do instituto da execução no Direito Português. A contradição é patente nestas ordenações, onde já se fala em quebra e em prazo de um mês sem incidência de ações contra o devedor, ao passo que se comina pena de morte natural por causa de dívida, bem como a pena de degredo.

Nova revisão foi feita nas ordenações vigentes, que foram substituídas pelas Ordenações Filipinas. Estas, contudo, trouxeram diversas modificações, não se restringindo apenas a repetir a legislação precedente.

A primeira vez que se veio a falar especificamente da quebra de comerciantes foi por ocasião da Lei de 8 de

³ Na conceituação da legislação portuguesa desta época, entende-se por morte natural a pena de morte a que é submetido o acusado, sendo classificada em morte natural simples, que seria a morte por enforcamento e posterior sepultamento do corpo, ou a mais gravosa, que seria por enforcamento, porém o corpo permaneceria pendurado até a decomposição. Havia outras penas de morte incluindo tortura e crueldade, conforme ensina o professor Milton Duarte Segurado *apud* Ricardo Negrão, *op. cit.*, p. 11-12.

⁴ A pena de degredo no Direito Português consistia em uma espécie de exílio, em que a pessoa era enviada a um outro país por determinado período de tempo.

⁵ Ordenações Manuelinas, Livro V, Título LXV.

março de 1597, promulgada por D. Filipe II. Foi desta lei que decorreram a quase totalidade dos dispositivos, acrescentados posteriormente, referentes à quebra dos mercadores nestas ordenações, que vieram a ser então impressas em 1603. O Título LXVI do Quinto Livro das citadas ordenações trata da *quebra de mercadores*, assim preceituando: “Dos que quebrão. E dos que se levantão com fazenda alhea [sic]” .

Determinam estas ordenações que sejam havidos como ladrões públicos aqueles mercadores e cambiadores, ou seus feitores, que se levantarem com fazenda ou mercadorias alheias e ainda os que escondam seus bens com a finalidade de não adimplir seus débitos.

A alínea I do mesmo título, por sua vez, determina que, não podendo ser condenados à pena ordinária, por falta de prova ou motivo outro, “serão condenados em degredo para as galés”, bem como “não poderão mais em sua vida usar o Officio de Mercador, para o qual os havemos por inhabilitados [sic]”⁶. Nesta alínea vislumbra-se a severidade com que eram tratados os mercadores quebrados, equiparados a ladrões públicos e submetidos a penas tão gravosas como era a pena de degredo.

O item 4 do título em apreço comina pena patrimonial aos que encobrirem fazendas, ou bens, dos credores de outrem. Na mesma pena incorrem, sem prejuízo das penas crimes cabíveis, os que recebendo mercador “quebrado” em sua casa, não o entregassem à Justiça. Era o equivalente a recolher e acobertar um ladrão em sua casa.

Das pessoas que quebrarem, sem dolo, porém

⁶ Ordenações Filipinas, Livro V, Título LXVI.

por sua culpa, cuida o ítem 7 deste título, que diz que a estas devem ser cominadas as mesmas penas que aos que quebram dolosamente. Contudo, estes não serão tidos como ladrões públicos, não se lhes cominando pena de morte natural, mas sim a de degredo.

E, bem mais atenuadamente, trata o item 8 dos que quebrarem sem nenhuma culpa, mas por grandes perdas para as quais não concorreram. A estes não é cominada pena crime, devendo o Prior e os Cônsules tentarem a composição com os credores daquele.

As Ordenações Filipinas cominam pena de morte natural a qualquer pessoa não mercadora que se levante com fazenda alheia, e se oculte para não pagar, se a dívida ultrapassar de cem cruzados. Se for menor que cem e maior que cinqüenta cruzados, sofrerá pena de degredo ao Brasil, por oito anos. Sendo a dívida menor que cinqüenta cruzados, sofrerá pena de degredo a ser arbitrada pelo juiz.

Nota-se o excessivo rigor no tratamento do mercador que quebra nestas ordenações. Contudo, consideramos um avanço o fato de se ter aqui tratado, pela primeira vez, da quebra em si, especificamente de mercadores.

4. O ALVARÁ DE 13 DE NOVEMBRO DE 1756

Para finalizarmos o estudo das ordenações reinóis e seu papel no surgimento do Direito Falimentar no Brasil, analisaremos, sucintamente, as disposições do Alvará de 13 de Novembro de 1756, promulgado pelo Marquês de Pombal, que trata-se de verdadeiro marco histórico do processo de falência, por ter sido a primeira legislação a

estabelecer um procedimento específico a ser seguido nos casos de negociantes falidos, pode-se dizer, a primeira lei a estabelecer um processo de falência.

Este alvará foi promulgado face à emergência trazida à Portugal em decorrência do terremoto de 1º de novembro de 1755, em Lisboa, após o qual instalou-se uma profunda crise, inclusive mercantil, naquela cidade, gerando a necessidade de que se modificasse as excessivamente rigorosas disposições filipinas aos mercadores quebrados, como infere-se do próprio texto inicial do alvará: “considerando as grandes ruínas de cabedais, e créditos, que a calamidade do memorável dia primeiro de Novembro do anno proximo passado trouxe ao comércio dos Meus Vassallos [sic]”. Nele foi utilizado o termo *falência* em substituição à *quebra*, modificando ainda, o conceito filipino de *mercador quebrado* para a definição de *negociante falido*, termo este bem mais abrangente que o anterior.

Foi com a extrema preocupação de recuperar os créditos e cabedais no reino, após o terremoto de 1755, que El Rei modificou o disposto no Título LXVI do Quinto Livro das Ordenações Filipinas, até então vigentes, a fim de que passassem a vigorar da forma mais benéfica e solucionadora determinada pelo alvará. Continuaram sendo aplicadas as disposições do referido título das Ordenações Filipinas no que não fossem alteradas nem contrárias ao alvará.

No intuito de proteger a boa-fé no comércio, protegendo, também assim, o crédito, para que o comércio voltasse a ser saudável e lucrativo, estabeleceu penas ainda mais rigorosas aos fraudadores, que escondessem suas fazendas, ou aos que se levantassem com fazendas alheias,

cominando-lhes, além das penas já prescritas nas ordenações filipinas, o confisco da fazenda que estivesse ocultando, ou tivesse posto em nome de terceira pessoa.

Instituiu a competência para conhecer desses casos ao Provedor e aos Deputados da Junta de comércio. Estabelece que o negociante que “faltar de crédito” se apresentaria perante esta Junta, jurando ali o motivo da falência e entregando as chaves de seu escritório e dos armazéns das fazendas, bem como todos os seus livros e papéis, declarando todos os bens, dos quais se faria, de logo, inventário. Empós, haver-se-ia o depósito de todos os bens, com a nomeação de um Depositário, e a publicização do estado de falido em que se encontrava aquele comerciante.

Estabelece que esta Junta receberia todos os requerimentos e denúncias relacionados àquela quebra. Note-se já aqui a prática semelhante ao atual *juízo universal* da falência. Quando os deputados julgassem que os processos estavam devidamente instruídos, procederiam ao julgamento, apreciando-se os motivos da quebra. Sendo esta julgada fraudulenta, deveriam os culpados ser presos, podendo o Juiz determinar tantas diligências quantas fossem necessárias para se averiguar a culpa de cada um.

Sendo a quebra julgada de boa fé, se processaria a venda de todos os bens móveis do falido, dentro de trinta dias, através de leilão público, devendo-se liquidar por completo todos os bens, reduzindo-os a dinheiro. Estabelece o alvará a preferência no pagamento, ditando: “se dedução precipuas do monte maior do sobredito dinheiro as quatias, de que os Mercadores quebrados se acharem devedores ás Alfândegas[sic][...]”. Assim sendo, primeiramente seria

pago o Erário Público, e somente do que restasse do dinheiro, se procederia à partilha proporcional entre os demais credores, antes, contudo, retirando-se 10% (dez por cento) do dinheiro para o falido, *caritativamente*, a fim de que este pudesse sobreviver, nas palavras da lei: “para com elles socorrer a indigencia da sua casa, e familia [sic].”

Quanto ao concurso de credores, por ocasião da partilha do dinheiro, determina que esta seja feita sem nenhuma preferência, entre os credores de qualquer espécie e a qualquer título.

Por fim, e ainda em relação aos que quebrassem sem culpa sua, determina o alvará que não lhe sejam impostas as penas, constantes das Ordenações Filipinas, de que fiquem inabilitados para sempre ao comércio, por reconhecer que tal disposição nenhum benefício trazia ao comércio português. A fim de extinguir as obrigações do falido, a fórmula encontrada por ElRei no dito alvará foi declará-lo civilmente morto para, empós, ser o mercador tido como ressuscitado civilmente, como se jamais houvesse falido, ficando assim habilitado a suas atividades.

Assim finalizava-se o processo da falência dos comerciantes no Alavrá de 13 de Novembro de 1756. A partir da sistematização processual contida nesse alvará podemos passar a falar em um processo de falência propriamente dito no Brasil.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto podemos concluir que o conceito de falência, inexistente até então, adveio da idéia de execução por insolvência no Direito Romano, de caráter

eminentemente pessoal. Dessa influência do Direito Romano surgiram as regulamentações de execuções por dívidas, que inicialmente, nas ordenações reinóis, também eram de caráter profundamente pessoal para, pouco a pouco, começarem a desligar-se do corpo do devedor para ater-se ao patrimônio dele. Nessa fase começa o Direito Português a finalmente evoluir em seu conceito de execução por dívida.

Essa evolução, como notamos, aconteceu lenta e desordenadamente, demonstrando avanços e retrocessos, evidenciando a atecnia do direito àquela época. Somente com o Alvará de 13 de Novembro de 1756 viu-se delineado, ainda que primitivamente, o procedimento falimentar, é dizer, o primeiro processo de falência a ser utilizado no Brasil.

Empós, tivemos o marcante Código Comercial de 1850, em seguida o Decreto-Lei 7.661 de 1945, que regulou com especialidade o processo de falência até muito recentemente, tendo sido revogado pela atual Lei 11.101 de 2005, que trata da Falência e da Recuperação de Empresas, revelando-se uma Lei de tendências modernas, visando agora a não mais punir o devedor, mas primeiramente resguardar a função social da empresa, tentando preservar suas atividades e oportunizando ao empresário recuperar-se para que continue com sua atividade.

6. REFERÊNCIA

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e concordata*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALVARÁ de 13 de Novembro de 1756. Disponível em: <http://www.iu lusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id_parte=105&id_obra=73&pagina=950>. Acesso em: 15 de maio de 2007.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. Vol. 14. São Paulo: Saraiva, 1965.

LACERDA, J. C. Sampaio de. *Manual de Direito Falimentar*. 10. ed. melh. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUNES, Eduardo Borges; COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Ordenações afonsinas*. Vol. 3. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

ORDENAÇÕES Manuelinas *on-line*. Disponível em: <<http://www.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>>. Acesso em: 15 de maio de 2007.

ORDENAÇÕES Filipinas *on-line*. Disponível em: <<http://www.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em: 15 de maio de 2007.

ORDENAÇÕES Afonsinas. Disponível em: <<http://www.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>>. Acesso em: 16 de agosto de 2007.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. Vol. 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL EM SEDE DE *HABEAS CORPUS* NOS CASOS DE CRIMES HEDIONDOS

Ivo César Barreto de Carvalho

Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará.
Advogado licenciado junto à OAB-CE. Assessor de Desembargador do
Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Professor de
Direito da Faculdade Christus.

SUMÁRIO: 1 Exposição do problema. 2 A progressão de regime prisional no ordenamento jurídico brasileiro. 3 Crimes hediondos. 4 O *habeas corpus* e a inadequação do remédio constitucional para a progressão do regime. 5 Conclusões
PALAVRAS-CHAVE: Progressão. Regime prisional. *Habeas corpus*. Crimes hediondos.

1 EXPOSIÇÃO DO PROBLEMA

Em nossa atuação profissional na assessoria do Desembargador João Byron de Figueirêdo Frota, na 2ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, temos visto, com freqüência, a interposição recorrente de *habeas corpus* em favor de réus condenados e presos, requerendo a progressão de regime de prisão destes apenados, mormente diante da decisão recente do

Supremo Tribunal Federal o qual, em sede de controle difuso de inconstitucionalidade, sem eficácia *erga omnes*, nem efeito vinculante, decidiu, por maioria, pela viabilidade de progressão do regime em casos de crimes hediondos, desde que atendidos os requisitos objetivo (lapso temporal de cumprimento da pena em execução, ainda que provisória) e subjetivo (merecimento do condenado e sua adaptação ao regime mais brando sem risco para a sociedade).

Ante tal controverso *decisum*, a matéria em apreço merece uma análise mais detida e voltada para a realidade dos efeitos dessa decisão no ordenamento jurídico brasileiro, do sistema carcerário do País e dos jurisdicionados.

Mister, portanto, o exame dos regimes prisionais e das possibilidades de progressão previstas em lei, para, em seguida, avaliar os chamados “crimes hediondos” e, por fim, apreciar um dos remédios constitucionais mais importantes e vitais no regime democrático ocidental, o *habeas corpus*.

2 A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Uma vez condenado por um crime, a execução da pena imposta a uma pessoa deverá seguir um dos três regimes estabelecidos em lei: fechado, semi-aberto e aberto. Assim, cumprem-se as penas, de acordo com o artigo 33 do Código Penal Brasileiro, em estabelecimento de segurança máxima ou média (regime fechado), em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (regime semi-

aberto) ou em casa de albergado ou estabelecimento adequado (regime aberto).

Por expressa determinação do §2º do citado dispositivo legal, o legislador pátrio determinou a progressividade do regime na execução das penas privativas de liberdade, *verbis*:

Art. 33 (...)

§2º. As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observando os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos, deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

A Lei de Execuções Penais – LEP (Lei nº.7.210, de 11 de julho de 1984), por sua vez, regulamentou a forma de progressão do regime prisional em seu artigo 112 (com redação determinada pela Lei nº.10.792/2003), vejamos:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Infere-se do preceito legal supra colacionado que a progressão do preso de um regime mais rigoroso para um menos rigoroso necessita do cumprimento de dois requisitos: um **objetivo** (lapso temporal de um sexto da pena cumprida) e um **subjetivo** (bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional). Vale ressaltar que não são requisitos excludentes ou opcionais, mas complementares. Noutros termos, para que o preso possa exercer tal direito de progressão, faz-se necessário o cumprimento **conjunto** dos dois requisitos, sob pena de indeferimento de seu pedido.

Sobre o dispositivo legal em apreço e a progressividade do regime, imprescindível a lição de Guilherme de Souza Nucci:

É realidade que a Lei 10.792/2003, como já expusemos, modificou o teor do art. 112 da Lei de Execução Penal,

com a finalidade de banalizar o processo de individualização executória da pena, facilitando a passagem entre os regimes e permitindo o esvaziamento do cárcere (algo muito mais fácil do que construir presídios, que exigem alto investimento de recursos). Por isso, exige-se, na lei, apenas o atestado de boa conduta carcerária, abdicando-se do parecer da Comissão Técnica de Classificação – que somente serviria para fazer a classificação do preso ao ingressar no sistema penitenciário – e do exame criminológico. Continuamos defendendo que a individualização é preceito constitucional, não podendo o legislador ordinário afastar o juiz das provas indispensáveis para a formação do seu convencimento. Logo, se entender viável, deve o magistrado requisitar a realização do exame criminológico, especialmente para os autores de crimes violentos, não sendo obrigado a confiar no atestado expedido pela direção do presídio.¹

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo e Execução Penal*. 2ª tiragem. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 943.

Bastante pertinente a crítica do jurista e magistrado paulista, pois vemos um crescente processo de banalização do processo de individualização executória da pena, pela facilitação do procedimento de progressão de regime de cumprimento dos presos, notadamente pela relevação das exigências legais previstas no art. 112 da LEP. A análise da possibilidade de progressão do regime prisional deverá ser feita a cada caso, respeitando o preceito constitucional da individualização da pena, desde que atendidos os requisitos objetivo e subjetivo para a concessão do pedido em benefício do preso.

Por fim, resta concluir que a decisão do magistrado que analisar tal pedido de progressão deverá ser sempre motivada e fundamentada, com prévio parecer do Representante do Ministério Público, sob pena de nulidade (§1º do art. 112 da LEP).

Neste momento, é possível indagar se a progressividade do regime prisional alberga todo tipo de crime, de qualquer espécie ou natureza. Será que o legislador brasileiro fez algum tipo de restrição para a aplicação de tal benefício legal em favor do preso? Aqueles condenados por crimes hediondos têm direito à progressão do regime prisional? Devem estes presos ter direito à individualização da pena nos moldes dos outros condenados por crimes comuns?

3 CRIMES HEDIONDOS

Em decorrência da crescente onda de violência que assolava o País (e ainda assola com veemência), premido por casos emblemáticos de crimes que tomaram a

mídia nacional como paradigmas de impunidade, o Congresso Nacional editou a Lei nº.8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os chamados crimes hediondos.

A própria lei tratou de definir tais crimes em seu art. 1º:

Art. 1º. São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Dec.-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados:

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, §2º, I, II, III, IV e V);

II – latrocínio (art. 157, §3º, *in fine*);

III – extorsão qualificada pela morte (art. 158, §2º);

IV – extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, *caput* e §§1º, 2º e 3º);

V – estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único);

VI – atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único);

VII – epidemia com resultado de morte (art. 267, §1º);

VII-A – (vetado)

VII-B – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e §1º, §1º-A e §1º-B, com a redação dada pela Lei 9.677, de 2 de julho de 1998).

Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.

Percebe-se, logo de início, tratar-se tal rol de caráter taxativo, e não meramente exemplificativo, sob pena de conceder ao intérprete poder de esvaziar a própria natureza dos crimes hediondos. Uma interpretação ampliativa de tais crimes levaria a uma banalização dos mesmos.

Bem, seguindo a sistemática de endurecimento e maior rigorismo legal no tratamento de crimes entendidos como hediondos, na tentativa de salvaguardar as liberdades individuais e fundamentais dos cidadãos e, por conseguinte, assegurar a toda sociedade maior segurança e justiça penal, a lei em comento ainda vedou a possibilidade de progressão de regime prisional nos chamados crimes hediondos, quando estabeleceu que as penas deles decorrentes deveriam ser cumpridas em regime integralmente fechado (art. 2º, §1º).

Tal dispositivo rendeu na doutrina e jurisprudência pátrias severas críticas e alguns elogios, não havendo uma unanimidade a respeito da vedação legal.

A querela judicial culminou no ponto debatido pela Excelsa Corte ao declarar, *incidenter tantum*, sem efeitos *erga omnes*, pela inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei nº.8.072/90. Quanto à alegada inconstitucionalidade, assim restou definido no julgamento do Supremo Tribunal Federal:

PENA. REGIME DE CUMPRIMENTO. PROGRESSÃO. RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior de ser a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA. CRIMES HEDIONDOS. REGIME DE CUMPRIMENTO. ÓBICE. ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90. INCONSTITUCIONALIDADE. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena – art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do art. 2º, §

1º, da Lei nº 8.072/90.²

Na mesma linha de posicionamento, seguindo o precedente:

Crime hediondo. Regime de cumprimento da pena. Progressão. Ao julgar o Habeas Corpus 82.959, 23.02.06, Marco Aurélio, Inf. 418, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 – que determina o regime integralmente fechado para o cumprimento da pena imposta ao condenado pela prática de crime hediondo – por violação da garantia constitucional da individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI). Deferimento de Habeas Corpus de ofício, para afastar o óbice do regime fechado imposto pela norma cuja inconstitucionalidade se declarou, cabendo ao Juízo das Execuções, como entender de direito, analisar a eventual presença dos demais requisitos da progressão.³

² STF, HC nº 83.219-SP, DJU 26.05.06.

