

REVISTA DA
Escola Superior da Procuradoria
Geral do Estado de São Paulo

Journal of São Paulo State's Attorney Generalship School

Volume 2 – Número 1

Jan / Dez 2011

ISSN 2179-8532



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

GERALDO ALCKMIN
Governador do Estado

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ELIVAL DA SILVA RAMOS
Procurador Geral do Estado

MARIÂNGELA SARRUBBO FRAGATA
Chefe do Centro de Estudos



ESPGE
ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Revista da Escola Superior
da Procuradoria Geral do Estado
de São Paulo**

*Journal of São Paulo State's
Attorney Generalship School*

V. 2 – N. 1 – janeiro / dezembro 2011
ISSN 2179-8532



ESPGE
ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

©2010

A Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (RESPGE-SP) é uma publicação anual da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. É permitida a reprodução de trechos dos artigos, desde que mencionada a fonte original de publicação.

Tiragem 2.400 exemplares

Editora Científica / Scientific Editor

Patrícia Ulson Pizarro Werner

Conselho Editorial / Editorial Board

Alvaro Bereijo, Universidad Autonoma de Madrid, Madri, Espanha

Carlos Ari Vieira Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo/SP, Brasil

Carlos Blanco de Moraes, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Celso Antônio Bandeira de Mello, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Daniel Antônio de Moraes Sarmento, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, Brasil

Dinorá Adelaide Musetti Grotti, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Humberto Theodoro Júnior, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG, Brasil

Giselda Hiroshida, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Jorge Miranda, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Reinaldo de Lima Lopes, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Juan Zornoza Péres, Universidad Carlos III de Madrid, Madri, Espanha

Leo Pepe, Università di Roma Tre, Roma, Itália

Luiz Alberto David Araújo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Manuel Gonçalves Ferreira Filho, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Margarita de Hegedus, Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguai

Margerete Gresse, University of Washington, Seattle, EUA

Maria Garcia, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Maria Helena Diniz, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Nina Beatriz Stocco Ranieri, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Paulo Affonso Leme Machado, Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba/SP, Brasil

Sueli Dallari, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Corpo Editorial/ Publishers

Arlindo Philippi Junior, Universidade de São Paulo/SP, Brasil

Eduardo Carlos Bianca Bittar, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Érika Bechara, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Fernando Dias Menezes de Almeida, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Guilherme Assis de Almeida, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Ilton Garcia da Costa, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho/PR, Brasil

José de Melo Alexandrino, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Levi Mello do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

José Mauricio Conti, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Luciana de Toledo Temer Castelo Branco, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Márcio Pugliesi, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Maria Paula Dallari Bucci, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Pietro de Jesús Lora Alarcón, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Vidal Serrano Nunes Júnior, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Pareceristas / Reviewers

A *RESPGE-SP* conta com um grupo permanente de pareceristas, formado pelos integrantes do Conselho e do Corpo Editoriais da publicação, bem como por professores e pesquisadores da ESPGE. Além disso, a *RESPGE-SP* pode convidar especialistas *Ad hoc* para análise dos manuscritos.

EXPEDIENTE

Editora Executiva

Débora Martins – Jornalista MtB 28.176

Secretaria Executiva

Carlos Roberto Trindade Borgonovi

Rosana Santoro Henriques

Tradução Idioma Italiano

Claudia Maria Bravo Scolari

Editoração, CTP, Impressão e Acabamento

Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

Correspondência

Pedidos de permuta devem ser endereçados à ESPGE.

Exchange orders should be addressed to ESPGE.

Endereço / Address

Rua Pamplona, 227 - 2.º andar

Bela Vista – São Paulo/SP – Brasil

CEP 01405-902

Tel.: (55 11) 3286-7020/7032

E-mail: respgesp@gmail.com

Endereço eletrônico: www.pge.sp.gov.br/escolasuperior/respge

Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo
= Journal of São Paulo State's Attorney Generalship School / Escola
Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. — V. 1, n. 2
(2011)- . — São Paulo : Procuradoria Geral do Estado de São Paulo,
Escola Superior, 2011- .

Anual.

Textos multilíngues.

Resumos em português e inglês.

ISSN 2179-8532

1. Direito - Periódicos. I. São Paulo (Estado). Procuradoria Geral.
Escola Superior. II. Journal of São Paulo State's Attorney Generalship School.