³ STF, AI 527.990/RS, DJU 05.05.06, p. 19.

Não diverge da orientação, atualmente, o colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. LATROCÍNIO. HABEAS CORPUS. HEDIONDEZ. PEDIDO DE PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90, PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AFASTAMENTO DO ÓBICE LEGAL. PEDIDO QUE DEVERÁ SER EXAMINADO PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS.

(...) 4. O Pretório Excelso, em sua composição plenária, no julgamento do HC Nº 82.959/SP, em 23 de fevereiro de 2006, declarou, em sede de controle difuso, inconstitucional o óbice contido na Lei dos Crimes Hediondos que veda a possibilidade de progressão do regime prisional aos condenados pela prática dos delitos nela elencados.

5. Tal entendimento, firmou-se na interpretação sistêmica dos princípios constitucionais da individualização da pena, da isonomia e da humanidade da pena.

6. Afastou-se, assim, a proibição legal quanto à impossibilidade de progressão carcerária aos condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados, tendo sido, todavia, ressalvado pelo Supremo Tribunal Federal, no mencionado precedente, que caberá ao juízo das execuções penais analisar os pedidos de progressão considerando o comportamento de cada condenado.⁴

Resta concluir, portanto, que houve uma modificação jurisprudencial no sentido de se acatar a possibilidade de progressão de regime prisional aos condenados por crimes hediondos, afastando assim o óbice legal outrora existente.

A despeito de não concordar em todos os termos com a decisão do Pretório Excelso, *data maxima venia*, mormente diante da sempre crescente onda de violência que continua a assolar e a aumentar no Brasil, parece-me que, novamente, a mais alta Corte do País resolveu trilhar por caminhos menos tortuosos possíveis (leia-se, em termos políticos) do que enfrentar e resolver de vez um dos problemas mais graves dessa nação: a impunidade.

Como já asseverado neste mesmo texto, em crítica anterior exposta por Guilherme de Souza Nucci, entendo que falta aos detentores dos três Poderes uma dose

⁴ STJ, HC 48.280/SP, DJU 02.05.2006, p. 352.

generosa de realidade para a solução das doenças crônicas nacionais. É inadmissível, no meu modo ver, que se prefira “acabar com as pulgas da vaca, matando esta e não aquelas” (com a permissiva da anedota comparativa).

É certo que não se deve afastar o preceito constitucional de individualização da pena, mormente em face do fundamento constitucional da República Federativa do Brasil que traz a dignidade da pessoa humana para a constituição de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III). Em contrapartida, não devemos nos esquecer que este mesmo Estado Democrático de Direito deve assegurar aos seus cidadãos os direitos e garantias fundamentais insertos no art. 5º da Carta Magna.

O princípio da igualdade transparece do citado comando constitucional, tendo sido difundido e lecionado com tanta maestria na máxima de Rui Barbosa: “*a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam*”.⁵

Ora, tais desigualdades emanam não só do texto constitucional como se subsumem dos textos legais, e, no caso *in exame*, permitem ao legislador ordinário estabelecer tratamentos diferenciados a presos que cometem crimes diferenciados. O critério de *discrimem* adotado pelo legislador foi o da natureza hedionda do crime. Nestes casos, entendeu-se por bem que aqueles condenados por tais crimes deveriam cumprir suas respectivas penas na sua integralidade, o que nada é espantoso. Tal ocorre nos Estados Unidos e em diversos outros países.

⁵ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Prefácio de Batista Pereira. Nova Edição. Casa de Rui Barbosa: Rio de Janeiro, 1956, p. 32.

Ademais, deve-se analisar a questão em apreço perante o princípio da proporcionalidade. Em sentido técnico-jurídico, o princípio da proporcionalidade consiste numa regra de interpretação e aplicação do Direito, notadamente dos direitos fundamentais. Ocupa, assim, lugar primordial, ao lado do princípio do Estado de Direito, para a contenção dos poderes do Estado e para a guarda eficaz dos direitos fundamentais.

Como máxima constitucional, ensina o Professor Luís Virgílio Afonso da Silva que “o objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais.” E continua: “Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito”.⁶

Oportuno, neste momento, realizar a aplicação da regra da proporcionalidade na vedação à progressão do regime prisional aos condenados por crimes hediondos. É adequado o impedimento da progressão para o combate aos crimes hediondos? É necessária a vedação legal para se punir as pessoas que cometeram tais crimes? O meio empregado se mostra apto ao fim a que se destina?

Entendo que sim nas três indagações, pois somente desta maneira se punirá com eficácia e precisão tais hediondos criminosos, estabelecendo um regime diferenciado para aqueles que cometem crimes desta natureza e, por fim, combatendo-se a violência e a impunidade que assolam este País, sempre no intuito maior

⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Fascículo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/2002, ano 91, vol. 798, p. 24.

de proteger a sociedade, resguardando os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos previstos no artigo 5º da Lei Maior.

Desta feita, entendo que o benefício legal da progressividade deve ser assegurado aos apenados pelos crimes comuns, excepcionando assim aqueles que praticaram crimes hediondos. Percebo, destarte, que a vedação legal à progressão do regime prisional aos apenados por crimes hediondos não viola os princípios da igualdade e da proporcionalidade.

A despeito da minha opinião, o legislador brasileiro atendeu à decisão da Excelsa Corte e corroborou o posicionamento sobre a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime dos crimes hediondos, promulgando a Lei nº.11.464, de 28 de março de 2007, que deu nova redação ao art. 2º da Lei nº.8.072/90, *verbis*:

Art. 1º. O art. 2 da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 2º...

II – fiança.

§1º. A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§2º. A progressão de regime, no caso dos condenados por crimes previstos neste artigo, dar-se-ão após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.”

Eis, portanto, a atual sistemática que deve ser utilizada e empregada nos casos em que for requerida a progressão de regime para os apenados por crimes hediondos. Não é a solução ideal, no meu modo de entender, porém melhor do que aquele vácuo criado logo após a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* (mas vastamente aplicada em todo País) em que se permitia a progressão de regime sem critérios legais, o que também deixava margens para a aplicação dos brandos critérios do art. 112 da LEP por parte dos magistrados.

4 O HABEAS CORPUS E A INADEQUAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL PARA A PROGRESSÃO DO REGIME

O instituto de origem romana garantia, desde os primórdios, ao cidadão o direito de reclamar a exibição de homem livre detido ilegalmente por meio de uma ação privilegiada, conhecida como *interdictum de libero homine exhibendo*. Evoluindo em nosso direito, passando pela Magna Carta de 1215, o *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679), a Constituição Norte-Americana de 1778, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, culminando com outro *Habeas Corpus Act* de 1816, chega o *habeas corpus* em quase todas as legislações do mundo.

No Brasil, está previsto no texto constitucional, em seu art. 5º, LXVIII, e no Código de Processo Penal Brasileiro, nos artigos 647 a 667.

Definição magistral e concisa a de Fernando

Capez sobre o *habeas corpus*:

Remédio judicial que tem por finalidade evitar ou fazer cessar a violência ou a coação à liberdade de locomoção decorrente da ilegalidade ou abuso de poder. (...) Ação penal popular com assento constitucional, voltada à tutela da liberdade ambulatoria, sempre que ocorrerem qualquer dos casos elencados no art. 648 do Código de Processo Penal.⁷

Fácil concluir que as hipóteses de cabimento do *writ* constitucional estão expressamente previstas no artigo 648 do diploma processual penal pátrio. Em nenhuma delas está inserta a possibilidade de se discutir a progressão de regime prisional por meio de *habeas corpus*. Isto porque o remédio constitucional não se presta à valoração de provas, pois o conhecimento da impetração não será admitido quando houver a possibilidade de altas indagações e discussões a respeito do conjunto probante, exigindo um reexame da prova inserta no caderno processual.

Sobre a impossibilidade de dilação probatória em sede de *habeas corpus*, a jurisprudência pátria assim está posicionada:

STF: “A ação de *habeas corpus* – que

⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 477.

possui rito sumaríssimo – não comporta, em função de sua própria natureza processual, maior dilação probatória, eis que ao impetrante compete, na realidade – sem prejuízo da complementação instrutória ministrada pelo órgão coator –, subsidiar, com elementos documentais pré-constituídos, o conhecimento da causa pelo Poder Judiciário. A utilização adequada do remédio constitucional do *habeas corpus* impõe, em conseqüência, seja o *writ* instruído, ordinariamente, com documentos suficientes e necessários à análise da pretensão de direito material nele reduzida. A existência de dúvida fundadas, especialmente quando relativas à própria consumação da prescrição penal, impõe o indeferimento do pedido, sem prejuízo de sua renovação, uma vez suficientemente instruído com os elementos de informação necessários à descaracterização da incerteza constatada.”⁸

STJ: “O *habeas corpus*, remédio

⁸ JSTF 161/131.

constitucional assecuratório da liberdade física ou do direito de locomoção, tem rito especial, não comportando, no seu curso, dilação probatória.”⁹

Com efeito, avulta como ponto incontroverso a inadequação da via eleita. Na feliz expressão do mestre Júlio Fabbrini Mirabete com sua peculiar agudeza conceitual, destaca-se o trecho pela inegável pertinência: “*Falta legítimo interesse quando o pedido de habeas corpus é inadequado à providência que o impetrante pretende obter.*”¹⁰

Assoma, com nitidez, que o mérito da impetração de um *habeas corpus* com pedido de progressão do regime prisional aos condenados por crimes hediondos reside, exatamente, na possibilidade de a *questio juris* ser resolvida, de logo, pelas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça.

Tal atropelo processual se dá, por consequência, frente à já mencionada e paradigmática decisão do Pretório Excelso, o qual, em sede de controle difuso de inconstitucionalidade, sem eficácia *erga omnes*, nem efeito vinculante, decidiu, por maioria, pela viabilidade de progressão do regime, desde que atendidos os requisitos objetivo (lapso temporal de cumprimento da pena em execução, ainda que provisória) e subjetivo (merecimento do condenado e sua adaptação ao regime mais brando sem risco para a sociedade).

Como exaustivamente acentuado, os memoráveis

⁹ RSTJ 76/42-3.

¹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 1.677.

precedentes asseguram a possibilidade de progressão do regime prisional aos condenados pela prática de crimes qualificados como hediondos. Entretanto, afastado o óbice legal da Lei nº 8.072/90, condicionam a apreciação e solução do pleito ao conhecimento do Juízo das Execuções Penais, mediante satisfação conjunta dos requisitos objetivo (temporal) e subjetivo (merecimento e adaptação ao novo regime, sem risco para a sociedade), sob pena de supressão de instância, donde se conclui, sem maiores esforços, pela inviabilidade de concessão de ordem requerida, diretamente perante o Egrégio Tribunal de Justiça, com a pretendida progressão do regime prisional.

Evoluindo no tema, não emerge recepção jurisprudencial para a impetração de remédio heróico que tenha por finalidade o exame de questão relacionada à progressão do regime penal:

O Habeas Corpus não se presta ao exame de questão relativa à progressão do regime prisional, situado no domínio dos fatos.¹¹

O Habeas Corpus é um instrumento de dignidade constitucional destinado a garantir o direito de locomoção, violado ou ameaçado, por ato ilegal ou abusivo de poder. Inviável a concessão do writ quando a pretensão nele veiculada concerne a pedido de mudança de regime prisional.¹²

¹¹ STJ, RSTJ 28/175.

¹² STJ, RSTJ 72/116.

Emerge com clareza solar, pelos escólios tribunalícios colacionados, a inviabilidade de impetração de *Habeas Corpus* perante Tribunal de Justiça Estadual, objetivando a mudança do regime de cumprimento da pena imposta.

Nada obstante, como frisado na recente decisão da Corte Excelsa, afastado o óbice vedatório da progressão do regime, na hipótese de crime hediondo, firma-se no Juízo das Execuções Penais a competência para exame e deliberação acerca da satisfação dos requisitos legais objetivo (tempo) e subjetivo (mérito e adaptação ao novo regime), refugindo à Corte Revisora a competência para dirimir a controvérsia na via mandamental eleita, sob pena de supressão da instância monocrática.

Colhe-se o entendimento jurisprudencial:

*A legislação deixa ao prudente arbítrio do magistrado o exame das condições subjetivas do reeducando. Isso porque a progressão não é um direito absoluto, mas está condicionada à segurança da vida em sociedade.*¹³

*Para o reconhecimento do direito à progressão do regime prisional não basta o cumprimento de 1/6 da pena. Necessária, também, a avaliação do mérito do condenado.*¹⁴

¹³ RT 717/384.

¹⁴ RSTJ 50/411.

Regime prisional fechado. Progressão para o regime semi-aberto. Inadmissibilidade pela ausência de merecimento através de sua personalidade, ainda que tenha cumprido 1/6 da pena. Aplicação do princípio in dubio pro societate. Ainda que o condenado tenha cumprido 1/6 da pena, ou seja, o tempo necessário para concessão da progressão de regime prisional fechado para o semi-aberto, só poderá obter tal benefício se preencher o requisito subjetivo, ou seja, o merecimento através de sua personalidade, pois em sede de execução criminal vigora o princípio do in dubio pro societate.¹⁵

Bem, diante de tal impasse, resta-nos a pergunta: como então proceder o apenado para que o magistrado avalie seu eventual direito à progressão de regime, mormente quando se tratar de crime hediondo?

Aflora como ponto inelutável que a utilização de *habeas corpus* configura-se como via imprópria para reclamação acerca do aspirado direito de paciente à progressão do regime, sendo certo que a matéria deve ser enfrentada em conduto de incidente de execução, e, mais precisamente, no caso, diante da denegação formulada ao Juízo requerido, do respectivo agravo, remédio, em tese,

¹⁵ RT 744/579.

apto e eficaz para o equacionamento da controvérsia suscitada. Eis o entendimento jurisprudencial a respeito:

É cabível a interposição de agravo em execução, e não de habeas corpus, para combater a decisão que determina a regressão do regime prisional, uma vez que esta hipótese não se encaixa em nenhuma das sete, de coação ilegal, enumeradas no art. 648 do CPP.¹⁶

Agravo em Execução. Interposição contra incidente ocorrido na fase executória da pena, é cabível o Agravo em Execução, conforme preceitua o art. 197, da LEP, com adoção do rito do Recurso Crime em Sentido Estrito.¹⁷

REGRESSÃO DE REGIME. HABEAS CORPUS. AGRAVO EM EXECUÇÃO DA PENA. RECURSO PRÓPRIO. Incabível a impetração de habeas corpus quando a pretensão é tão-somente a regressão de regime, considerando a possibilidade da interposição de agravo em execução de pena, no qual poderão ser analisados os critérios objetivos e subjetivos para a concessão de eventuais benefícios.¹⁸

¹⁶ TACRIMSPHC n° 372426/8, Rel. Juiz Ricardo Tucunduva, DOESP09.01.2001.

¹⁷ TACRIMSP, RCSE n° 11.24353/3, j. 10.12.98.

¹⁸ TJRO, HC n° 200.000.2004.000026-5, j. 28.01.2004.

O entendimento das Câmaras Criminais do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará está se firmando neste sentido:

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CRIME HEDIONDO. CONDENAÇÃO EM 13 (TREZE) ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. PLEITO DE PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL EM FACE DO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA NA VIA HERÓICA ELEITA.

“O Habeas Corpus é um instrumento de dignidade constitucional destinado a garantir o direito de locomoção, violado ou ameaçado, por ato ilegal ou abusivo de poder. Inviável a concessão do writ quando a pretensão nele veiculada concerne a pedido de mudança de regime prisional” (STJ, RSTJ 72/116).

“REGRESSÃO DE REGIME. HABEAS CORPUS. AGRAVO EM EXECUÇÃO DA PENA. RECURSO PRÓPRIO. Incabível a impetração de habeas corpus quando a pretensão

é tão-somente a regressão de regime, considerando a possibilidade da interposição de agravo em execução de pena, no qual poderão ser analisados os critérios objetivos e subjetivos para a concessão de eventuais benefícios” (TJRO HC nº 200.000.2004.000026-5, j. 28.01.2004).

Ordem não conhecida.

Maioria.¹⁹

EMENTA: “O agravo em execução é o remédio jurídico hábil e adequado à desafiar o indeferitório da pretendida progressão de regime prisional, delineando erro, e vistoso, a substituição da impugnação específica pelo habeas corpus. Incognoscibilidade da impetração. *Una voce.*”²⁰

Ante toda a jurisprudência colacionada, não restam mais dúvidas de que não se deve conhecer a impetração de *habeas corpus* com pedido de progressão de regime prisional, seja quando o paciente tiver sido condenado por crime comum ou hediondo, ante a

¹⁹ TJCE, HC 2006.0004.0186-2, Rel. Des. João Byron de Figueirêdo Frota, 2ª Câ. Crim., j. em 26.03.2007.

²⁰ TJCE, HC 2005.0019.1176-9/0, Rel. Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido, 1ª Câ. Crim., j. em 08.11.2005.

impropriedade da via eleita.

5 CONCLUSÕES

A progressividade do regime prisional constitui regra no sistema de execução penal brasileiro, desde que o apenado cumpra com os requisitos objetivo (lapso temporal de 1/6 de pena cumprida) e subjetivo (bom comportamento carcerário).

Os condenados por crimes hediondos, antes privados da obtenção do referido benefício devido à expressa vedação legal (art. 2º, §1º, da Lei nº.8.072/90), passaram a ter ao seu lado a jurisprudência brasileira, mormente diante da recente decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede incidental, que declarou, sem eficácia *erga omnes*, a inconstitucionalidade do dispositivo legal proibitivo mencionado.

Atualmente, a progressão de regime dos apenados por crimes hediondos segue os critérios estabelecidos pela Lei nº.11.484, de 28 de março de 2007, legislação modificadora da Lei de Crimes Hediondos.

Ante a presença de tais requisitos legais, o apenado por tais crimes pode requerer a progressão de seu regime carcerário, mas deve fazê-lo segundo a legislação processual pertinente. Entretanto, tal pedido não deve ser conhecido se feito em sede de *habeas corpus*, tendo em vista a impropriedade da via eleita, mas em sede de agravo de execução a ser interposto perante Tribunal de Justiça estadual, após denegação do pedido de progressão no Juízo das Execuções Penais, o competente para apreciar tal pleito.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Prefácio de Batista Pereira. Nova Edição. Casa de Rui Barbosa: Rio de Janeiro, 1956.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo e Execução Penal*. 2ª tiragem. São Paulo: Ed. RT, 2005.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Fascículo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/2002, ano 91, vol. 798.

VOTO ACERCA DA REFORMA DO PROCESSO PENAL E DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS

Processo n°: 003/2006/CREP-GOC

Protocolo n°: 5753/2006

Autuação: 29/09/2006

Origem: Assessoria Parlamentar

Assunto: Preposição: PL – 4205/2001. Altera dispositivos do Decreto-Lei n° 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à Prova.

Comissão: COMISSÃO DE ESTUDO DA REFORMA DO PROCESSO PENAL E DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS-CREP

Relator Conselheiro: Paulo Napoleão Gonçalves Quezado

VOTO

1. Relatório

Após amplo debate pelos diversos segmentos da sociedade, com destaque na III Jornadas Brasileiras de Direito Processual Penal ocorrida em Brasília, em agosto do ano 2000, foi apresentado à Câmara dos Deputados, em 12 de março de 2001, ainda sob o governo de Fernando Henrique Cardoso, o **PL n° 4.205**, que altera dispositivos do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n° 3689, de 03 de outubro de 1941), relativos à **Prova**.

O projeto leva a autoria de uma Comissão de notáveis das letras jurídicas deste país: Ada Pellegrini Grinover (Presidente), Petrônio Calmon Filho (Secretário), Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance

Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nizardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti (substituído por Rui Stoco), Rogério Laura Tucci e Sidney Beneti. Tendo como expositor dos Motivos da reforma processual o Ministro de Estado e da Defesa José Gregori.

A Exposição de Motivos (Mensagem nº 211) traz, de forma concisa, as seguintes causas justificadoras da reforma (fls. 06 dos autos):

- assegurar às partes maior participação nas atividades processuais, principalmente na formação do conjunto probatório;
- dispor sobre os pressupostos da permissão judicial para a prova antecipada prevista no art. 156
- fixar de forma expressa a vedação e o limites de aceitação das provas ilícitas;
- simplificar a realização da prova pericial;
- agilizar o procedimento de produção de prova testemunhal.

Em 19 de abril de 2001, o projeto é encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), designando esta como relator o Deputado Federal IBRAHIM ABI-ACKEL, que elabora parecer pela aprovação do projeto, por entendê-lo conforme os critérios de constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa.

Já em 2006, Amauri Serralvo, Conselheiro Federal, Sub-relator, oferece análise e sugestões juridicamente irretocáveis ao projeto, com as quais apenas tentaremos somar alguns singelos argumentos.

Enfim, o PL n° 4.205/2001, chega às nossas mãos, no que passamos à sua análise naquilo que for de mais importância. Antes, contudo, traçaremos algumas linhas doutrinárias e jurisprudenciais sobre a matéria.

2. Um pouco de história dos percalços e acertos da reforma processual penal brasileira e o Código-Modelo de Processo Penal para Ibero-América

Não se pode desprezar a história, do contrário não se conhecerá o presente e nem se poderá projetar o futuro.

Não seria absurdo afirmar que o PL n° 4.209 tem seu nascedouro na década de 1970, pois traz em sua essência os ideais do Anteprojeto do Código de Processo Penal, daquela época, de autoria de professores que estabeleceram as vigas mestras do processo penal deste país: JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES (coordenador da comissão de estudos legislativos), JOSÉ FREDERICO MARQUES (relator), JOSÉ SALGADO MARTINS e BENJAMIN DE MORAES FILHO.¹ Além do que, também buscou inspiração no Código-Modelo de Processo Penal para a Ibero-América (ou somente CÓDIGO-MODELO).

Mas o que vem a ser o CÓDIGO-MODELO? Movidos pelo sonho da uniformidade legislativa, as comunidades ibero-americanas entenderam de criar uma legislação que, como o próprio nome já o diz, fosse modelo a todos os países que a compõem. O que, de certa forma, conduziria tais países a uma maior garantia da segurança e justiça na aplicação do direito. A prof^a ADA PELLEGRINI GRINOVER participou ativamente

¹ Diário Oficial da União, suplemento ano 118, de 29/05/1970.

da elaboração desse Código, cujo projeto foi apresentado nas XI Jornadas Ibero-americanas de 1988, no Rio de Janeiro, e posteriormente discutido nas XII e XIII Jornadas ocorridas em Mérida, na Espanha, em 1990, e em Cuernavaca, no México, em 1992. Retroagindo um pouco, diz-se que o CÓDIGO-MODELO formou-se com base nas propostas das V Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, em Bogotá-Cartagena, 1970.²

Portanto, o CÓDIGO-MODELO surgiu, na síntese da prof^a ADA PELLEGRINI, como “um modelo institucional que se serve de uma proposta básica, mas ao mesmo tempo concreta e operativa, dos mecanismos aptos a solucionar pacificamente os conflitos sociais, por intermédio dos órgãos jurisdicionais. A elaboração, especificamente, de um Código-Modelo de Processo Penal para Ibero-América significa atender à imperiosa exigência de estimular um profundo movimento de reforma em todos os países da comunidade hispano-luso-americana que, em grande parte, ainda estão atrelados ao processo penal antigo, em que a justiça penal tem funcionado segundo um modelo alienado do controle social e da transparência democrática. Um modelo apegado a ritos superados e a fórmulas inquisitoriais, no qual continuam a prevalecer a falta de respeito à dignidade humana, a delegação das funções judiciárias, o segredo, a ausência de mediação, e todas aquelas características que repugnam ao processo penal moderno”.³

² Na obra *O processo em evolução*, publicado pela ed. Forense, a prof^a Ada Pellegrini fala sobre a origem, os propósitos e os pontos importantes do projeto Código-Modelo, nos trabalhos: *Lineamentos gerais do novo processo penal na América Latina e Influência do Código-Modelo de Processo Penal para Ibero-América na legislação latino-americana*, pp. 202 a 241.

³ *O processo em evolução*, p.207.

As propostas do CÓDIGO-MODELO são o reflexo, com poucos adendos, do previsto pela reforma processual penal brasileira, que já se arrasta há anos no Congresso Nacional. Em suma, indica ADA PELLEGRINI: a) *a ênfase ao respeito à dignidade do suspeito ou acusado*; b) *adoção do modelo acusatório*; c) *transparência dos procedimentos*; d) *a busca de eficiência do processo*; e) *a desburocratização da organização judiciária*; f) *a participação popular na administração da justiça*; g) *diversos mecanismos de seleção de casos*; e h) *a globalidade da reforma*.⁴

Após 1970, o então Ministro da Justiça MAURÍCIO CORRÊIA nomeou SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, à época Presidente do Superior Tribunal de Justiça, para presidir a Comissão de Reforma do Código de Processo Penal.⁵ A Comissão formada, com vista aos fins de simplificar e acelerar o processo penal, apresentou 17 Anteprojetos. Os Anteprojetos de 1994, na summa teleológica de EDUARDO REALE, tinha como alvo mor resguardar o “garantismo e eficiência, compreendido o primeiro como observância rigorosa dos direitos das partes e sobretudo da defesa, visando a que a função jurisdicional se legitimasse por intermédio de um processo que primasse pelo *due process of law*, constituindo a eficiência sinônimo de instrumentalidade da persecução penal, com primazia aos meios de aferição da inocência do acusado, demandando vias processuais mais simples, acessíveis, racionais e céleres”.⁶ (Grifamos.)

⁴ *O processo em evolução*, p.208.

⁵ Os detalhes desse histórico podem ser lidos na obra de Eduardo Reale Ferrari, *Código de Processo Penal: comentários aos projetos de reforma legislativa*, publicada pela Ed. Millennium, em 2003.

⁶ Ob. cit., p. 02.

Vira e mexe daqui e acolá, com mudanças significativas pelo Executivo e os projetos retornando ao Legislativo, fato é que, chegando ao governo Fernando Henrique Cardoso, seu Ministro da Justiça, NELSON JOBIM, argumentando que os projetos deveriam ser analisados à luz da Lei dos Juizados Especiais, retirou do acalorado trâmite legislativo no Congresso Nacional. Felizmente, em 1999, por empenho do novo Ministro da Justiça, JOSÉ CARLOS DIAS, a reforma processual penal voltou à mesa dos debates legislativos, encaminhando ao Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) solicitação de propostas à reforma. Igual força de vontade encontrou-se em seu sucessor, Ministro JOSÉ GREGORI. O Ministro JOSÉ CARLOS DIAS criou a Comissão que citamos no início deste voto, tendo em sua presidência a jurista ADA PELLEGRINI GRINOVER. No final de mais algumas idas e vindas do processo legislativo, sobraram apenas sete Anteprojetos de reforma do CPP, todos de 2001, que são os seguintes, conforme a ordem das matérias codificadas:

1. PL 4.209 – sobre a investigação criminal;
2. PL 4.208 – sobre a prisão, as medidas cautelares e a liberdade;
3. PL 4.204 – sobre o interrogatório do acusado e defesa efetiva;
4. PL 4.205 – sobre a prova;
5. PL 4.207 – sobre a suspensão do processo, a *emendatio libelli*, a *muttatio libelli* e novos procedimentos;
6. PL 4.203 – sobre o Júri;
7. PL 4.206 – sobre os recursos e as ações de impugnação.

Mas será que historicamente o País está preparado para tal reforma processual? Vê-se como realmente necessária a referida reforma?

3. A necessidade da reforma processual penal no Brasil

O homem produz história e, ao mesmo tempo, é moldado pela história. Não há como distanciá-lo dos valores dominantes de seu tempo. Assim, tudo que elabora leva a marca axiológica de sua época. Dessa forma, o direito também, como produto humano.

A partir de 1937, instaurou-se no Brasil uma forma de governo “forte”, autoritária, centralizadora, sob o comando de GETÚLIO VARGAS, indo até 1945. Era o chamando “Estado Novo”. Era também o momento da Segunda Guerra Mundial. E, apesar do País declarar guerra contra a Alemanha e a Itália, agia-se internamente conforme a ideologia fascista, com o fechamento de partidos políticos, censura à imprensa, palavras de ordem contra todo aquele que se punha contra a política do Governo, culto à personalidade do chefe, populismo, nacionalismo etc.⁷

Nesse clima político, portanto, em que a liberdade como direito fundamental é o que menos se preserva, foi que surgiu nosso atual Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. O Ministro da Justiça, autor sua Exposição de Motivos, era, naquela época,

⁷ D’Araújo, Maria Celina. *A era Vargas*. 1ª ed. São Paulo: Moderna, 1997. (Coleção Polêmica) Vide também a obra de José Luiz Del Roio, *O que todo cidadão precisa saber sobre o fascismo*, São Paulo: Global, 1987. (Cadernos de Educação Política – Série Trabalho e Capital, v. 20)

FRANCISCO CAMPOS, respeitado homem de ciência que acreditava que os interesses nacionais só poderiam ser identificados e concretizados por uma elite intelectualizada composta de técnicos, políticos e militares. Seu pensamento vem sintetizado na frase transcrita pela Doutora e Professora em Ciência Política, da Universidade Federal Fluminense, MARIA CELINA D'ARAÚJO, que diz: *O regime político das massas é a ditadura*.⁸

O pensamento de FRANCISCO CAMPOS, de certa forma legitimando àquele Estado ditatorial, vem expresso na Exposição de Motivos do CPP/1941: “Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre a tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social.” E por fim, conclui o Ministro: “...Se ele (CPP) não transige com as sistemáticas restrições ao poder público, **não o inspira, entretanto, o espírito** de um incondicional autoritarismo do Estado ou **de uma sistemática prevenção contra os direitos e garantias individuais**”. (Parêntese e grifo nosso.)

Com tais palavras do Ministro FRANCISCO CAMPOS, não há dúvida de que o CPP de 1941 nasceu sob o forte influxo do perfil ditatorial do “Estado Novo”. O que, à evidência, frente à presença de um Estado “forte”, não há muito a comemorar em prol dos direitos e garantias

⁸ *A era Vargas*, p. 93.

fundamentais, além de muitos outros aspectos analisados a partir do princípio do devido processo legal. Sendo assim, a reforma é mais do que necessária e já chega com largo atraso, pois o perfil democrático do Estado moderno fez comprometer parcela considerável do CPP vigente. O ideal, portanto, seria que a reforma viesse de forma completa e não “há retalhos”, permitindo maior alcance sistêmico da matéria.

Reformas pontuais como essa trazem o risco de violações flagrantes aos princípios constitucionais que informam o processo penal, como foi o caso da Lei 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que criou “nova hipótese de competência originária não prevista no rol taxativo da Constituição Federal”, mas felizmente já julgada inconstitucional pelo STF (ADI 2860 e 2797, ambas de 2005, Informativo 401).

4. Os princípios constitucionais regentes do processo penal

Uma reforma legislativa só alcançará êxito se estiver criteriosamente em harmonia com a Lei Maior do País. Destarte, falar em reforma processual penal é antes falar dos princípios constitucionais que orientam o sistema processual penal vigente.

As reformas pontuais em desenvolvimento, no campo da investigação criminal, devem ser informadas, principalmente, pelos princípios constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), da jurisdicionalidade (art. 5º, LXI) da presunção de inocência (art. 5º, LVII), do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do razoável prazo do processo (art. 5º, LXXVIII), da vedação à prova ilícita (art. 5º, LVI); tudo isso à luz da

linha mestra do sistema acusatório fundada em, última análise, no perfil democrático do atual Estado de Direito.

Todos esses vetores, em sua essência, vão contra as características do processo penal vigente, apontadas ordenadamente por PACELLI⁹, para quem a *presunção de culpabilidade* norteou toda a elaboração do CPP. E, sendo assim, o acusado é tratado como potencial e virtual culpado, há o prevalecimento da segurança pública frente à garantia da liberdade individual, o impulso da utópica verdade “real” aos poderes do juiz tornado-o investigador, o ranço inquisitivo do interrogatório do réu, enfim, tudo aquilo que se extrema da ideologia do Estado Democrático de Direito.

A Constituição de 1988 rompeu com o autoritarismo do CPP/41, trazendo um conjunto de princípios e regras conduzidos pelo equilíbrio entre — como diz a pro^a ADA PELLEGRINI — “os dois valores fundantes do novo processo penal no mundo inteiro”: o garantismo e a eficiência. Em resumo, ADA PELLEGRINI ensina: “garantismo, visto tanto no prisma subjetivo dos direitos públicos das partes, e, sobretudo da defesa, como no enfoque objetivo de tutela do justo processo e do correto exercício da função jurisdicional. Eficiência, que se desdobra em efetividade do processo penal, como instrumento da persecução penal, e em eficácia dos direitos fundamentais, também tutelado por intermédio do processo”.¹⁰

Sobre a temática do garantismo penal, vai discorrer longamente LUIGI FERRAJOLI, para quem, em última análise, uma teoria do garantismo penal está jungida ao Estado de Direito Democrático e não apenas ao Estado de

⁹ *Curso de processo penal*. 3^a ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2004, p. 7.

¹⁰ *O processo em evolução*, pp. 206 e 216.

Direito, sinalizando para um mínimo de poder ao Estado e um máximo de liberdade ao indivíduo, e que o Estado, em sua atuação, vincula-se não só à legalidade por um *prima formal*, mas também substancial, devendo canalizar sua atuação em prol da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.¹¹ Com o garantismo, a ordem política toma rumo diferente, agora em prol dos direitos e garantias fundamentais ou, melhor dizendo, regressa a seu *status natural*, no momento que põe o Estado em seu devido lugar de criatura para servir a seu criador — o homem e, por conseguinte, a sociedade.

A técnica processual, então, para operacionalizar os valores do garantismo e da efetividade é o sistema acusatório. Enquanto no sistema inquisitivo, as funções primordiais do processo penal (investigar, acusar e julgar) concentram-se em uma só pessoa; no **sistema acusatório**, quem investiga difere de quem acusa, que, por sua vez, não se identifica com o julgador. Isso por uma razão simples: “Um país democrático evidentemente deve possuir, até porque a Constituição assim o obriga, um Código de Processo Penal que adote o sistema acusatório, eminentemente garantidor”.¹²

Através do princípio da unidade constitucional, podemos entender como consequência natural de um país democrático a adoção do princípio do **devido processo legal**, que, por sua ampla dimensão, formal e material,

¹¹ *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 2^a ed. Prefácio da 1^a edição de Norberto Bobbio. São Paulo: RT, 2006, pp. 785-832.

¹² MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Direito ao devido processo legal*. In *Princípios penais constitucionais*. Ricardo Augusto Schmitt (org.). Salvador: Ed. JusPodivm, 2007, p. 127.

conduz o intérprete e aplicador da interpretação legal aos demais princípios influentes no processo penal. A CF dispôs, no art. 5º, LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa”. O **contraditório** que hoje, pelo novo processo penal ou processo penal constitucional, já deve ser visto também como a *garantia de uma participação simétrica* das partes. E a **ampla defesa**, complementando o contraditório, que garante ser essa participação de forma *efetiva*.¹³

Tão importante essa visão avançada da ampla defesa e contraditório, que o STF já declarou a nulidade de processo em que o defensor tinha se limitado em sua defesa a pedir a condenação ao mínimo legal. Por essa razão tem sumulado: “a renúncia do direito de apelação, manifestação sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta” (705), e que “constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contra-razões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo” (707). Tudo isso em prol da efetividade da ampla defesa.

No mesmo passo do devido processo legal, informa o **princípio da jurisdicionalidade** que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, que, mais especificamente, significa dizer que nenhuma prisão cautelar, fora a prisão em flagrante, pode ser decretada sem ordem judicial escrita e fundamentada (art. 5º, LXI e LIV).

Outra garantia do novo processo penal é o

¹³ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*, pp. 23-24.

princípio do **juiz natural**, que faz parte do ideal almejado que é o *processo justo*. Por esse princípio, tem-se a exigência de que a competência judicial deve ser preestabelecida ao fato e, hoje, com a Constituição, que a competência seja prefixa pela Lei Maior e não por lei norma infraconstitucional. Dessa forma, cumpre-se o que o Texto Constitucional veda: “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (art. 5º, XXXVII). Fiel a esse princípio, decidiu o STF:

Considerando, ademais, que o § 2º do art. 84 do CPP veiculou duas regras — a que estende, à ação de improbidade administrativa, a competência especial por prerrogativa de função para inquérito e ação penais e a que manda aplicar, em relação à mesma ação de improbidade, a previsão do § 1º do citado artigo — concluiu-se que a primeira resultaria na criação de nova hipótese de competência originária não prevista no rol taxativo da Constituição Federal, e, a segunda estaria atingida por arrastamento. Ressaltou-se, ademais, que a ação de improbidade administrativa é de natureza civil, conforme se depreende do § 4º do art. 37 da CF, e que o STF jamais entendeu ser competente para o conhecimento de ações civis, por ato de ofício, ajuizadas contra as autoridades para cujo processo penal o seria. (Info 401, Pleno, ADI 2860, ADI 2797)

O **princípio da presunção de inocência**, por seu turno, já previsto pela Declaração dos Direitos do

Homem e do Cidadão (art. 9º), em 26 de agosto de 1789, é uma das vigas mestras do Estado garantista, protetor dos direitos fundamentais. Perfilhando o ensinamento de FERRAJOLI, escreve AURY LOPES JR. que a presunção de inocência é um “princípio fundamental de civilidade, fruto de opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de alguém culpável. Isso porque, ao corpo social, lhe basta que os culpados sejam *geralmente punidos*, pois o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos”.¹⁴

Partindo da idéia de que o imputado é inocente, até que prove o contrário, há que se dispensar um tratamento a ele de mínimas restrições de seus direitos fundamentais antes e durante o processo, ser tratado apenas como investigado durante as investigações criminais (não como indiciado) e ser todo o ônus de provar o fato e a autoria todo da acusação. Disposição legal que exija do investigado prova de sua inocência, até mesmo de excludentes de ilicitude e de culpabilidade, devem ter a constitucionalidade questionada.

Princípio que também informa a reforma do processo penal, o **princípio do razoável prazo do processo** encontra-se agora positivado nestes termos na Constituição: “a todos, no âmbito judicial e administrativo,

¹⁴ *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos de instrumentalidade constitucional*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 186.

são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (art. 5º, LXXVIII, EC 45/2004) O grande problema, que ainda persistirá, apesar do esforço do legislador constituinte reformador, diz respeito à ausência de um prazo demarcando o fim do processo. A pergunta que não calará: o que vem a ser uma duração razoável do processo? Atualmente, apenas a prisão provisória tem prazo limite fixado na legislação processual penal. Parece que a jurisprudência ainda ditará o limite temporal do processo. Ou não seria melhor dizer dilatará, tendo em vista que razões como greve de serventuários da Justiça, expedição de cartas precatórias, pluralidade dos réus entre outras têm sido alegadas para ultrapassar o limite de 81 dias para a conclusão da instrução criminal (STF – HC 78978/PI, STJ – RHC 19682).