CDD 340.05

CDU 34(051)

ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

EQUIPE

Diretoria

Patrícia Ulson Pizarro Werner, Procuradora do Estado, Diretora da ESPGE

Marily Diniz do Amaral Chaves, Procuradora do Estado, Vice-Diretora da ESPGE

Conselho Curador

2010

Mariângela Sarrubbo Fragata, Presidenta (membro nato), Procuradora do Estado, Chefe do Centro de Estudos

Patrícia Ulson Pizarro Werner, Diretora da ESPGE (membro nato)

Cintia Oréfica, Procuradora do Estado, representante da área do Direito Ambiental

Eugenia Cristina Cleto Marolla, Procuradora do Estado, representante da área de Direito Tributário e Financeiro

Liliane Kiomi Ito Ishikawa, Procuradora do Estado, representante da área do Direito do Estado

Mirna Cianci, Procuradora do Estado, representante da área do Direito Processual Civil

Ruth Helena Pimentel de Oliveira, Procuradora do Estado, representante da área do Direito do Estado

Nina Beatriz Stocco Ranieri, representante da Comunidade Científica

Levi de Mello, representante eleito do corpo discente

EQUIPES DE COORDENADORES E MONITORES

Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito do Estado

Coordenação:

Marily Diniz do Amaral Chaves

Carlos José Teixeira de Toledo

Ruth Helena Pimentel de Oliveira

Monitoria:

Cristiana Corrêa Conde Faldini, Enio Moraes da Silva, Liliane Kiomi Ito Ishikawa, Maria Clara Ozuna Diaz Falavigna e Milena Carla Azzolini Pereira

Especialistas:

Adriana Ruiz Vicentin, Alexandre Aboud, Anna Candida Serrano, Anna Luiza Quintela Fernandes, Carlos Roberto Trindade Borgonovi, Cintia Byczkowski, Cintia Watanabe, Elizabete Nunes Guardado, Fabiana Mello Mulato, Fabrizio de Pieroni, Hamilton de Castro Teixeira Silva, Luciana Durand Negro, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Maria Marcia Formoso Delsin, Tatiana Capochin Paes Leme, Vanessa Motta Tarabay, Virgilio Bernardes Carbonieri

Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil

Coordenação:

Mirna Cianci

Rita de Cássia Conti Quartieri

Monitores:

Claúdio Takeshi Tuda, Lúcia Cerqueira Alves Barbosa, Maria Luciana Facchina Podval, Thais Teizen

Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Tributário

Coordenação:

Estevão Horvath

Clayton Eduardo Prado

Eugenia Cristina Cleto Marolla

Monitores:

Alessandra Obara Soares de Silva, Cristina Mendes Hang, Maria Regina Domingues Alves, Mônica de Almeida Magalhães Serrano, Rafael de Oliveira Rodrigues, Telma Maria Freitas Alves dos Santos

Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direitos Humanos

Coordenação:

Ana Paula Zomer

José Luiz Souza de Moraes

Margarete Gonçalves Pedroso

Monitores:

Ana Cláudia Vergamini Luna, Luciana Augusta Sanches, Márcia Coli Nogueira, Rosely Sucena Pastore

Curso de Pós-graduação *lato sensu* em Direito Ambiental

Coordenação:

Marcelo Gomes Sodré

Cintia Oréfica

Daniel Smolentzov

Coordenação da Disciplina Filosofia e Teoria Geral do Direito:

Haroldo Pereira

João Carlos Pietropaulo

Roberto Gallego

Romualdo Baptista Santos

Funcionários

Carlos Roberto Trindade Borgonovi, Izabel Cristina Leitão de Freitas Santos, Leda Regina Machado de Lima, Mônica Achcar Azambuja, Paulo Severo dos Santos, Rosana Santoro Henriques

SUMÁRIO

Editorial

Direito Ambiental

- A proteção jurídica do meio ambiente cultural 15**
Legal protection of the cultural environment
Mariana Rosada Pantano

Direito Constitucional

- O princípio da legalidade e o direito à saúde 53**
The principle of legality and the right to health
Carla Pittelli Paschoal D'Arbo

- Indenização por equidade..... 91**
Indemnity for equity
Maria Marcia Formoso Delsin

Direitos Humanos

- Direitos humanos, estado contemporâneo e inclusão jurídica 133**
Human rights, contemporary state and juridical inclusion
Marcus Vinicius Ribeiro

Direito do Trabalho

- A representação judicial da Fazenda Pública perante a Justiça do Trabalho: uma atribuição constitucional da Advocacia Pública 157**
The State Advocacy and its role constitutionally guaranteed of legal representative of governmental units before the Labor Court
Cintia Byczkowski