Bem, com base nessa síntese quanto à história da reforma processual penal brasileira, às fontes que a inspiraram e aos princípios processuais constitucionais, teceremos considerações pontuais às alterações do CPP, pelo PL nº 4209/2001, no campo da investigação criminal.

5. Alterações propostas ao CPP/1941 pelo PL nº 4209/2001

O art. 155 do projeto preserva o **princípio do devido processo legal** e, mais especificamente, o **contraditório** (paridade de armas) e a **ampla defesa** (efetiva participação das partes), ao vedar a fundamentação exclusiva da sentença nas provas colhidas na fase inquisitória. Isso porque nessa fase ainda não há possibilidade de contradição do investigado ao que é colhido

contra ele como elementos probatórios. Tais elementos servirão apenas à formação da *opinio delicti* do MP. No entanto, caso tais provas sejam reiteradas na fase processual, não haverá obstáculo a que sejam utilizadas como fundamento da sentença penal.

Essa linha de entendimento do projeto só vem fortalecer o papel do julgador num Estado de perfil democrático como o nosso, onde se dá a simétrica participação das partes e o magistrado tem maior possibilidade de formar uma convicção imparcial do caso concreto.

A prof^a ADA PELLEGRINI, não se contentando com essa simples vedação, afirma que “na prática é relevante a influência dos elementos do inquérito sobre a formação do convencimento do juiz”. E não somente sobre juízo cautelar, mas juízo de mérito. A razão disso, expõe a jurista: primeiro, porque o mesmo juiz é quem decide sobre a admissibilidade da acusação e sobre o mérito da causa; e segundo, porque os autos do inquérito vão apensados ao processo. Frente a essa constatação, propõe a criação de um juízo de admissibilidade diferente do juízo de mérito, prevendo uma fase processual preliminar conforme o Código-Modelo, que, após, ingressaria na fase seguinte sem os autos do inquérito, permitindo o juiz formar livremente sua convicção de mérito.¹⁵

O art. 156 observa fielmente o princípio da **presunção de inocência** quando impõe a carga probatória à acusação. A produção de prova cautelar, antecipada e

¹⁵ In. *O processo em evolução: Influência do Código-Modelo de processo penal para Ibero-América na legislação latino-americana*, p. 240.

irrepetível não deixará de observar o **princípio do contraditório**, embora de forma diferida (v. Exposição de Motivos, fls. 06). No entanto, como medida de cautela frente às garantias constitucionais, o projeto exige do juiz que fundamente a decisão excepcional de se colher prova antecipada com base nos critérios que informam o **princípio da proporcionalidade** (necessidade, adequação e proporcionalidade estrita). O que também cumpre o princípio da persuasão racional. Aqui, mais uma vez, os limites constitucionais à atividade do Estado (juiz), em última análise, para que uma medida de teor excepcional não vire regra em pleno Estado Democrático de Direito e, assim, retorne-se ao sistema inquisitivo, quando o juiz gozava de super-poderes.

Outra preocupação da reforma foi quanto à utilização das provas ilícitas no processo. A Constituição diz, no art. 5º, LVI, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Bem, concordamos com AMAURI SERRALVO (fls. 14 dos autos) de que o art. 157 do projeto poderia ter tratado também das provas ilegítimas, pois há muito a doutrina e a jurisprudência classificam as provas ilegais em ilícitas (quando violar direito material) e ilegítimas (quando violar direito processual). Mas pensamos que a referida ausência não tira o brilho constitucional da redação proposta, que também prevê expressamente vedação, como consequência do previsto no caput, ao aproveitamento das provas ilícitas por derivação, consagrando de vez a teoria americana dos *fruits of the poisonous tree* ou dos frutos da árvore envenenada, como inclusive o STF já vinha orientando seus julgados em torno da questão.

Adotamos, todavia, a sugestão de Pacelli no que toca ao perigo de uma vedação absoluta do uso das provas ilícitas por derivação. Diz o processualista que se todas as

provas advindas da existência de crime forem tidas como ilícitas, “será muito fácil ao agente do crime se furtar à ação da persecução penal. Bastará ele mesmo produzir uma situação de ilicitude na obtenção da prova de seu crime, com violação a seu domicílio, por exemplo, para trancar todas e quaisquer iniciativas que tenham por objeto a apuração daquele delito então noticiado”.

Para o que propõe o autor, “uma adequada tutela *também* dos direitos individuais que são atingidos pelas ações criminosas, a adoção de critérios orientados por uma ponderação de cada interesse envolvido no caso concreto, para se saber se *toda* a atuação estatal investigatória estaria contaminada, *sempre*, por determinada prova ilícita”.¹⁶

Importante também foi o projeto preocupar-se em afastar o juiz que tomou conhecimento da prova ilícita da prolação da sentença (art. 157, § 3º). Assim, mais uma vez a imparcialidade judicial vê-se preservada, o que leva a maior garantia da efetivação de um processo justo.

Adotamos também a sugestão de HELENA REGINA LOBO, que, com força na lição de ADA PELLEGRINI, diz que o projeto poderia ter incluído vedação também ao acolhimento de provas ilícitas porque violadoras de normas infra-constitucionais.¹⁷

A redação do art. 159 do projeto, visando a facilitar e agilizar a produção da prova, prevê apenas a necessidade um perito oficial, e não mais de dois, como está na redação vigente. A ser aprovada a redação do projeto, o STF também terá que rever o disposto em sua

¹⁶ *Curso de processo penal*, p. 360.

¹⁷ *Código de processo penal: comentários aos projetos de reforma legislativa*, p. 111.

Súmula 361, onde diz ser nulo o processo penal que conste exame realizado por um só perito. Seguindo ainda os passos da agilidade processual, o projeto retira da legislação a obrigatoriedade de, nos locais onde não haja perito oficial, somente ser realizada a perícia por pessoa portadora de diploma de curso superior. Com a reforma, bastará ser pessoa idônea. A previsão de que a pessoa idônea tenha habilitação técnica é apenas preferencial, mas não exclusiva.

Ponto também digno de louvor foi a observância, em amplo aspecto, do **princípio do contraditório**, ao permitir o § 3º, art. 159, do projeto que o MP, seu assistente, o querelante, o ofendido, o investigado e o ao acusado formulem quesitos e indiquem assistente técnico. Enfim, garantiu uma maior participação das partes na produção do material probatório, indo de encontro ao ideal democrático do novo processo penal.

O art. 212 do projeto, também na linha de agilização do processo, dispõe que o juiz não intermediará a inquirição às testemunhas, podendo as partes fazê-lo diretamente, embora o juiz continue como fiscal das indagações formuladas pelas partes.

Sem mais, eis nossa análise sobre os pontos do PL nº 4205/2001, relativos à Prova, que achamos importante comentar. Somos, portanto, pela aprovação do projeto, porque em afinidade com os princípios e normas constitucionais.

Fortaleza, 29 de janeiro de 2007

Paulo Napoleão Gonçalves Quezado
(Conselheiro Federal da OAB)

A VIDEOCONFERÊNCIA OU INTERROGATÓRIO *ON LINE*, SEUS CONTORNOS LEGAIS E A RENOVAÇÃO DO PROCESSO PENAL CÉLERE E EFICAZ

Rodrigo Carneiro Gomes

Delegado de Polícia Federal, Professor da
Academia Nacional de Polícia. Mestrando em Direito e Políticas
Públicas.

RESUMO: A videoconferência permite o atendimento da finalidade constitucional de ampla defesa e acesso do investigado, réu ou condenado ao seu advogado e ao Poder Judiciário e, com o aprimoramento de recursos tecnológicos, representa um claro avanço para o ordenamento jurídico pátrio que contribui para a desoneração do Estegado e do contribuinte, com aumento de segurança para os profissionais da área jurídica e da segurança pública, redução do risco de fugas e preservação de direitos e garantias individuais. O Estado garantista de direito assegura a presença de defensor; o direito de entrevista reservada e antecipada entre esse e o interrogando.

PALAVRAS-CHAVE: Videoconferência, interrogatório *online*, tempo real, segurança, riscos, garantias fundamentais, tecnologia.

ABSTRACT: The videoconferencing equipment allows to the attendance of the constitutional purpose of legal defense and access of the accused to its lawyer and Judiciary, with the improvement of technological resources, it clearly represents an advance for the native legal system, with increase of security for the professionals of the legal area and of the public security, reduction of the risk of escapes and individual preservation of rights and guarantees. The State of right assures the defender presence; the right of

private and previous interview before inquiring.

KEYWORDS: videoconferencing equipment, technological resources, security, escapes, defender presence.

SUMÁRIO: 1 Introdução - 2. Videoconferência para modernização do processo penal; 2.1. As vantagens e as desvantagens da adoção da Videoconferência; 2.2 O efeito da não-adoção da videoconferência: um caso prático; 2.3 Os princípios que devem ser lembrados na escolha de um modelo legal que discipline a videoconferência; 2.4 A admissibilidade da videoconferência com força probatória no ordenamento jurídico vigente - 3. Os Tribunais no exame de legalidade da videoconferência - 4. O Projeto de Lei que institucionaliza a videoconferência – 5. Conclusão – Referências.

1 INTRODUÇÃO

A atualização do Código de Processo Penal não acompanhou o dinâmico CPC com a metodologia idealizada de minirreformas, que abordaram desde o processo de conhecimento até o processo de execução.

Enquanto no processo penal ainda convivemos com o vetusto protesto por novo júri, no moderno processo civil, de tutelas antecipadas e eficácia das decisões judiciais, depara-se-nos mais de uma dezena de dispositivos que prevêm atos processuais por meios eletrônicos (art. 154), assinatura eletrônica de juízes (art. 164), citação, intimação, carta de ordem, precatória ou rogatória (arts. 221, IV, 234, parágrafo único, 202, § 3º) e penhora eletrônicos e sua averbação (arts. 655-A e 659).

A informatização dos meios de documentação e

investigação veio para atenuar o desgastante modo de vida do século XXI, reduzir gastos públicos e, principalmente, promover o acesso à Justiça pelas partes e seus advogados, com petições enviadas por *fax* ou *e-mail*, sem risco de perda de prazos, em razão de complicações decorrentes do deslocamento físico, como trânsito congestionado ou mau tempo.

As recentes operações da Polícia Federal incorporaram uma atuação operacional garantidora de direitos e liberdades individuais, com ampla participação de advogados que acompanham os interrogatórios, exercem a prerrogativa de entrevista prévia com seus clientes, juntam documentos, e ainda recebem, de acordo com o volume de informações reunidas na investigação, cópia de todos os procedimentos policiais, bem como daqueles de natureza cautelar, em *hardisk*.

2. VIDEOCONFERÊNCIA PARA MODERNIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL

No processo penal, a utilização de um outro meio eletrônico de produção de provas permanece controversa e encontra resistência em parte considerável dos operadores do direito: é a videoconferência, que tem suscitado acalorados debates. A primeira experiência nesse sentido teria sido realizada em 27.08.96¹, na cidade de Campinas (SP).

Na coluna semanal “Linha de Frente”, escrita pelo Juiz aposentado Walter Fanganiello Maierovitch para a Revista *Carta Capital*, em que é noticiada uma conversa tida pelo mafioso da Cosa Nostra, Bernardo Provenzano, com seu advogado, Salvatore Traina, está consignado: “Tudo foi

¹ <http://conjur.estadao.com.br/static/text/30461,1>

filmado, com interlocução por microfone e um vidro blindado a separá-los. Nos dias 2 e 5 maio, pelo sistema de videoconferência e em dois processos diversos, Provenzano será ouvido pela Justiça²". Portanto, o recurso da videoconferência é um instrumento célere, adotado internacionalmente.

2.1 Vantagens e desvantagens da adoção da videoconferência

Em prol do uso de sistemas informatizados para interrogatório a distância pesam fortes argumentos, como coibição de fugas e resgate de presos no transporte com escolta policial no trajeto presídio-fórum-presídio; celeridade processual; economia para os cofres públicos; realocação de policiais em suas funções primordiais de patrulhamento e garantia da ordem pública; inexistência de vedação legal e o fato de o CPP admitir a realização de qualquer meio de prova não proibido por lei.

Critica-se, por outro lado, a falta de contato físico entre réu e juiz e invoca-se o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), pois seria direito do réu preso ser conduzido, pessoalmente, à presença do juiz.

2.2 Efeitos da não-adoção da videoconferência: um caso prático

Do ponto de vista prático, e com observação da realidade social, da qual o bom magistrado nunca se distancia, lembramos que foi intensamente debatido, nos meios de comunicação, o passeio aéreo, com dois dias de

² <http://www.cartacapital.com.br/edicoes/2006/04/390/4463/>

duração, proporcionado a conhecido traficante, trasladado em confortável aeronave (na quase totalidade das operações policiais federais, recorre-se a aviões cargueiros para transporte de policiais) do presídio federal no Paraná para audiência no Rio de Janeiro, com estadia na Superintendência da Polícia Federal no Espírito Santo. Contabilizadas as despesas realizadas com transporte aéreo e hangar, diárias dos policiais da escolta e manutenção da aeronave, o gasto estimado é de 20 a 30 mil reais.

Diversas autoridades ligadas à segurança pública³ se manifestaram de forma contrária aos gastos efetuados. A pergunta é se o Brasil tem condições de suportar o pagamento da conta do “cliente”, diante de um quadro preocupante nas áreas da saúde, educação e do transporte, e de investimentos insuficientes no que toca à segurança pública, infra-estrutura e energia elétrica, agravada por sucessivos escândalos de corrupção. E há outros exemplos.

O Deputado Federal Otávio Leite (PSDB-RJ) promoveu levantamento que demonstra que, anualmente, são gastos 1,4 bilhão de reais com a escolta de criminosos em atendimento às imposições da Justiça. Em apenas um ano, a segurança de traficantes e bandidos superou em 14,5% o total de aplicações do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen) realizadas nos últimos seis anos (1,2 bilhões de reais)⁴.

³ <http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/0,,OI1415232-EI316,00.html>
<http://voxlibre.blogspot.com/2007/03/turismo-de-segurana-mxima.html#links>
<http://www.bonde.com.br/bondenews/bondenewsd.php?id=41&dt=20070303>
<http://www.estadao.com.br/ultimas/cidades/noticias/2007/mar/03/65.htm>

⁴ Disponível em: <http://contasabertas.uol.com.br>. Reportagem de Mariana Bragas, de 07.03.07.

Segundo veiculado na imprensa⁵, a escolta policial referida “mobilizou 50 agentes federais, 12 carros, nove motos e um avião”, no que foi nominado pelo Senador Demóstenes Torres (PFL-GO) de “turismo do Fernandinho Beira-Mar”.

A experiência com o interrogatório virtual não é louvada apenas pelos profissionais da área da segurança pública: policiais, magistrados e promotores. Em artigo publicado na Revista eletrônica *Consultor Jurídico*, o nobre Advogado criminalista Leopoldo Stefano, em relato pessoal sobre suas impressões em um caso que prestou assistência a réu preso para extradição (recolhido ao presídio de Itai (SP), cuja audiência foi realizada perante a 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Guarulhos (SP), com uso de videoconferência, pontuou⁶: “Muito embora nada se compare com a presença física e o contato pessoal entre juiz e acusado, a teleaudiência, pelo menos da forma como é feita, tenta reproduzir com a máxima fidelidade uma audiência real”.

2.3 Princípios que devem ser lembrados na escolha de um modelo legal que discipline a videoconferência

Passeios à parte, há uma série de princípios que devem ser interpretados em conjunto e sistematicamente, como o da eficiência, celeridade, economicidade, segurança pública, e valores como vida e patrimônio (risco de fuga, de resgate, acidente no transporte), principalmente quando o mesmo objetivo (oitiva do investigado/acusado) pode ser alcançado de forma menos onerosa e mais segura.

⁵ Correio Braziliense de 22.03.07, p. 14.

⁶ Louveira, Leopoldo Stefano Leone. Experiência mostra vantagens de interrogatório virtual. Revista *Consultor Jurídico*, 12/06/07. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/56454,1>

Por esses princípios, a alegação de falta de contato físico com o juiz perde força, uma vez que o preso em unidade da federação diversa pode ser ouvido por carta precatória, sem ter contato com o juiz da instrução, que julgará a ação penal.

Também há que ser preservado o sagrado direito constitucional de o preso ser interrogado judicialmente, cabendo ao magistrado a decisão de fazê-lo pessoalmente (frente a frente), designar a realização por videoconferência ou deprecar o ato ao juízo da comarca competente, sendo o caso.

É condição de validade do interrogatório *online* a prévia intimação do réu e do seu defensor.

2.4 Admissibilidade da videoconferência com força probatória no ordenamento jurídico vigente

A Convenção de Palermo (art. 18, item 18 do anexo do Decreto nº. 5.015, de 12.03.04) dispõe que quando houver necessidade de oitiva por autoridade judicial de uma pessoa de outro país, na qualidade de testemunha ou perito, poderá ser requerida sua audição por videoconferência. Os países-partes ainda podem acordar em que a audição seja conduzida por autoridade judicial do país requerente, assistida por outra do país requerido. Nada impede que idêntica sistemática seja adotada em relação ao suspeito, indiciado ou réu, respeitada a autoridade dos juízes, a soberania dos países, garantias e direitos individuais.

A videoconferência é recurso eletrônico previsto em diversos tratados internacionais, podendo-se citar o tratado de cooperação jurídica em matéria penal entre o Brasil e a Suíça.

Destaque-se que a Convenção de Palermo – Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – é posterior ao Pacto de San José da Costa Rica (Decreto nº. 678, de 06.11.92⁷) e, portanto, prevalecem

no ordenamento jurídico as regras previstas no art. 18, item 18 do anexo do Decreto nº. 5.015/04, já que se trata de direito interno superveniente.

Veja-se que o Pacto de San José da Costa Rica não é categórico quanto ao interrogatório do preso ser realizado, imprescindivelmente, na presença física do juiz (art. 7º, itens 5 e 6) nem elenca tal condição entre as garantias mínimas do art. 8º.

O Estatuto de Roma do Tribunal Pleno Internacional admite a produção de provas por meios eletrônicos (artigo 68, nº. 2 e artigo 69, nº. 2), na parte que versa sobre a proteção das vítimas e das testemunhas e sua participação no processo.

Com efeito, dispõe o artigo 69, nº. 2: “[...] de igual modo, o Tribunal poderá permitir que uma testemunha preste declarações oralmente ou por meio de gravação em vídeo ou áudio...”.

A Lei Estadual paulista nº. 11.819/05⁸ e a Lei

⁷ Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22/11/69. O Brasil depositou a carta de adesão em 25/09/92, aprovada pelo Decreto Legislativo nº. 27/92, e promulgada pelo Decreto nº. 678, de 06/11/92. A jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi reconhecida com a aprovação do Decreto Legislativo nº. 89/98 e a promulgação do Decreto nº. 4.463, de 08/11/02.

⁸ Lei nº. 11.819, de 5 de janeiro de 2005 – Dispõe sobre a implantação de aparelhos de videoconferência para interrogatório e audiências de presos a distância. O Governador do Estado de São Paulo: Faço saber que a Assembléia Legislativa decreta e eu promulgo a seguinte lei:

Art. 1º Nos procedimentos judiciais destinados ao interrogatório e à audiência de presos, poderão ser utilizados aparelhos de videoconferência, com o objetivo de tornar mais célere o trâmite processual, observadas as garantias constitucionais.

Art. 2º O Poder Executivo regulamentará esta lei no prazo de 90 (noventa) dias, contados a partir da sua publicação.

Art. 3º As despesas decorrentes da execução desta lei correrão à conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Estadual fluminense nº. 4.554/05⁹ admitem a oitiva de testemunhas por videoconferência. Em 21.03.07, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal manteve a redação originária do Projeto de Lei nº. 139/06, que havia sido modificado na Câmara dos Deputados (PL nº. 7.227/06 – altera o art. 185 do CPP), com vistas a permitir o uso da videoconferência para interrogatório de presos e depoimento de testemunhas, a critério do juiz.

A Lei nº. 11.419, de 19.12.06, que dispôs sobre a informatização do processo judicial (sem especificar se a ação é penal ou civil), promoveu alterações no CPC ao instituir as pautas eletrônicas, o Diário da Justiça eletrônico, citações, intimações, cartas precatórias e rogatórias e transmissão de petições, tudo por meio eletrônico, bem como a procuração digital e a assinatura eletrônica, com base em certificado emitido por autoridade certificadora credenciada. Ressalvou, contudo, a citação em ação penal, que permanece pessoal (art. 6º).

Referindo-se ao processo judicial em geral, a Lei nº. 11.419/06 estabeleceu que as cartas precatórias, rogatórias, de ordem e, de um modo geral, todas as comunicações oficiais que transitem entre órgãos do Poder Judiciário, bem como entre os deste e os dos demais Poderes, serão feitas preferentemente por meio eletrônico (art. 7º). É inevitável, portanto, a harmonização do processo penal com o processo civil, mediante a adoção do processo judicial eletrônico – prática reiterada nos juizados especiais, como meio de garantir celeridade à ação penal e por que não do inquérito policial – e, inclusive, da videoconferência.

No direito comparado, temos a Lei italiana nº. 11, de 07/01/98, que trata da videoconferência (participação processual à distância), promulgada para reduzir o deslocamento de presos e obter economia processual.

⁹ Publicada em 2 de junho de 2005.

3. OS TRIBUNAIS E O EXAME DA LEGALIDADE DA VIDEOCONFERÊNCIA

A ementa do acórdão proferido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal nos autos do HC nº. 86.634-SP, impetrado por Luiz Fernando da Costa (Fernandinho Beira-Mar), de que foi Relator o Ministro Celso de Mello, DJ 23.02.07, consigna que:

(...) O acusado, embora preso, tem o direito de comparecer, de assistir e de presenciar, sob pena de nulidade absoluta, os atos processuais, notadamente aqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal, que se realiza, sempre, sob a égide do contraditório. São irrelevantes, para esse efeito, as alegações do Poder Público concernentes à dificuldade ou inconveniência de proceder à remoção de acusados presos a outros pontos do Estado ou do País, eis que razões de mera conveniência administrativa não têm – nem podem ter – precedência sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e respeito ao que determina a Constituição. Doutrina. Jurisprudência.

O direito de audiência, de um lado, e o direito de presença do réu, de outro, esteja ele preso ou não, traduzem prerrogativas jurídicas essenciais que

derivam da garantia constitucional do *due process of law* e que asseguram, por isso mesmo, ao acusado, o direito de comparecer aos atos processuais a serem realizados perante o juízo processante, ainda que situado este em local diverso daquele em que esteja custodiado o réu. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos/ONU (Artigo 14, nº. 3, *d*) e Convenção Americana de Direitos Humanos/OEA (Artigo 8º, § 2º, *d e f*).

Essa interpretação, *data venia*, traz óbices de difícil contorno à cooperação jurídica internacional e ao combate à criminalidade organizada.

O mencionado aresto não pacificou a tese no seio do STF. Decisões proferidas pelo Ministro Gilmar Mendes (HC nº. 90.900-SP) e pela Ministra Ellen Gracie (HC nº. 91.859-SP) divergiram, em sede de liminar, daquele posicionamento.

O Superior Tribunal de Justiça (HC nº. 76.046-SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 28.05.07 p. 380) reafirmou, recentemente, a tese de legalidade e constitucionalidade do meio eletrônico da videoconferência como meio de prova:

A estipulação do sistema de videoconferência para interrogatório do réu não ofende as garantias constitucionais do réu, o qual, na hipótese, conta com o auxílio de dois defensores, um na sala de audiência e outro no presídio.

No mesmo sentido, os seguintes julgamentos do

STJ: RHC nº. 15.558-SP, DJ 11.10.04; HC nº. 34.020-SP, DJ 03.10.05; RHC nº. 6.272-SP, DJ 05.05.97; RHC nº. 15.558, DJ 11.10.04.

4. PROJETO DE LEI QUE INSTITUCIONALIZA A VIDEOCONFERÊNCIA

Em 07.03.07, a Câmara dos Deputados aprovou o projeto de lei (PL nº. 7.227/06) originário do Senado Federal (PLS 139/06¹⁰) que torna regra geral o uso da videoconferência nos interrogatórios e audiências de presos e testemunhas, com a participação do juiz, do acusado preso e de seu advogado.

Referido projeto de lei foi devolvido ao Senado Federal, que o recebeu como Emenda da Câmara dos Deputados (SCD nº. 139, de 13.03.06) e aprovou o relatório do Senador Romeu Tuma, no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça, mantida a redação original da proposta.

Para o Deputado Federal Otávio Leite, “se o projeto virar lei, poderemos ter uma economia superior a R\$ 1 bilhão. Só para citar o exemplo de São Paulo, cada escolta de preso custa cerca de R\$ 2.500,00, entre uso de viaturas

¹⁰ Segundo a justificativa do autor do PL, Senador Tasso Jereissati, “o projeto de lei em tela visa ao chamado “turismo judiciário”, em que o preso precisa ser freqüentemente deslocado para o tribunal, ou o próprio magistrado deslocar-se ao estabelecimento penal. A alteração feita pela Lei nº. 10.792, de 2003, no art. 185 do Código de Processo Penal (CPP), que tornou a ida do magistrado ao presídio regra no interrogatório judicial, não vem sendo aplicada na prática. (...) É um contra-senso exigir que o magistrado se dirija ao estabelecimento penal num país em que os presídios são dominados e governados por organizações criminosas, como o CV e o PCC”.

e recursos humanos. Para se ter uma idéia, São Paulo executa 7 mil escoltas por semana, o que dá um gasto de R\$ 840 milhões ao ano, porque o Estado tem a metade da população carcerária do País”.

Por isso mesmo, a conversão da proposta em lei trará como consequência economia processual e a liberação de policiais da escolta do transporte do preso para o patrulhamento de ruas e a proteção da população.

5. CONCLUSÃO

A utilização de recursos tecnológicos como a videoconferência se constitui um avanço no ordenamento jurídico pátrio, visto que contribui para a desoneração do Estado e do contribuinte; o melhoramento da segurança pública e, principalmente, para o aumento da segurança dos profissionais da área jurídica; a redução do risco de fugas e, ainda, para a preservação de direitos e garantias fundamentais.

Não pode ser desconsiderada a realidade enfrentada pela nação quanto à falta de recursos e deficiente estrutura material e humana, mostrando-se avessa ao uso da tecnologia empregada para simplificar rotinas e agregar segurança às relações modernas.

O que a sociedade brasileira precisa é ser informada de que enquanto a criminalidade se especializa, se organiza, se articula, corrompe, mata e recorre a todo tipo de expediente ilegal, o Estado permanece restrito à observância do rigorismo legal e das formalidades.

Sem dúvida, a videoconferência permite o atendimento da finalidade constitucional de ampla defesa e acesso do investigado, réu ou condenado ao seu advogado e ao Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *As nulidades no processo penal*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2001.
- HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Leone. Experiência mostra vantagens de interrogatório virtual. *Revista Consultor Jurídico*, 12/06/07. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/56454,1>. Acesso em 18 jul. 2007.
- MIRABETE, Julio Fabrini. *Código de Processo Penal – interpretado*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- PACELLI OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- ROXIN, Claus *Derecho Penal - Parte General*. Madrid: Civitas, 1992, t.I.

The concept of legal competence

Torben Spaak

Associate Professor of Law,
University of Uppsala (Sweden)

1 Introduction

In everyday language the term ‘competence’ has at least two different meanings: ‘competence’ can mean *proficiency* or *authorization*. A person can be a competent decision maker in the sense that as a rule he makes good and right decisions, but he can also be competent in the sense that he has the authority to make certain kinds of decision. ‘Competence’ understood as authorization is a normative concept, in the sense that a person has competence by virtue of a norm and that the exercise of competence changes a person’s normative position. Our concern here is of course with competence in the sense of authorization.

I use, as the reader will have noticed, the term ‘legal competence’ and not the term ‘legal power’ to designate the concept in question, and in doing so I follow what might perhaps be called a Scandinavian tradition within the philosophy of law. As Lars Lindahl has pointed out, British and American writers prefer the term ‘power’, while Scandinavian, Continental-European and Latin American writers speak rather of ‘competence’.

Why should the concept of legal competence interest lawyers and legal philosophers? The answer is that we need a competence concept in order to adequately

analyze and discuss questions of legal (in)validity. For, as we shall see, competence is a necessary condition for validity: only a competent person can change a legal position.

I should like to point out at the outset that we are not primarily interested here in the conditions that must be fulfilled for a person to be said to have competence, but in what it *means* that he has competence: we want to know what that person has who has competence. That is to say, we want a legal consequence definition of the concept of competence. The competence concept thus conceived can be sought out in at least two different ways: we can (i) study the way legal practitioners make use of the concept in their argumentation, or we can (ii) study what legal scholars and philosophers have said about the concept. I believe the latter alternative is preferable, as it is rather unclear how legal practitioners conceive of the competence concept, if they make use of it at all. Let us therefore begin by taking a brief look at what some distinguished legal scholars have said about this concept.

Wesley Hohfeld distinguished eight legal concepts that he thought of as being fundamental in legal thinking. Among these concepts was the concept of legal competence, or, as Hohfeld said, the concept of legal *power*:

A change in a given legal relation may result (1) from some superadded fact or group of facts not under the volitional control of a human being (or human beings), or (2) from some superadded fact or group of facts which are under the volitional control of one or more human beings. As regards the second class of cases, the person (or persons) whose volitional control is paramount may be said to have the (legal) power to effect the particular change of legal relations that is involved in the problem.

Hans Kelsen, too, analyzed the concept of legal competence (*Ermächtigung*). The following statement illustrates his views on this concept:

“Die normative Funktion des Ermächtigens bedeutet: einem Individuum die Macht verleihen, Norme zu setzen und zu anwenden. Eine Moralnorm ermächtigt den Vater, seinem Kind verbindliche Befehle zu geben. Eine Rechtsnorm ermächtigt bestimmte Individuen Rechtsnormen zu erzeugen oder Rechtsnormen anzuwenden. In diesen Fällen sagt man: das Recht verleihe bestimmten Individuen eine Rechtsmacht... Ein nicht dazu ermächtigtes Individuum kann nicht Recht erzeugen oder Recht anzuwenden. Seine Akte haben objektiv nicht den Charakter von Rechtserzeugung oder Rechtsanwendung, auch wenn sie subjektiv in dieser Absicht erfolgen. Ihr subjektiver Sinn ist nicht ihr objektiver Sinn. Diese Akte haben – wie man sagt – keine Rechtswirkung, sie sind nichtig, d.h. rechtlich nicht vorhanden.”

Another legal philosopher who concerned himself with the concept of legal competence was Alf Ross, who stated the following about this concept:

“Competence is the legally established ability to create legal norm (or legal effects) through and in accordance with enunciations to this effect. Those enunciations in which competence is exercised are called *actes juridiques*, or *acts-in-the-law*, or in private law, *dispositive declarations*. Examples are: a promise, a will, a judgment, an administrative license, a statute. An *act-in-the-law* is, like moves in chess, a human act which nobody can perform as an exercise of his natural faculties.... Since a norm of competence *ultra vires* (outside the scope of the competence) no legal norm is created. This is expressed by saying that the intended *act-in-*

the-law ins invalido r that no-compliance with a norm of competence results in invalidity.”

H.L.A. Hart also took an interest in the concept of legal competence, or, as he said, the concept of legal power. Criticizing John Austin’s theory of law, he pointed out that it could not account for the existence of power-conferring rules, that is, rules that “...provide individuals with facilities for realizing their wishes, by conferring legal power upon them to create, by certain specified procedures and subject to certain conditions, structures of rights and duties within the coercive framework of the law.”

We see that these authors are generally in agreement about at least the following three points: (1) *one who has competence has a possibility of changing legal positions*. To be sure, one could say with several of the writers quoted above, that the competent person has an *ability* or a *power* (*Macht*) to change legal positions. I choose, however, to say that he has a *possibility*, because I believe the terms ‘ability’ and ‘power’ primarily have to do with physical and mental qualities, while the term ‘possibility’ could be used to designate, for example, a relation between a person and an event, and therefore may well be used in norm-ative as well as non-normative language.

(2) *There is a close relation between the concepts of competence and (in)validity*. At least Kelsen, Hart and Ross seem to think that competence is a necessary condition for validity, but the same can probably be said of Hohfeld, too. In saying that the competent person has the possibility of changing legal positions, they indicate that to their minds only valid acts change legal positions. In many cases of (in)validity the question arises whether or not the agent was competent.

(3) *The agent changes legal positions by performing a special kind of act.* In the quotations above only Ross says explicitly that it is a question of a special kind of act, namely an act-in-the-law, but it seems that the other writers, too, believe that competence is exercised by the performance of a special kind of act. I will call this type of act a C-act (a competence-exercising act).

It should be emphasized, though, that the agent does not have competence in general terms, but only in a certain, defined respect. For our purposes it is therefore convenient to conceive of the competence relation a two-place relation: it is always a certain person who has competence in a certain respect. In this respect, the concept of competence resembles concepts like 'owner', 'father', and 'brother'. An owner is the owner of something, a father is a father of someone, and a brother is a brother of someone. A statement of the type

(1) *p* has competence

is consequently elliptical and should be understood in the following way:

(1*) *p* has the competence to bring about that *x*,

where *x* stands for a statement formulated in terms of Hohfeld's fundamental legal concepts. This makes it possible to distinguish between those cases where agent, by performing a C-act, (i) brings about the intended change of position, (ii) brings about some other change of position, and (iii) does not bring about any change of position at all. When the agent, by performing a C-act, brings about the intended change of position, we say that he *exercises his competence*.

In light of the said, I propose the following tentative

definition of the concept of competence (p is any person, LP is any legal position, and a is any C-act):

(D.1) p has the competence to change LP if, and only if, there is an a such that p has the possibility, by performing a , of changing LP .

The concept of competence thus conceived constitutes a lowest common denominator for the competence concepts of positive law, such as *Geschäftsfähigkeit*, *Prozessfähigkeit*, and *Kompetenz*. The difference between the (general) concept of competence expressed in (D.1) and the competence concepts of positive law just mentioned is that the content of the latter are more specific in that they concern only, say, private law or the law of procedure.

2. To Have Competence

To have competence, then, is to have the possibility, by performing a special kind of act, to change legal positions. To gain a better understanding of the nature of this possibility, we may distinguish between (i) competence as permission, (ii) competence as a practical possibility, and (iii) competence as (what we might call) a hypothetical possibility. Let us treat these notions in this order.

To conceive of competence as a special case of *permission* is simply a mistake. Writers who maintain that competence should be analyzed in terms of permission seem to be saying either (a) that competence *is* a permission, or (b) that competence *presupposes* permission. The first alternative is difficult even to understand, and the second alternative does not comport with the facts. For we all know that a thief can sell stolen goods to a bona fide purchaser without being permitted to do so, and a person who is authorized to act on behalf on another can – but may not- act

contrary to his instructions.

To conceive of the competence person's possibility to change legal positions as a special case of practical possibility does not comport with the facts wither. Lindahl suggests that Hohfeld thought of the competent person's ability or possibility to change legal positions along the lines of a practical possibility, but I believe instead that Hohfeld – like almost every lawyer – thought of this ability or possibility along the lines of a hypothetical possibility.

I believe instead that the correct understanding of the concept of possibility used in the definition of the competence concept above is alternative (iii): to have competence is to have a *hypothetical possibility* in the following sense: *if* the agent (in an adequate situation) performs a C-act (and thus goes about it in the right way), he *will* bring about the intended change of position. And this is fully consistent with his not having the practical possibility to perform the C-act, perhaps because of physical impediment. I therefore suggest the following, final definition of the concept of legal competence:

(D.2) *p* has the competence to change *LP* if, and only if, there is an *a* and an *S* such that if *p* in *S* performs *a*, and thus goes about it in the right way, *p* will, through *a*, change *LP*.

3. To Exercise Competence

To have competence is one thing, to *exercise* it is another thing. There are, however, a number of different ways in which a person can change legal positions, and the trick is to distinguish between those changes that result from the agent's exercise of his competence and those changes that result from his exercise of his general ability or power of

changing legal positions. To begin with, we need to distinguish between competence and *Deliktsfähigkeit*, that is the possibility of changing one's legal position by committing a crime or tort. The reason is that whereas competence has been conferred on a person in order to give him the possibility of changing legal positions, the possibility of committing a delict is only a side effect of the aim of preventing certain types of act from ever being performed. Second, we need to distinguish between competence and the possibility of changing one's legal position in regard to taxes and social benefits, among other things, by moving from one city to another. For the reason the law makes people's legal position to a certain extent dependent on their place of domicile is not that one wants to give them the possibility of bringing about the intended change of position by moving, but that it is generally reasonable that a person pays his taxes etc. where he lives. Thus, the same reasons that speak for *Deliktsfähigkeit* being kept out of the concept of competence also speak for certain other ways changing legal positions being kept outside of this concept.

We have seen *why* we should delimit the concept of competence. There remains the question *how* we should go about doing that. I suggest that what is important is the agent's *mode of action* when bringing about the change of position. We can express this by saying that the agent exercises his competence by performing a C-act. More specifically, the performance of a C-act constitutes a sufficient as well as a necessary condition for the legal effect. Hence if (and only if) we know when a person has performed a C-act, we know when he exercises (or tries to exercise) competence. That is to say, C-acts are our only clues in the search for legal

effect; and this means that it is important that we are clear about their characteristics.

What, then, is a C-act? I suggest that a C-act is an action that depends for its legal effect on having been performed with the (actual or imputed) intent to bring about the said effect. As Neil MacCormick puts it, “[p]ower is conferred by a rule when the rule contains a condition which is satisfied only by an act performed with the (actual or imputed) intention of invoking the rule.” On a broad understanding of the concept of a declaration of intention, we might say that the agent exercises his competence by performing a declaration of intent, a *Willenserklärung*.

4. Types of Competence

There are different types of legal competence. The most common and also the most conspicuous distinction is doubtless that between *autonomous* competence, which is a competence to change legal positions in a way that binds the competent person himself, and *heteronomous* competence, which is competence to change legal positions in a way that binds others. This distinction exists in two different versions, and it is also somewhat unclear in other respects. Kelsen, for example, makes a distinction between two ways of creating norms. Alf Ross, on the other hand, makes a distinction between private autonomy and public authority, which distinction rests, or seems to rest, on four distinct criteria of distinction. I believe, however, that we are justified, in treating Kelsen’s and Ross’ distinctions as version of the same distinction, and that the important issue is whether or not the agent can obligate other persons without their consent.

The distinction between autonomous and

heteronomous competence thus conceived is clearly morally relevant. Whereas a person's competence to obligate himself rarely gives rise to moral difficulties, a person's competence to obligate others typically does. In the final analysis, the existence of heteronomous competence concerns the question of the legitimacy of the legal system and therefore the relation between law and morality.