Artigos Estrangeiros

Os romanos e o direito. Isto é: fundamentos e formas do direito na concepção romana..... 195

The people of Rome and the law. Or: background and ways of law in a Roman concept

I Romani e il diritto. Ovvero: fondamenti e forme del diritto nella concezione romana..... 215

Alessandro Corbino

Reflexões em torno do tema “Direito e Cibersegurança em Portugal”: notas dispersas 235

Reflections on “Law and Cybersecurity in Portugal”: some notes

Eduardo Alves Vera-Cruz Pinto

A responsabilidade penal da pessoa jurídica. Uma resenha de perspectivas e problemas..... 257

Criminal responsibility of legal entity. A review of problems and perspectives

La responsabilità penale della persona giuridica. Una rassegna di prospettive e problemi..... 277

Leo Peppe

Garantias do princípio da economia no processo por audiências 297

Guarantees of the principle of economy in hearing process

Garantias del principio de economia en el proceso por audiencias

Margarita de Hegedus

Normas Editoriais..... 313

Editorial

BEM-VINDO SEGUNDO VOLUME DA REVISTA DA ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO!

Muito me honra apresentá-lo ao leitor. Antes, porém, de revelar seu conteúdo, vamos dar um passeio pela trajetória da ESCOLA SUPERIOR DA PGE/SP.

Com efeito, hoje a Escola Superior é uma realidade que comemora seus bem vividos cinco anos.

No início da década de 1990, chefiando o Centro de Estudos, Norma Kyriakos reuniu alguns Procuradores do Estado interessados e entusiasmados com a ideia de criar e estruturar a Escola Superior da PGE. E, dessa maneira, para tal finalidade, instituiu um Grupo de Trabalho. Tive a satisfação de integrar esse Grupo. Após muitas reuniões e trocas de ideias, foi a Escola concebida e surgiu como Curso de Adaptação aos Procuradores recém-ingressados na carreira. Foi um sucesso. Assim permaneceu por um tempo.

Mais tarde, entendendo o comando da Instituição que a Escola deveria passar por reformulações, foram suspensas as atividades e o Curso de Adaptação voltou ao seu anterior formato.

Muitas outras ideias foram apresentadas para a Escola. Chegou-se a solicitar orientação ao MEC para informar os procedimentos com vistas a credenciá-la junto ao então Conselho Federal de Educação. Após alguns anos de espera, responde o Órgão consultor que o assunto era da competência do Conselho Estadual de Educação.

Assumi o comando da Instituição o Procurador Elival da Silva Ramos e concedeu a mim a honra de chefiar o Centro de Estudos, atribuindo-me a nobre tarefa de “dar vida” à Escola, nos termos da legislação imposta pelo Conselho Estadual de Educação.

A tarefa não era fácil e impossível de realizá-la sozinha. Eu já vivera essa missão e conhecia as dificuldades. Solicitei ao Procurador Geral a constituição de um Grupo de Trabalho composto por alguns colegas que integraram o primeiro grupo e de outros com experiência na área acadêmica.

Muitas reuniões, muita discussão e muito trabalho em face da legislação de regência. O Conselho Estadual de Educação, que é o órgão

normativo e deliberativo do sistema estadual de ensino é, como, aliás, deve ser, muito rígido ao elencar os requisitos necessários para o credenciamento e autorização para ministrar cursos nos estabelecimentos de ensino como se pretendeu fazer a ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Além do conteúdo dos cursos pretendidos, para atingir os objetivos da Escola é necessário apresentar e comprovar a titulação dos professores. A carga horária, a forma de seleção dos alunos, a formação dos monitores, o espaço físico destinado à escola, a biblioteca, a composição e comprovação da titulação dos integrantes do Conselho Curador e muitos outros dados são solicitados para a obtenção do credenciamento do Instituto por cinco anos. A cada curso que se pretende realizar, é necessária a autorização daquele Colegiado.

Ao final de todo esse trabalho e examinado o processo pela Câmara de Ensino Superior do Conselho Estadual de Educação, nossa Escola Superior foi aprovada e credenciada para funcionar por cinco anos e aprovados os cursos propostos.

Graças ao empenho das Diretorias que passaram pela Escola, à dedicação dos monitores, à excelência dos professores e ao carinhoso atendimento dos funcionários, a Escola Superior da PGE de São Paulo vem desempenhando importante papel no mundo jurídico nacional e internacional. A Escola, nessa sua existência, formou 108 alunos; o mesmo número encontra-se em fase de preparação de monografia. Ministraram aulas cerca de 1.100 professores, dentre os quais pós-doutores, livres-docentes, doutores, mestres e especialistas.