Other writers make a distinction between norm-creating and regulative competence. Like the distinction between autonomous and heteronomous competence, this distinction exists in two different versions and is also somewhat unclear in other respects. Crudely put, *norm-creating* competence is a competence to create norms, whereas *regulative* competence is competence to change legal positions without creating norms. As examples of norm-creating competence one might mention legislative power; as examples of regulative competence, one might mention the government's competence to declare a state of emergency and its competence to appoint judges, and a clergyman's competence to marry a couple.

While the distinction between norm-creating and regulative competence is less interesting from a moral point of view than the distinction between autonomous and heteronomous competence, it is more interesting from a theoretical point of view. What is really interesting about this distinction is the precise nature of regulative competence. Joseph Raz maintains that regulative competence governs the application of pre-existing norms. But, one might ask, to what extent, if any, can one change a legal position without creating, modifying, or repealing a legal competence. But perhaps we gain little by delving deeper into this problem.

For it is true that physical violence and the birth and death of human beings, and why, one might ask, should precisely those acts where the agent exercises regulative competence be seen as especially problematic? I am thus inclined to believe that it suffices to note that to exercise regulative competence is to change legal positions, not by creating norms, but – normally – by uttering legally relevant performatives, which does not exclude that the competent person can create norms by uttering a performative.

Finally, it is worth noting that having competence does not entail having a right. A judge may have competence to try certain types of case while being under an obligation to exercise this competence when a case of the relevant type is brought before him, and we have seen that a thief has the competence to sell stolen goods to a bona fide purchaser even though he is not permitted to do so. In neither case does the competent person have a right. This is enough to show that having competence does not entail having a right.

5. Norms that Confer Competence

So far we have not said anything about how competence is conferred on the agents. It is obvious that the competent person receives his competence from the legal order, and it is reasonable to assume that legal norms of some type confer it on him. The question is whether or not we have to reckon with a special type of legal norms, whose sole function is to confer competence on persons. More specifically, we should ask whether norms that confer competence should be understood as *duty-imposing norms* addressed to legal officials, or as special *competence norms*

whose sole function is to confer competence, and which are addressed directly to the competence-holders. A duty-imposing norm conferring competence would be addressed to the legal officials, imposing a duty on them to recognize as legally valid certain changes of legal positions brought about in a certain way in a certain situation by a certain category of persons. That is, such a norm would confer competence on a person, p , by imposing an obligation on another person, q , to recognize that p , by performing a certain type of act, a , in a certain type of situation, S , changes a legal position, LP . A competence norm, on the other hand, would be addressed to the competence-holders themselves, saying that they, by performing a certain kind of act in a certain kind of situation, can bring about a certain change of legal positions. That is, such a norm would confer competence on p by giving p the possibility, by performing a in S , to change LP . As should be clear, the former type of norm would confer competence on a person indirectly by imposing a duty on the legal officials, whereas the latter type of norm would confer competence on him directly without imposing a duty on anyone.

My view is that norms conferring competence are best understood as duty-imposing norms addressed to legal officials, and that so-called competence norms are best understood as fragments of such duty-imposing norms. The reason is that duty-imposing norms but not competence norms are (complete) norms in the sense that they give (complete) reasons for action.

O CONCEITO DE COMPETÊNCIA NORMATIVA^{1, 2}

*Torben Spaak*³

1. Introdução

Na linguagem cotidiana, o termo “competência” possui, no mínimo, dois diferentes significados: “competência” pode significar *proficiência* ou *autorização*. Uma pessoa pode ser competente para criar decisões no sentido de que, em regra, ela toma decisões boas e corretas, mas ela também pode ser competente no sentido de possuir a autorização de realizar certos tipos de decisão. A compreensão de “competência” como autorização é um conceito normativo, no sentido de que uma pessoa tem competência em virtude de uma norma e que o exercício dessa competência modifica a posição normativa de tal pessoa. Nosso interesse aqui é, obviamente, a competência no sentido de autorização.

Eu uso, como o leitor irá observar, o termo “competência normativa” e não o termo “poder normativo” para designar o conceito em questão, e, assim fazendo, sigo aquilo que pode ser chamado de tradição escandinava dentro da Filosofia do Direito. Conforme observações de

¹ O presente artigo é uma tradução direta da língua inglesa elaborada por Felipe Oliveira de Sousa, estudante da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC) e bolsista do programa PIBIC-UFC.

² Notas do tradutor: para privilegiar, ao máximo, os traços característicos do autor, procurou-se, ao longo desta tradução, manter as citações e alguns termos tal qual foram colocados pelo professor Spaak no trabalho original.

³ Professor Associado de Direito da Universidade de Uppsala (Suécia).

Lars Lindahl, os escritores britânicos e americanos preferem o termo “poder”, enquanto os escritores escandinavos, europeus continentais e latino-americanos se referem mais comumente à “competência”⁴.

Por que o conceito de competência normativa deve interessar aos advogados e filósofos do direito? A resposta é que precisamos de um conceito de competência para analisar e discutir adequadamente questões sobre (in)validade jurídica⁵. Assim, como veremos, competência é uma condição necessária para a validade: somente uma pessoa competente pode modificar uma posição normativa.

Gostaria de apontar, logo de início, que não estamos inicialmente interessados aqui nas condições que devem ser preenchidas para que seja possível afirmar que uma pessoa tem competência, mas em o que significa ela a ter: nós queremos saber *o que é que a pessoa que tem competência tem*. Isso quer dizer que queremos uma definição do ponto de vista da consequência jurídica para o conceito de competência. Tal conceito, desse modo concebido, pode ser compreendido, no mínimo, a partir de duas diferentes formas: podemos (i) estudar a maneira como os operadores do direito fazem uso de tal conceito em suas argumentações, ou podemos (ii) estudar o que os filósofos e os estudiosos têm dito sobre esse conceito. Creio que é preferível a última alternativa, já que é um tanto obscura a maneira pela qual os operadores do direito compreendem o conceito de competência. Deixem-nos começar, então,

⁴ Lars Lindahl, *Position and Change* 194 (1977).

⁵ Isso tem sido enfatizado por Svein Eng. Veja Svein Eng, *Begrepenne “kompetanse” og “gyldighet” i juridisk argumentation*, *Tidsskrift for rettsvitenskap* 625, 669-70 (1990).

pela observação daquilo que alguns renomados estudiosos do direito têm dito sobre o assunto.

Wesley Hohfeld distinguiu oito conceitos normativos que considerou serem fundamentais ao pensamento jurídico. Dentre eles está o conceito de competência normativa, ou, como Hohfeld apontou, o conceito de *poder* normativo:

“Uma modificação em uma dada relação jurídica pode resultar em (1) de um fato superveniente ou de um grupo de fatos que não estão sob o controle volitivo de um ser humano (ou de seres humanos), ou (2) de algum fato superveniente ou de um grupo de fatos que estão sob o controle volitivo de um ou mais seres humanos. Como se considera na segunda classe de casos, pode-se dizer que a pessoa (ou as pessoas) cujo controle volitivo é superior tem o poder (normativo) para produzir a modificação particular de relações jurídicas que está envolvida no problema.⁶”

Hans Kelsen, também, analisou o conceito de competência normativa (*Ermächtigung*). A passagem seguinte ilustra as suas idéias sobre tal conceito:

⁶ Wesley Newcomp Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* 21 (David Campbell & Philip Thomas eds. 2001).

“Die normative Funktion des Ermächtigens bedeutet: einem Individuum die Macht verleihen, Norme zu setzen und zu anwenden. Eine Moralnorn ermächtigt den Vater, seinem Kind verbindliche Befehle zu geben. Eine Rechtsnorm ermächtigt bestimmte Individuen Rechtsnormen zu erzeugen oder Rechtsnormen anzuwenden. In diesem Fällen sagt man: das Recht verleihe bestimmten Individuen eine Rechtsmacht... Ein nicht dazu ermächtigtes Individuum kann nicht Recht erzeugen oder Recht anzuwenden. Seine Akte haben objektiv nicht den Charakter von Rechtserzeugung oder Rechtsanwendung, auch wenn sie subjektiv in dieser Absicht erfolgen. Ihr subjektiver Sinn ist nicht ihr objektiver Sinn. Diese Akte haben – wie man sagt – keine Rechtswirkung, sie sind nichtig, d.h. rechtlich nicht vorhanden.^{7, 8}”

⁷ Tal passagem foi mantida em sua língua original por dois motivos principais: (a) por ter sido, na versão original deste trabalho, a opção do professor Spaak, e (b) por envolver conceitos bastante específicos que, dificilmente, teriam alguma tradução equivalente no português, ou em qualquer outro idioma.

⁸ Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen* 82 (K. Ringhofer & R. Walter, eds. 1979).

Outro filósofo do direito que se dedicou aos estudos do conceito de competência normativa foi Alf Ross, que escreveu:

“Competência é a habilidade juridicamente estabelecida para criar norma jurídica (ou efeitos jurídicos) através e de acordo com enunciações para esse efeito. Essas enunciações em que a competência é exercida são chamadas *actes juridiques*, ou *acts-in-the-law*, ou, no Direito Privado, declarações dispositivas (*dispositive declarations*). Exemplos são: uma promessa, um testamento, um julgamento, uma licença administrativa, um estatuto. Um *act-in-the-law* é, assim como os movimentos no xadrez, um ato humano que ninguém pode performar como um exercício de suas habilidades naturais... A partir do momento em que uma norma de competência prescreve as condições para a criação de uma norma é uma tautologia dizer que se uma tentativa é feita para exercer competência *ultra vires* (fora do objetivo da competência) nenhuma norma jurídica é criada. Isso é expresso ao

dizer-se que o pretendido *act-in-the-law* é inválido ou que a não-conformidade com uma norma de competência resulta em invalidade.⁹
10”

H.L.A. Hart também mostrou interesse no conceito de competência normativa, ou, como ele mesmo disse, no conceito de poder normativo. Criticando a teoria do direito de John Austin, Hart esclareceu que tal conceito não poderia ser o responsável pela existência de regras que outorgam poder (*power-conferring rules*), isto é, regras que “...concedem aos indivíduos facilidades para a realização de seus desejos, em outorgando poderes normativos a eles para criar, através de determinados procedimentos específicos e sob certas condições, estruturas de direitos e de obrigações dentro de um campo coercitivo do direito.”¹¹

Observamos que tais autores estão geralmente de

⁹ “Competence is the legally established ability to create legal norm (or legal effects) through and in accordance with enunciations to this effect. Those enunciations in which competence is exercised are called *actes juridiques*, or *acts-in-the-law*, or in private law, *dispositive declarations*. Examples are: a promise, a will, a judgment, an administrative license, a statute. An *act-in-the-law* is, like moves in chess, a human act which nobody can perform as an exercise of his natural faculties.... Since a norm of competence *ultra vires* (outside the scope of the competence) no legal norm is created. This is expressed by saying that the intended *act-in-the-law* is invalid or that non-compliance with a norm of competence results in invalidity.”

¹⁰ Alf Ross, *Directive and Norms* 130 (1968).

¹¹ “...provide individuals with facilities for realizing their wishes, by conferring legal powers upon them to create, by certain specified procedures and subject to certain conditions, structures of rights and duties within the coercive framework of the law.”

acordo sobre, ao menos, os seguintes três pontos:

(1) *alguém que tem competência tem uma possibilidade de modificar posições normativas.* Para firmar tal idéia, pode-se afirmar, juntamente com os escritores citados acima, que a pessoa competente possui uma *habilidade* ou um *poder (Macht)* para modificar posições normativas. Prefiro, no entanto, dizer que tal pessoa tem uma *possibilidade*, pois creio que os termos “habilidade” e “poder” inicialmente se relacionam com qualidades físicas e mentais, enquanto que o termo “possibilidade” pode ser usado para designar, por exemplo, uma relação entre uma pessoa e um evento, possuindo, portanto, uma boa aplicação tanto na linguagem normativa, como na não-normativa.

(2) *Há uma relação próxima entre os conceitos de competência e de (in)validade.* Pelo menos Kelsen, Hart e Ross parecem pensar que a competência é uma condição necessária à validade, mas o mesmo pode provavelmente ser dito de Hohfeld. Ao dizerem que a pessoa

competente tem a possibilidade de modificar posições normativas, eles indicam em seus pensamentos que somente atos válidos modificam posições normativas. Em muitos casos de (in)validade a questão emerge sendo ou não o agente competente.

(3) *O agente modifica posições normativas ao performar um tipo especial de ato.* Nas citações acima somente Ross se refere explicitamente a essa questão de um tipo especial de ato, o *act-in-the-law*, mas também parece que os demais autores acreditam que a competência é exercida através da realização de um tipo especial de ato. Irei denominá-lo de ato-C (*C-act – a competence-exercising act*).

Deve ser enfatizado, contudo, que o agente não possui competência em termos gerais, mas somente em um certo, definido aspecto. Para nossos propósitos, é, portanto, conveniente conceber a relação de competência como sendo uma relação de dois pólos: há sempre uma pessoa que tem competência em certo aspecto. Dentro dessa premissa, o conceito de competência se assemelha a conceitos como “dono”, “pai” e “irmão”. Um dono é o dono de alguma coisa, um pai é o pai de alguém, e um irmão é o irmão de alguém.

Um enunciado do tipo:

(1) p tem competência é, conseqüentemente, elíptico e deve ser entendido desse modo:

(1*) p tem a competência de causar x ,

onde x representa um enunciado formulado nos termos dos conceitos normativos básicos de Hohfeld. Isso faz com que se torne possível distinguir entre aqueles casos onde o agente, performando um ato-C, (i) causa a pretendida modificação de posição, (ii) causa alguma outra modificação de posição, e (iii) não causa nenhuma modificação de posição. Quando o agente, performando um ato-C, causa a pretendida modificação de posição, diz-se que ele está exercendo a sua competência.

À luz do que vem sendo dito, proponho a seguinte tentativa de definição do conceito de competência (p é qualquer pessoa, PN é qualquer posição normativa, e a é qualquer ato-C):

(D.1) p tem a competência de modificar PN se, e somente se existe um a tal que p tem a possibilidade de, em performando a , modificar PN .

O conceito de competência assim concebido constitui o menor denominador comum para os conceitos de competência no Direito Positivo, como *Geschäftsfähigkeit*, *Prozessfähigkeit* e *Kompetenz*. A diferença entre o conceito (geral) de competência expresso em (D.1) e os conceitos de competência do Direito Positivo logo acima mencionados é que o conteúdo destes últimos é mais específico, pois eles

versam, somente, sobre o Direito Privado ou sobre o Direito Processual.

2. Ter competência

Ter competência, então, é ter a possibilidade de, em performando um tipo especial de ato, modificar posições normativas. Para que se tenha uma melhor compreensão da natureza dessa possibilidade, devemos distinguir entre (i) competência como permissão, (ii) competência como uma possibilidade prática, e (iii) competência como (do jeito que nós deveremos denominar) uma possibilidade hipotética¹². Deixe-nos tratar dessas noções nessa ordem.

Conceber competência como um caso especial de *permissão* é, simplesmente, um erro. Os autores que sustentam que competência deve ser analisada nos termos de permissão parecem querer dizer ou (a) que competência é uma permissão, ou (b) que competência *pressupõe* uma permissão¹³. A primeira alternativa é difícil até de entender, e a segunda parece não convergir com os fatos. Todos nós sabemos que um ladrão pode vender bombons roubados para um comprador sem permissão, assim como uma pessoa que é autorizada a agir em nome de alguém pode – mas não deve – agir contrariamente às suas instruções¹⁴.

Conceber a competência pessoal da possibilidade de modificar posições normativas como um caso especial de possibilidade prática também não converge com os fatos.

¹² Eu sigo Lars Lindahl aqui. Veja Lindahl, Position and Change, nota 3 *supra*, em 194.

¹³ Veja, p.ex., Carlos Alchourrón & Eugenio Bolygin, Normative Systems 151-2 (1971); Georg Henrik von Wright, Norm and Action 192 (1963).

¹⁴ Para uma análise mais completa da relação entre competência e permissão, veja Spaak, Competence, nota 10 *supra*, em 80-7.

Lindahl sugere que Hohfeld pensou sobre uma pessoa competente nos termos de habilidade ou possibilidade de modificar posições normativas nos termos de uma possibilidade prática¹⁵, mas creio que, ao contrário, como quase todo advogado, Hohfeld pensou sobre a habilidade ou a possibilidade nos termos de uma possibilidade hipotética¹⁶.

Acredito que o entendimento mais correto sobre o conceito de possibilidade usado na definição do conceito de competência é a alternativa (iii): ter competência é ter uma *possibilidade hipotética* neste sentido: se o agente (numa situação adequada) performa um ato-C (e o faz também de uma maneira correta), ele irá provocar a pretendida mudança de posição. E isso é completamente consistente com a idéia de ele não possuir a possibilidade prática de performar o ato-C, talvez em virtude de um impedimento físico¹⁷. Eu, portanto, sugiro a definição final do conceito de competência normativa:

(D.2) *p* tem a competência de modificar *PN* se, e somente se existe um *a* e um *S* tal que se *p* em *S* realiza *a*, procedendo da maneira correta, *p* irá, através de *a*, modificar *PN*.

3. Exercitar Competência

Ter competência é uma coisa, exercitá-la é outra. Há, entretanto, diferentes maneiras através das quais

¹⁵ Lindahl, Position and Change, nota 3 *supra*, em 206-10.

¹⁶ Para saber mais sobre esse tópico, veja Spaak, Competence, *supra* nota 10, em 87-92.

¹⁷ *Id.* Em 80-7. Minha análise é inspirada pela análise de Carl Weillman em Carl Weillman, A Theory of Rights 47-8 (1985).

uma pessoa pode modificar posições normativas, e o importante é distinguir entre aquelas mudanças que resultam do exercício da competência pelo agente e aquelas que resultam do exercício de sua habilidade geral ou poder de modificar posições normativas. Para começar, precisamos fazer a distinção entre competência e *Deliktsfähigkeit*, que é a possibilidade de modificar a posição normativa de alguém, a partir do cometimento de um crime ou de uma tortura. O motivo para tal distinção é que, enquanto a competência tem sido outorgada a uma pessoa para conceder-lhe a possibilidade de modificar posições normativas, a possibilidade de cometer um delito constitui somente o efeito de um aspecto do objetivo de prevenir que certos tipos de ato possam ser performados. Destaca-se, também, a distinção entre a competência e a possibilidade de modificar a posição normativa de alguém levando em consideração as taxas ou os benefícios sociais, entre outras coisas, que ocorrem quando da transferência de uma cidade para outra. Por o direito fazer com que a posição normativa das pessoas dependa, até certo grau, de seus lugares de domicílio não se pretende significar que alguém dar a essas pessoas a possibilidade de provocar a pretendida mudança transferindo-se, mas é, em geral, razoável que uma pessoa pague suas taxas e etc onde ela vive. Assim, as mesmas razões que servem de defesa para a não-presença de *Deliktsfähigkeit* no conceito de competência também servem de defesa para que outras maneiras de modificar posições normativas sejam desvinculadas de tal conceito.

Estamos vendo *porque* devemos delimitar o conceito de competência. Isso nos remete à questão de *como* devemos proceder para fazer tal coisa. Sugiro que o

importante é o *modo de ação* do agente ao performar a mudança de posição. Podemos expressar isso dizendo que o agente exercita sua competência ao performar o ato-C. Mais especificamente, a realização de um ato-C constitui uma condição necessária e suficiente para o efeito jurídico. Portanto, se (e somente se) nós soubermos quando uma pessoa performou um ato-C, nós poderemos saber quando ela exercita (ou tenta exercitar) a competência. Ou seja, os atos-C são as nossas únicas pistas na busca do efeito jurídico; e isso significa que é importante que estejamos bem esclarecidos sobre suas características.