O certificado fornecido pela ESPGE tem validade em todo território nacional. Os portadores, além de especialistas na área que cursaram, podem ministrar aulas em qualquer universidade nacional.

Cinco anos se passaram e, novamente, o mesmo processo a ser realizado com vistas ao credenciamento. Dados colhidos, titulação comprovada etc. Por fim, o Conselho Estadual de Educação acaba de credenciar a Escola por mais um quinquênio.

Com certeza, nossa Escola Superior por muitos e muitos anos continuará trilhando o caminho do sucesso e da excelência dos cursos ministrados. Graças à dedicação e competência daqueles que acreditam no resultado e que fazem do trabalho sua razão de viver e à dedicação e eficiência da atual Diretora, Dra. Patrícia Ulson Pizarro Werner.

Bem, agora me resta apresentar este segundo número da Revista que, como o anterior, contém artigos do interesse de todos.

O leitor inicia sua caminhada por este volume com o artigo de autoria de *Mariana Rosada Pantano*, que muito bem enfoca “A proteção jurídica do meio ambiente cultural”. No âmbito do Direito Constitucional, *Carla Pittelli Paschoal D’Arbo* discorre sobre “O princípio da legalidade e o direito à saúde” e *Maria Marcia Formoso Delsin*, “Indenização por equidade”.

No campo dos Direitos Humanos, *Marcus Vinicius Ribeiro* apresenta um importante estudo sobre o “Direitos Humanos, estado contemporâneo e a inclusão jurídica”.

Tema polêmico e bem enfrentado por *Cintia Byczkowski*, diz respeito à atuação da Fazenda Pública perante a Justiça do Trabalho.

Este volume dedica vários artigos ao Direito Internacional com temas atuais e que nos convidam à reflexão. Assim, *Alessandro Corbino* apresenta “Os romanos e o direito: isto é, fundamentos e formas do direito na concepção romana”. O autor *Eduardo Vera-Cruz Pinto* nos propõe “Reflexões em torno do tema Direito e Cibersegurança em Portugal”. “O problema da responsabilidade penal da pessoa jurídica” é abordado com muita propriedade por *Leo Peppe* e, finalmente, “As garantias do princípio da economia no processo por audiências”, apresentado por *Margarita de Hegedus*, fecha, com brilhantismo, este segundo volume.

Boa leitura!

Maria Clara Gozzoli
Procuradora do Estado aposentada

A PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE CULTURAL

Legal protection of the cultural environment

Mariana Rosada Pantano¹

RESUMO

A proteção jurídica do meio ambiente cultural é o objeto do presente trabalho, que procura demonstrar a relevância do tema através do estudo histórico da preservação do meio ambiente, com especial enfoque ao aspecto cultural. O artigo destaca as contradições e conflitos decorrentes dos diversos interesses culturais no plano internacional, atentando para a influência nas relações entre os Estados. Para fins didáticos, apresenta-se o conceito legal de meio ambiente, nos seus aspectos natural, artificial, cultural e do trabalho. Em seguida, o trabalho trata do estudo da proteção jurídica do meio ambiente cultural, analisando os conceitos de cultura e patrimônio cultural e sua preservação no âmbito do direito nacional, destacando os dispositivos constitucionais e legais. Identificam-se os bens ambientais culturais brasileiros, com realce para o multiculturalismo e a multiculturalidade ambiental detectados em nossa sociedade e para o estudo dos instrumentos legais existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Tendo em vista a influência da preservação do meio ambiente cultural nas relações entre os Estados, passa-se então a uma reflexão acerca da proteção desse bem no plano internacional, oportunidade em que se discorre sobre os fundamentos da proteção e apresentam-se referências acerca do conceito de soberania, hoje em evolução, bem como os principais instrumentos jurídicos de proteção do meio ambiente cultural elaborados pela Unesco. A conclusão trata da importância da preservação da memória dos povos e suas influências políticas.

Palavras-chave: Brasil; Meio Ambiente Cultural; Proteção Legal.