O que é, então, um ato-C? A minha sugestão é que um ato-C consiste numa ação que depende, para seu efeito jurídico, de ter sido performada com o desejo (real ou imputado) de provocar o dito efeito. Como Neil MacCormick coloca, “poder é conferido por uma regra quando a regra contém uma condição que é satisfeita somente por um ato performado com a (real ou imputada) intenção de invocar a regra.”¹⁸. Num amplo entendimento do conceito de declarar uma intenção, devemos dizer que o agente exercita sua competência ao declarar seu desejo, um *Willenserklärung*¹⁹.

4. Tipos de Competência

Há diferentes tipos de competência normativa. A mais comum e também a mais notável distinção é, indubitavelmente, aquela entre a competência *autônoma*,

¹⁸ Neil MacCormick, H.L.A. Hart 74 (1984).

¹⁹ Para uma análise posterior do conceito de uma declaração de intenção, os leitores que falarem sueco podem consultar Ola Svensson, *Viljeförklaringen och dess innehåll* (1996).

que é uma competência que modifica posições normativas da própria pessoa competente, e a competência *heterônoma*, que é uma competência que modifica posições normativas de outros de um modo que obriga esses outros²⁰. Essa distinção existe em duas diferentes versões, e é também não muito clara em muitos aspectos. Kelsen, por exemplo, faz uma distinção entre a competência autônoma e a heterônoma, concebendo uma distinção acerca de duas maneiras de se criar normas²¹. Alf Ross, por outro lado, faz uma distinção entre autonomia privada e autoridade pública, que envolve, ou parece envolver, quatro diferentes critérios de distinção²². Acredito, no entanto, que, a tratar das versões de Kelsen e de Ross, estamos tratando de versões da mesma distinção, e que o ponto importante é se o agente pode ou não obrigar outras pessoas sem que elas não lho consintam.

A distinção entre competência autônoma e heterônoma então concebida é claramente relevante do ponto de vista moral. Ao passo que a competência autônoma raramente se envolve em dificuldades morais, a heterônoma normalmente se envolve. Em análise final, a existência da competência heterônoma se vincula à questão da legitimidade do sistema jurídico e, também, da relação entre o direito e a moralidade.

Outros autores fazem uma distinção entre a

²⁰ Para saber mais dessa distinção, veja Spaak, *Competence*, nota 6 *supra*, em 128-34.

²¹ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* 203-5 (1945).

²² Ross, *Directives*, nota 7 *supra*, em 132-3.

criação de normas e a competência regulativa²³. Assim como a distinção entre as competências autônoma e heterônoma, essa distinção existe em duas diferentes versões e é também não muito clara em muitos aspectos. Cruamente posta, a competência de *criação de normas* é uma competência para criar normas, ao passo que a competência *regulativa* é uma competência para modificar posições normativas sem a criação de normas. Como exemplo da competência de criação de normas, pode-se mencionar a competência o poder legislativo; como exemplos da competência regulativa, podem-se mencionar a competência do governo de declarar um estado de emergência, a sua competência para nomear juízes e a competência de um padre para casar um homem e uma mulher.

Enquanto a distinção entre a competência de criação de normas e a competência regulativa é menos interessante do ponto de vista moral do que a distinção entre as competências autônoma e heterônoma, a primeira distinção pode ser mais interessante dentro de um ponto de vista teórico. O que é realmente interessante sobre essa distinção é a natureza exata da competência regulativa. Joseph Raz sustenta que a competência regulativa controla a aplicação de normas pré-existentes²⁴. Contudo, alguém pode se questionar sobre até onde é possível alguém

²³ Para saber mais dessa distinção, veja Spaak, Competence, nota 8 *supra*, em 134-43. Veja, p.ex., Joseph Raz, *The Concept of a legal System* (2ed. Ed. 1980); Nils Kristian Sundby, *Om normer* 361 (1974).

²⁴ Joseph Raz, *Voluntary Obligations and Normative Powers*, *The Aristotelian Society. Supplementary Volume XLVI* 79, 82 (1972).

modificar uma posição normativa sem criar, modificar ou revogar uma norma jurídica? Infelizmente, Raz não explica exatamente como o agente exercita esse tipo de competência. Mas talvez não obtenhamos conclusões tão importantes ao nos questionarmos sobre esse problema. É bem verdade que as normas jurídicas aderem a efeitos jurídicos para muitos diferentes atos e eventos, como, por exemplo, diferentes tipos de violência física e o nascimento e a morte de seres humanos, e por que, alguém se pode questionar, esses atos em que o agente exercita uma competência regulativa devem precisamente ser tão problemáticos? Estou, então, inclinado a acreditar que satisfaz notar que o exercício da competência regulativa modifica posições normativas não através da criação de normas, mas sim, normalmente, através da proferição de performativos juridicamente relevantes, o que não exclui a idéia de a pessoa competente poder criar normas proferindo um performativo.

Finalmente, é importante notar que ter competência não significa ter um direito. Um juiz pode ter competência para julgar certos tipos de caso estando sob a obrigação de exercitar tal competência quando um caso do tipo relevante for levado até ele, e, como vimos, um ladrão tem a competência de vender bombons roubados a um comprador mesmo sem ele ter a permissão de fazê-lo. Em nenhum dos casos a pessoa competente possui um direito. Isso é suficiente para mostrar que ter competência não

²⁵ Para saber mais sobre esse tópico, veja Spaak, *Competence*, nota 10 *supra*, em 143-51.

significa possuir um direito²⁵.

5. Normas que conferem Competência

Até agora nada falamos sobre como a competência é conferida aos seus agentes. É óbvio que a pessoa competente recebe sua competência de alguma ordem jurídica, e é razoável assumir que são normas jurídicas de algum tipo que conferem a competência. A questão é se nós temos ou não razão ao pensarmos acerca de um tipo especial de normas jurídicas, cuja única função seja a de conferir competência a pessoas. Mais especificamente, devemos questionar se normas que conferem competência devem ser entendidas como normas que impõem deveres (*duty-imposing norms*) dirigidas a alguns operadores do direito, ou como normas de competência (*competence norms*) especiais, cuja única função é conferir competência, e que são diretamente dirigidas aos legitimados a exercitá-la. Uma norma que impõe dever atribuindo competência seria dirigida a determinados operadores do direito, impondo um dever a eles de reconhecer como juridicamente válidas certas modificações de posições normativas provocadas de certa maneira numa situação determinada por certa categoria de pessoas. Ou seja, tal norma conferiria competência a uma pessoa, p , através da imposição de uma obrigação a uma outra pessoa, q , para reconhecer que p , ao performar certo tipo de ato, a , num certo tipo de situação, podem provocar uma determinada modificação nas posições normativas. Ou seja, tal norma conferiria competência a p dando a p a possibilidade, em performar a em S , de modificar PN . Para ser mais claro, o tipo anterior de norma conferiria

competência indiretamente a uma pessoa, impondo um dever a alguns operadores do direito, enquanto o último tipo de norma conferiria competência à pessoa diretamente sem impor um dever a ninguém.

Minha opinião é que normas que conferem competência são mais bem compreendidas como normas que impõem deveres a certos operadores do direito, e como fragmentos de tais normas que impõem deveres. O motivo é que normas que impõem deveres, e não normas de competência, são normas (completas) no sentido de que elas concedem (completas) justificativas para ação²⁶.

²⁶ Para saber mais sobre esse tópico, veja Torben Spaak, *Norms that Confer Competence*, 16:1 Ratio Juris 89 (2003).

O DEFENSOR PÚBLICO NO ESTADO DO CEARÁ COMO GUARDIÃO DOS DIREITOS DOS EXCLUÍDOS: UM ENFOQUE VOLTADO A SUA ATUAÇÃO NAS VARAS DE FAMÍLIA¹

Paulo Rogério Areias de Souza

Aluno do curso de Direito da Faculdade Christus

Bolsista da Iniciação Científica

Resumo.

O presente trabalho tem como finalidade abordar, sem contudo ter a pretensão de esgotar o assunto, o trabalho desenvolvido pela Defensoria Pública do Estado do Ceará, através dos Defensores Públicos atuantes nas 18 Varas de Família da Comarca de Fortaleza, Capital do Estado do Ceará. Será abordada a forma de ingresso na carreira de Defensor Público, da análise da lei Federal que instituiu a Defensoria Pública no Brasil e da Lei estadual criadora e regulamentadora da Defensoria em nosso Estado. Dentro deste caminho investigativo abordaremos o número de varas especializadas nas questões de família, bem com o número de Defensores Públicos disponíveis para atuar nesse tipo específico de prestação jurisdicional. Serão abordados também os tipos de ações comumente ingressadas nessas varas especializadas do Fórum Clóvis Beviláqua e as dificuldades materiais enfrentadas pelos Defensores na

¹ Trabalho de Iniciação Científica desenvolvido sob a orientação do professor Flávio José Moreira Gonçalves, Mestre em Direito e Mestrando em Filosofia.

defesa dos direitos dos hipossuficientes. Tentaremos mensurar o tempo médio para solução de conflitos, tanto no âmbito consensual como litigioso e, também o trabalho de mediação realizado pelo Defensor Público, com o intuito de desafogar o Poder Judiciário. Ao final, traçaremos um panorama da realidade encontrada pelos cidadãos, considerados pobres perante a lei na defesa de seus direitos, garantidos pela Constituição Federal de 1988. Será considerada também a realidade enfrentada pelos Defensores Públicos, os quais também carecem de auxílio urgente, seja do ponto de vista de material de trabalho, salários condizentes com suas funções, ou seja, isonomia salarial com os membros da Magistratura e do Ministério Público e outras prerrogativas de sua função, as quais, muitas vezes, são relegadas à segundo plano.

Palavras-chave: Hipossuficiente. Cidadania. Defensor Público. Direitos Fundamentais.

1 Considerações Introdutórias

A defesa dos hipossuficientes no Brasil sempre esteve presente de forma não oficializada, ou seja, constitucionalizada ou imposta por qualquer lei. A Ordem dos Advogados do Brasil sempre, em sua história, colocou à disposição das camadas pobres da sociedade a prestação jurisdicional de forma gratuita, porém de forma modesta atingindo alguns poucos em sua tentativa de minimizar as desigualdades sociais e promover o acesso à justiça. O Estado do Rio de Janeiro tem a Defensoria Pública mais antiga do Brasil, que conta com mais de 50 anos de atuação. Porém, a maioria dos estados brasileiros só veio a implantar suas Defensorias após a promulgação da Constituição de

1988, que instituiu em seu artigo 134, § 1º, a obrigação da União, dos Estados membros e do Distrito Federal, criar suas respectivas Defensorias Públicas . A Constituição Cidadã colocou a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado.

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. (CF, 1988).

No Estado do Ceará, a regulamentação da Defensoria Pública do Estado, deu-se pela lei complementar n.º 06 de 28 de abril de 1997, sancionada pelo então Governador do Estado do Ceará, o Excelentíssimo Senhor Tasso Ribeiro Jeressati. Nessa legislação foi traçada a criação da Defensoria no Estado do Ceará, suas competências e forma de ingresso na carreira de Defensor Público, que deverá se dar por concurso público de provas e títulos com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil.

2 Varas de Família na Comarca de Fortaleza

A Comarca de Fortaleza conta hoje com 18 Varas de Família funcionando nas dependências do Fórum Clóvis Beviláqua. A Defensoria Pública do Estado do Ceará disponibiliza um Defensor Público para mais de uma vara dessa justiça especializada, nos casos de impedimentos, férias, licenças, ou seja, nos casos de afastamentos legais desses membros de poder exercer suas funções. Cada

defensor responde pela assistência jurídica a pessoas, que, perante a lei, são consideradas pobres, não podendo arcar com custas processuais e honorárias advocatícias, para pleitearem em juízo seus pretensos direitos. Vejamos o que preleciona a Defensora Pública Mônica Barroso:

Os Defensores que trabalham no Fórum, lotados nas varas (e as vezes em duas ou três) acumulam de tal forma o serviço que é difícil se conseguir uma advocacia de razoável nível desses profissionais.

Estamos assoberbados de trabalho, é impossível darmos conta de tanto injustiça social e de tantos problemas jurídicos. (BARROSO, p. 79)

Dentro da universalidade de ações que tramitam nas varas de família de Fortaleza, destacam-se as ações de divórcio de reconhecimento e dissolução da união estável, juntamente com a ação de alimentos e o pedido de reconhecimento de paternidade e a ação de guarda. Esse grande contingente de ações, provoca uma demanda de inúmeros processos que são ajuizados diariamente na distribuição do Fórum. As questões sociais, muitas das quais, oriundas de relacionamentos onde prevalece, quase sempre, a agressividade e miséria, deveriam ter do Poder Judiciário uma manifestação de pronto, visto que envolvem, quase sempre, menores, incapazes e o direito a alimentos. Esses processos, na maioria das vezes, arrastam-se por períodos longos, em função da própria lentidão da máquina judiciária estatal. O que por fim, acaba por provocar uma enorme frustração dos Defensores diante da situação de

necessidade de seus assistidos.

3 As dificuldades matérias enfrentadas pelos Defensores Públicos.

A Defensoria Pública do Estado do Ceará agoniza quando seus Defensores Públicos, os “guardiões dos excluídos”, são obrigados a trabalhar com legislação obsoleta pela falta de investimento em cursos de aperfeiçoamento e compra de livros atualizados com a legislação em vigor, e com a escassez de recursos materiais e humanos. Apesar da crescente abertura de escritórios-modelo, através de convênios entre as Instituições de Ensino Superior de Fortaleza e a Defensoria Pública do Estado do Ceará, onde, através das disciplinas de estágio supervisionado, alunos dos cursos de direito têm a oportunidade de aprender, prestando um serviço de caráter social. É importante salientar que a demanda pela procura de assistência jurídica tem crescido assustadoramente em Fortaleza, mas o reduzido número de defensores, e a falta de abertura de concurso público para aumentar os quadros da Defensoria tende a agravar esse quadro.

O Ministério da Justiça realizou em 2004 um estudo com o intuito de conhecer a realidade das Defensorias Públicas nos Estados brasileiros e no Distrito Federal, chegando à conclusão de que o número de Defensores Públicos no Brasil ainda é muito reduzido, e que em certos Estados se quer a Defensoria Pública chegou a ser instituída. Esses dados ensejam preocupação, visto que já se passam 19 anos da promulgação da Carta Magna de 1988 e por mais que o estudo tenha sido realizado em 2004, o quadro não apresentou melhorias significativas, apesar de

nosso Estado não figurar dentre os Estados com situação mais crítica, a estatística apontada no quadro nacional é preocupante .

Em todas as unidades da Federação, o número de defensores é menor do que o de magistrados. As Defensorias Públicas com as situações mais críticas no que se refere ao número de integrantes são as dos seguintes Estados: Alagoas, Espírito Santo, Mato Grosso, Piauí, Rondônia e Rio Grande do Sul, além do Distrito Federal. Em todos esses casos, o número de defensores não chega a representar 40% do número de juízes de primeiro grau.

Se considerarmos o número total de defensores em relação à população brasileira, concluímos que há no Brasil 1,86 defensores para cada 100.000 habitantes, enquanto dispomos de 7,7 juízes para cada grupo de 100.000 habitantes (BRASIL, 2004).

4 O papel do Defensor Público como agente Mediador dos Conflitos da Sociedade

A atuação dos Defensores Públicos nas varas de família não se restringe apenas a ajuizar ações. O Defensor atua também como agente pacificador de conflitos, muitas vezes resolvendo as lides de forma amigável, colaborando,

assim, para o desafogamento do Poder Judiciário e com a promoção da paz social.

A Defensora Pública Mônica Barroso, ferrenha lutadora pelos direitos de sua classe e do povo excluído do Ceará, preleciona em seu livro:

Somos os Advogados que cuidam dos direitos da maioria do povo cearense pois, no dizer da própria lei, pobre é aquele que não pode retirar do seu sustento orçamento domésticos um “*quatum*” suficiente para pagar honorários advocatícios e custas processuais. Somos um povo pobre, não podemos pagar honorários nem custas processuais se tivermos problemas jurídicos a resolver, temos que ser atendidos pelo Advogado Público (BAROSO, p 78)

Com a maioria de nosso povo composto de pessoas pobres, o único meio de ter seus direitos fundamentais amparados juridicamente, é através do Advogado Público. Mas como efetivarmos esse direito que é garantido pela Constituição Federal com um contingente tão pequeno de advogados públicos? Destarte, o exercício desse direito fundamental de acesso à justiça tem ficado cada vez mais num plano abstrato em função da falta de zelo pelos ditames da Carta Magna por parte do Poder Executivo e Legislativo.

5 Entrevistas com diretores de secretaria das Varas de Família do Fórum Clóvis Beviláqua

Dentro da linha de pesquisa adotamos a entrevista de campo para, assim, traçarmos um perfil da realidade das situações cotidianas ocorridas no âmbito das varas de família. Para tal fim, peregrinamos em busca de informações em dez das dezoito Varas de Família do Fórum Clóvis Beviláqua.

Foram entrevistados diretores de secretaria, com o objetivo precípua de obter informações que nos desse uma visão da realidade do direito de família e a atuação do Defensor Público nos processos patrocinados pela Defensoria Pública do Estado do Ceará.

Em uma síntese dos depoimentos colhidos, observamos que a figura do Defensor Público é muito bem recepcionada por todos os funcionários das varas, o que vem a facilitar a tramitação dos processos, visto que a proximidade física entre os Defensores e as secretarias beneficia a agilidade processual. O que queremos transmitir aqui não é que o Defensor tenha privilégios especiais junto às varas, e que os Advogados particulares não o tenham, mas sim, o fato de o gabinete do Defensor ficar ao lado da secretaria, traz o benefício de o Defensor poder fiscalizar e agilizar o andamento dos processos de forma mais eficaz e produtiva. Podendo ter acesso ao próprio Juiz do feito de forma mais informal, em função de trabalharem lado a lado.

As ações propostas nas varas de família variam muito, indo desde as mais comuns, como o pedido de alimentos, indo até o pedido de reconhecimento de paternidade. Segundo os diretores de secretaria os Defensores estão presentes em mais de 80% das ações que tramitam nas varas.

Ficou bem salientado, por todos os entrevistados, que o público atendido pelas varas de família é quase sempre formado por pessoas de baixo poder aquisitivo e cultural. É comum segundo eles as partes procurarem as secretarias achando que poderão resolver seus conflitos, apenas fazendo um relato de suas necessidades diretamente aos Juizes. Alguns Defensores dão plantão diariamente em suas varas, mas alguns por terem outras atribuições, comparecem ao Fórum duas ou três vezes por semana o que segundo os responsáveis pelas secretarias, traz um verdadeiro problema nos balcões de atendimento. Os assistidos quase sempre não compreendem que não poderão ajuizar suas reclamações sem um patrono que tenha a prerrogativa de exercer o *jus postulandi* na defesa de suas causas.

É unânime o reconhecimento da importância da figura do Defensor Público por todos que trabalham nas varas de família, o carinho e respeito externado pelas funções exercidas por esses operadores do direito é expresso de forma aberta em todas as secretarias que visitamos ao longo da feitura desse trabalho de pesquisa.

Agradecemos a todos os diretores de secretaria e seus serventuários e em especial aos da 18ª Vara de Família e da 10ª Vara de Família, pela atenção dedicada e a relevância das informações prestadas para a formação de nossa opinião.

6 Entrevistas com cinco dos dezoito Defensores Públicos das Varas de Família da Comarca de Fortaleza

Seguindo nossa linha investigativa não poderíamos deixar de ouvir o depoimento do objeto de nossa pesquisa, ou seja, os Defensores Públicos atuantes nas Varas de Família da Comarca de Fortaleza. Hoje o Fórum

Clóvis Beviláqua conta com 18 Varas de Família em atividade. Em função da grande demanda de procura por assistência judiciária, não podemos entrevistar todos os defensores, mas conseguimos audiência com cinco Defensores Públicos.

Em função de convicções particulares dos entrevistados só fomos autorizados a divulgar o nome de um dos cinco entrevistados, fato que não prejudica em nada nossa pesquisa, visto que, as declarações feitas pelo Dr. Francisco Leitão de Sena, espelha o pensamento geral dos demais entrevistados.

Perguntado qual a maior dificuldade encontrada para o exercício da função, dentro das Varas de Família, a resposta foi unânime, a alta evasão e a falta de compromisso dos estagiários voluntários, que assim que conseguem um estágio remunerado, abandonam a defensoria. Fato que provoca o atraso de processos e a conseqüente falha na prestação jurisdicional. Ao ver dos Defensores cada Vara deveria ter ao menos um estagiário remunerado para que não houvesse atraso, e até mesmo, segundo esses operadores do direito o estagiário remunerado serviria de coordenador dos voluntários agilizando mais ainda o trabalho dentro dos gabinetes.

As dificuldades não são apenas de pessoal, mas também material, faltam computadores, códigos e livros doutrinários atualizados e outros materiais de expediente.

Um dos maiores entraves na solução rápida dos processos é o fato de os oficiais de justiça não serem mais ligados diretamente às Varas, sendo hoje as citações e intimações remetidas a uma central dentro do Fórum, onde é distribuída a um oficial de justiça para cumprimento. Segundo os Defensores, a sistemática antiga era mais eficaz, pelo fato de a maior parte dos assistidos serem

peças que residem em locais de difícil localização, e quando o oficial era afeto à Vara, era comum o oficial ser chamado pelo Defensor e a própria parte dava as coordenadas ao oficial de justiça para encontrar o endereço do réu. Muitos processos ficam sem solução ou demoram mais do que deveriam, em função da demora da central de mandados em devolver as citações ou intimações, cumpridas ou não.

Os problemas de Família são ao ver dos Defensores, as questões que deveriam ter a maior preocupação, tanto do Poder Judiciário, quando do Poder Legislativo. É no seio da família que se criam os futuros problemas que irão amontoar o Poder Judiciário com processos de natureza civil e criminal. Políticas públicas de resgate da educação e dos valores familiares é ao ver dos Defensores a única solução para desafogar o judiciário.

Não se poderia terminar a entrevista com os Defensores sem tocar na questão salarial e a diferença que existe entre os salários dos Defensores, dos Magistrados e dos Membros do Ministério Público.

O Dr. Francisco Leitão Sena, quando indagado sobre o tema, após alguns minutos de silêncio, declarou ser a diferença salarial entre os Defensores, Magistrados e Ministério Público uma “aberração” uma afronta ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e um desrespeito total à Constituição Federal. Um Defensor Público tem a incumbência de zelar pelo direito de uma população, em geral, pobre e desamparada, tem uma carga excessiva de processos para cuidar, elaborando petições iniciais, contestações, comparecendo a audiências e ainda tem que atender aos assistidos nos plantões.

Nada justifica a disparidade entre os salários da carreira de Defensor Público e as demais carreiras jurídicas.

A defensoria Pública finda por se tornar um trampolim para carreiras jurídicas mais bem remuneradas, o bacharel concorre ao cargo de Defensor é aprovado, nomeado, e segue estudando para concorrer a outros cargos, com a estabilidade de ter um salário garantido mensalmente. Fato que cria um grande número de vagas ao longo do tempo e conseqüentemente, prejuízo a sociedade hipossuficiente.

Perguntados sobre a relação com os assistidos todos foram unânimes em dizer, que as relações profissionais transcorrem em um nível extremamente pacífico e amigável onde a relação de respeito e amizade é preponderante.

Os cinco entrevistados quando indagados sobre o porquê da escolha da carreira de Defensor Público, todos responderam que foram motivados pela vocação em ajudar o próximo e que apesar da questão salarial, não deixariam suas carreiras, mas esperam a equiparação salarial que acreditam estar próxima.

7 Entrevistas com a Presidente da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Ceará – ADPEC

Dentro do caminho investigativo de nossa pesquisa, procuramos a Associação dos Defensores Públicos do Estado do Ceará, em busca de mais informações concernentes à carreira de Defensor Público em nosso estado.

A associação funciona na Av. Santos Dumont, nº. 1740, sala 1008, no Bairro da Aldeota, a presidência da entidade é exercida pela Dra. Mariana Lobo Botelho de Albuquerque. A instituição tem o condão de ser a voz da classe dentro da sociedade cearense e junto aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de nosso Estado.

Dentre as funções desempenhadas pela associação, destaca-se a da luta pela melhoria salarial dos Defensores Públicos do Estado do Ceará, melhores condições de trabalho, fiscalização do cumprimento dos direitos e prerrogativas constitucionais asseguradas aos Defensores.

Indagada sobre a disparidade existente entre os salários da Magistratura e Ministério Público em relação aos da Defensoria Pública a Dra. Mariana demonstrou esperança na breve equiparação salarial entre essas carreiras. Está sendo articulada uma frente parlamentar, com o apoio de políticos da esfera Estadual e Federal, com o intuito de pressionar o Poder Executivo Estadual a realizar concursos públicos para a efetivação de mais Defensores, com vista a cumprir o que preceitua a Constituição Federal, no que diz que deverá haver ao menos um Defensor Público por Comarca. A questão é meramente política, tudo depende de vontade, do chefe do Poder Executivo Estadual, os gastos com a Defensoria Pública do Estado do Ceará não ultrapassam 2% (dois por cento) do orçamento geral do Estado, diz a presidente. Existe um fundo de aparelhamento da Defensoria Pública, que segundo a presidente se fosse administrado somente pela Defensoria, ajudaria muita na solução de problemas de ordem material, que vem sendo um dos maiores problemas encontrados pelos Defensores para cumprir com a assistência jurídica aos assistidos.

A Dra. Mariana estará em Brasília no mês de junho para promover a frente parlamentar a fim de adquirir apoio político dos Senadores e Deputados Federais para aprovação de Projeto de Lei Federal, que já tramita no Congresso Nacional, para corrigir distorções referentes às questões salariais e outras necessidades da categoria no âmbito nacional. Aproveitando a oportunidade, promoverá

junto aos políticos cearenses à adesão a proposta de emenda à Constituição do Estado do Ceará que trará benefícios à Defensoria Pública e a toda a sociedade cearense.

Salienta a presidente que a Defensoria Pública do Estado do Ceará perde cerca de 10% (dez por cento) de seus Defensores por ano. Essa evasão se dá em função da migração dos Defensores para outras carreiras jurídicas com salários mais atrativos. Essa realidade só poderá ser modificada com a aprovação de Leis que garantam a isonomia salarial entre as carreiras de Magistrados, Promotores e Defensores.

Dentro de sua função social, a associação tem promovido vários eventos com o objetivo de conscientizar a classe política e a sociedade em geral da importância da figura do Defensor Público para a efetivação do estado Democrático de Direito em nosso país. No dia 19 do mês de maio é comemorado o dia Nacional do Defensor Público, em Fortaleza. A ADPEC promoveu um evento na Praça do Ferreira, onde a sociedade cearense teve a oportunidade de ser atendida, e ter suas causas avaliadas por Defensores Públicos.

Como o objetivo de nossa pesquisa é o Defensor Público atuante nas varas de Família da Comarca de Fortaleza não poderíamos deixar de ouvir a opinião da Dra. Mariana em relação a essa categoria de Defensor Público.

Para a presidente da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Ceará estes profissionais são verdadeiros heróis, visto que trabalham sob condições materiais e humanas escassas. Tem uma excessiva carga de processos para administrar. Lidam com uma especialidade de caráter extremamente delicado, onde são decididos problemas de guarda de menores,

reconhecimento de paternidade, alimentos dentre outras situações extremamente traumatizantes, tanto para as partes como para o próprio Defensor, como figura humana que é não consegue ficar alheio às situações que tem que enfrentar em seu dia-a-dia de trabalho.

Ressaltamos a delicadeza e o respeito externados pela Dra. Mariana ao responder nossas indagações e sua dedicação à causa da efetivação dos direitos dos Defensores Públicos no Estado do Ceará.

8 Entrevista com o Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família no Estado do Ceará – IBDFAM.

Como a especificidade de nosso objeto de pesquisa é o “Defensor Público” atuante no Direito de Família, não poderíamos deixar de citar o papel do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, representado no Estado do Ceará por seu presidente regional o Dr. Marcos Venicius Matos Duarte, já em seu segundo mandato. O Instituto localiza-se na Av. Santos Dumont, nº 3131, sala 1002, Torre Del Paseo no Bairro da Aldeota.

O Instituto tem o objetivo precípua de contribuir com a pesquisa científica, voltada para a produção de doutrina na área do Direito de Família. Dentre seus colaboradores estão renomados doutrinadores e juristas em âmbito nacional como o Filósofo Eduardo Bittar, dentre outros.

No Ceará, o IBDFAM realizou, em agosto de 2006, o I Congresso Brasileiro de Direito de Família, com a participação de renomados operadores do direito, e já se prepara para, em 2008, realizar o II Congresso Brasileiro de Direito de Família e Sucessões. O IBDFAM vê na mediação o caminho para desafogar as Varas de Família e resolver os conflitos familiares com maior agilidade.

O IBDFAM colaborou com o Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro PT/BA na elaboração do Projeto de Lei nº. 2.285/2007 intitulado “**Estatuto das Famílias**”, que tramita no Congresso Nacional, tendo como relatora a Deputada Federal Rita Camata, PMDB/RS. O projeto é composto de 274 artigos que tratam de reformular os conceitos de Direito de Família inserindo assuntos polêmicos como união homoafetiva, alteração no regime de bens e outras alterações ao Código Civil de 2002 na parte que trata do Direito de Família. Ao ver do Instituto não há mais que se falar em Direito de Família mais sim em Direitos de Famílias, visto que a evolução histórica da sociedade trouxe novas interpretações para o conceito de família. Hoje família pode ser a união de um homem e uma mulher, a união de pessoas de mesmo sexo, há também a família monoparental composta por qualquer dos pais e seus descendentes, essa nova maneira de pensar é um reflexo da evolução cultural da sociedade.

O IBDFAM contribui com o trabalho dos Defensores dos Direitos de Família, na proporção que produz doutrinas, apóia a elaboração de leis, divulga o conceito de proteção aos princípios basilares da sociedade que é a promoção e efetivação do Direito de Família.

Indagado sobre a atuação dos Defensores Públicos nas Varas de Família da Comarca de Fortaleza, Dr. Marcos, que é advogado atuante na área do Direito de Família e Sucessões, foi taxativo em dizer que o serviço prestado por esses profissionais é de maior relevância para a promoção do estado democrático de direito e para a distribuição da justiça. Como todos aqueles que conhecem a realidade salarial do Defensor Público no Estado do Ceará, o Dr. Marcos espera que essa distorção salarial seja logo resolvida, para que esse agente de transformação social, tenha a devida retribuição pelo seu importante trabalho.

9 Entrevista com assistidos pela Defensoria Pública na área do Direito de Família

Sempre pairou no seio da sociedade que serviço jurisdicional gratuito, oferecido pela Defensoria do Estado, teria uma qualidade inferior em função de sua gratuidade. Saímos em busca de desmistificar ou confirmar o problema, e para tanto, optamos por entrevistar assistidos pelos Defensores nas Varas de Família do Fórum Clóvis Beviláqua.

Inicialmente, e com a permissão dos Defensores responsáveis pelas Varas, e tendo o cuidado de preservar a imagem dos entrevistados, em função do fato de se tratar de pessoas que estão ali para tratar de assunto referente a suas vidas familiares e em alguns casos os processos correm em segredo de Justiça. Entrevistamos cinco assistidos em Varas diferentes e com ações diversas.

As perguntas aos entrevistados foram em tom o mais claro possível e com linguajar sem tecnicismos para que as respostas nos fossem nos dadas de forma clara e espontânea.

Formularemos uma síntese geral das entrevistas, visto que as perguntas foram as mesmas a todos os entrevistados.

Indagado sobre sua satisfação com o serviço prestado pelos Defensores as respostas foram conflitantes, mas prevaleceram à satisfação dos assistidos de uma forma geral, as maiores queixas tinham um viés temporal, ou seja, há uma insatisfação geral dos assistidos, em relação ao tempo de espera para serem atendidos pelos Defensores e após propostas as ações, o tempo para solução definitiva das lides. Houve casos em que a parte assistida pela Defensoria já esperava à mais de seis meses pela citação do requerido, observe-se que, os assistidos demonstraram

ter o conhecimento que essa demora não é culpa do Defensor, e sim da máquina judiciária.

Podemos observar e que a população carente, que é a grande maioria dos assistidos, tem sim, respeito e confiança no trabalho desenvolvido pela Defensoria do Estado do Ceará. Um caso em particular nos chamou a atenção, em que uma senhora de 60 anos de idade, recorreu ao Defensor Público para pleitear alimentos de seus filhos por não ter condições de suprir seu próprio sustento, perguntada sobre o que achava da atuação de seu Defensor, com lágrimas nos olhos respondeu que o Defensor para ela tinha se tornado como um filho querido. O sentimento de afetividade que envolve a relação de Defensor e assistido é muito grande, não só parte dos assistidos, mas também por parte dos Defensores, que como comprovamos, envolvesse não só profissionalmente, mas também emocionalmente nos casos que patrocina.

10 Entrevistas com a Defensora Geral do Estado do Ceará

Para finalizar nossa pesquisa buscamos por várias vezes obter uma audiência com a Defensora Geral do Estado, marcando hora e dia certos, em seu gabinete localizado à Rua Caio Cid, onde funciona a sede da Defensoria Geral do Estado do Ceará, mas não obtivemos sucesso. Acreditamos que a carga de trabalho e os vários compromissos a que o cargo exige não permitiram o nosso atendimento. Ressaltamos que fomos muito bem recebidos pela chefe de gabinete da Defensora Geral, a Dra. Rosane que inclusive é professora de prática jurídica no NPJ desta faculdade. Ficando essa lacuna em nossa pesquisa, que foi um dos objetivos de nossa proposta inicial de projeto.

Considerações Finais

As dificuldades que a Defensoria Pública do Estado do Ceará vem enfrentando desde sua criação, aliada aos problemas que a sociedade fortalezense vem vivendo, tem sido o quadro caótico em que o defensor público das Varas de Família vem atuando profissionalmente. Os serviços prestados pelo defensor público das Varas de Família são de extrema importância para o futuro social e moral de nosso País, pois ali são tratados assuntos que envolvem vidas humanas, homens, mulheres e crianças, que por não terem a capacidade de resolver seus conflitos de forma isolada, necessitam de quem os conduza até o ente Estatal, para que, através do Poder Judiciário, lhes seja dito seus direitos.

Ha que se ressaltar, porém, que apesar de todas as dificuldades enfrentadas pela Defensoria Pública no Estado do Ceará, os Defensores têm executado suas funções com zelo e seriedade. A melhoria salarial para a categoria acontecerá num futuro próximo. A atuação da ADPEC e do IBDFAN e dos movimentos criados pelos próprios Defensores têm mobilizado a conscientização da sociedade e dos políticos, no sentido de reconhecer que em um país em que a pobreza predomina a Figura do Defensor Público é a única alternativa de se ver efetivamente a distribuição da justiça em todas as camadas sociais.

Agradecemos a colaboração de todos os entrevistados que nos receberam com muito carinho e boa vontade. Como ficou claro em nossa proposta de projeto inicial, não tivemos a pretensão de esgotar o assunto, mas abrir caminho para a discussão do tema dentro do meio acadêmico e jurídico. Agradecemos também à Defensora Pública Michelle Pontes e ao Defensor Público Carlos Augusto Medeiros que colaboraram com a elaboração do

projeto inicial de pesquisa. Esperamos que de alguma forma tenhamos contribuído para a reflexão acerca dos problemas abordados.

Referências:

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

BRASIL. Ministério da Justiça. **Estudo diagnóstico: Defensoria Pública no Brasil**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2004.

BARROSO, Mônica. **Na Trincheira da Defensoria Pública**. 1ª ed., Fortaleza: INESP, 2002.

ROBERT, Cinthia; SÉGUIN, Elida. **Direitos Humanos, acesso à justiça: um olhar da defensoria pública**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000



Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará
Rua Ramires Maranhão do Vale, 70 - Água Fria - 60.811-670 - Fortaleza-Ceará
Telefone (85) 3278.4013/3278.6242- e-mail: esmectj@gmail.com

www.tjce.jus.br/esmec

INSTRUÇÕES ESPECÍFICAS PARA O ENVIO E RECEBIMENTO DE ARTIGOS PARA PUBLICAÇÃO

Os originais dos artigos deverão ser enviados por meio de correio eletrônico para o e-mail esmectj@gmail.com. Cópia impressa do artigo, com as folhas rubricadas pelo autor e assinado ao final, deverá ser enviada aos cuidados da Secretaria Executiva da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), com endereço físico à Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70 – Edson Queiroz, CEP 60811-670, Fortaleza-CE. Os artigos enviados deverão obedecer, obrigatoriamente, à seguinte **formatação textual**:

- a) mínimo de 10 (dez) e máximo de 30 (trinta) páginas;
- b) formato do papel deve ser A4, com a seguinte configuração das margens: esquerda e superior, 3cm; direita e inferior, 2 cm. Os parágrafos devem ser justificados, recuo da primeira linha em 2 cm da margem esquerda, espaçamento um e meio (1,5 linha) entre linhas, salvo nas notas de rodapé e nas citações, nas quais deve ser utilizado espaçamento simples;
- c) fonte Arial;
- d) tamanho 12, exceto nas citações longas (recuar 4 cm, manter mesma fonte, reduzir para tamanho 10);

- e) parágrafos com entrelinha simples, sem espaçamento entre eles;
- f) o artigo deverá conter os seguintes elementos pré-textuais: título e subtítulo (se houver), separados por dois pontos; sumário, com indicação dos itens e subitens em que se divide o trabalho; resumo na língua do texto: sequência de frases concisas e objetivas, de até 100 palavras.

Além disso, os **originais do artigo** deverão ser apresentados, obrigatoriamente, da seguinte forma:

- a) em 1 (uma) via, impressa em papel A4;
- b) com indicação do(s) autor(es) do trabalho e data de elaboração;
- c) com indicação da situação acadêmica, títulos e instituições nas quais a atividade principal do(s) autor(es) é exercida.

Os trabalhos que não obedecerem a estas normas serão devolvidos a seus autores que poderão reenviá-los para o próximo número, desde que efetuadas as modificações necessárias. O autor poderá consultar as normas técnicas da ABNT necessárias à elaboração de artigos, quais sejam, NBR 10520, NBR 6022, NBR 6023, NBR 6024, NBR 6027, NBR 6028 e suas posteriores atualizações, quando houver. Em caso de dúvida, é sempre possível manter contato com o organizador dos textos para publicação na revista, cujo endereço eletrônico encontra-se disponibilizado acima.

Não são devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista Themis. O autor receberá gratuitamente três exemplares do número da Revista no qual conste artigo de sua autoria.

Este número da revista foi composto na fonte Arial, corpo 12.
O miolo foi impresso em papel tipo AP 75 g/m² e
a capa em cartão supremo 240 g/m². Impresso no Parque Gráfico do
Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Parque Gráfico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.
Av. Ministro José Américo s/n - Cambéba - Fortaleza-CE.
Fone/Fax: (85) 3216.2634