ABSTRACT

Legal protection of cultural environment is the object of this study which seeks to demonstrate the relevance of the issue by studying the historical

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo – SP – Brasil. E-mail: <mpantano@sp.gov.br>. Texto recebido em 02.08.2010 e aprovado em 20.09.2010.

preservation of the environment, with focus on the cultural aspect. The paper highlights the contradictions and conflicts arising from various cultural interests at the international level, with special attention to the influence in relations between States. For teaching purposes, it presents the legal concept of environmental in all of its aspect. Then, it approaches the legal protection of the cultural environment, analysing concepts of culture and cultural heritage and its preservation under national law, paying attention to the constitutional and legal provisions. As a result, the work identifies Brazilian cultural environment, giving emphasis on multiculturalism and multicultural environment found in our society and on the Brazilian legal instruments. Considering the influence of preservation of the cultural environment in relations between States, this paper analyses the protection of cultural environment in international level, when it discuss the fundamentals of protection and it presents references concept about sovereignty as well as the main legal instruments for protection of the cultural environment prepared by the Unesco. The conclusion approaches the importance of preserving the memory of people and their political influence.

Keywords: Brazil; Cultural Environment; Legal Protection.

1 HISTÓRICO DA PROTEÇÃO AMBIENTAL

A proteção ambiental é tão antiga que, segundo constatado por *Luis Paulo Sirvinskas*, “tem como fundamento a Bíblia Sagrada”², conforme se depreende dos Salmos 24:1 e 115:16. Neles há a ideia de que a natureza não se restringe aos animais, mas a tudo que há na Terra: vegetais, minérios, ar, água etc.

Já nas lições de *Edis Milaré*, “a delimitação de espaços territoriais protegidos para a preservação de certos atributos naturais é uma prática antiga, que, aliás, se espalhou por todos os continentes, motivada principalmente por razões socioculturais”³.

Na antiguidade, o meio ambiente determinava a localização das comunidades. Fato é que os povos se assentavam e edificavam suas cidades em torno dos rios, onde a terra era mais fértil.

² SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Manual de direito ambiental*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 11.

³ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 358.

O meio ambiente era utilizado em tempos de guerra, como a obstrução de diques ou desvio do curso de rio, a fim de que a cidade inimiga ficasse submersa ou sem água.

Documentos datados de mais de três milênios e meio, como a Confissão Negativa, encontrada no Livro dos Mortos Egípcio e o Código de Hammurabi (2050 a.C.), já demonstravam a preocupação com a preservação do meio ambiente, ainda que com conotação religiosa.

Na Idade Média, objetivava-se proteger espaços territoriais, os recursos da sua fauna e *habitat*, com a finalidade exclusiva de garantir a prática da caça pela realeza e pela aristocracia rural. Como reflexo, preservava-se a cultura da época.

Verifica-se, assim, que a necessidade de se proteger o meio ambiente no mundo ocidental tem sua origem na Europa.

Até meados do século XIX, novos mecanismos de proteção ambiental foram introduzidos, todavia com vistas à utilização dos recursos naturais por parcela da população, como a extração de madeira, frutos e água.

A preocupação com a conservação das áreas naturais, para que servissem à população como um todo, teve seu início com o advento da Revolução Industrial, momento histórico em que muitos trabalhavam em fábricas e necessitavam de espaços abertos para recreação.

Nessa oportunidade, importante destacar o caráter essencialmente elitista ou utilitarista da conservação do meio ambiente, sem que houvesse atenção voltada diretamente à natureza, muito menos consciência ecológica ou cultural.

Com o passar do tempo, percebeu-se que o desenvolvimento dos países, principalmente o industrial, se dava à custa dos recursos naturais vitais, o que provocava a deterioração dos recursos ambientais. Essa destruição afetava a humanidade, em especial a saúde, o que fez com que o meio ambiente passasse a tomar importância e ser merecedor de proteção jurídica especial.

Nas palavras de *José Afonso da Silva*:

“A necessidade de proteção jurídica do meio ambiente despertou a consciência ambientalista por toda a parte, até com certo exagero, mas exagero produtivo, porque chamou a atenção das autoridades públicas

para o problema da degradação e destruição do meio ambiente, natural e cultural, de forma sufocante.”⁴

O mesmo se percebeu no tocante à cultura. Com o crescimento populacional, ocupação territorial, construções urbanas e desenvolvimento tecnológico, a preservação das culturas e bens de relevante valor histórico arqueológico e etnográfico, assim como das obras de arte, levou à edição de legislações protetivas de cunho nacional e internacional.

De se ressaltar, todavia, que a preservação do meio ambiente cultural, no plano mundial, teve início no século XIX, na França, em decorrência da Revolução de 1789, momento histórico em que vários bens arquitetônicos e artísticos ligados à Igreja ou à história do *ancien régime* foram depredados ou destruídos.

Ensina *Eurípedes Clementino Ribeiro Junior* que:

“Originalmente, a preocupação preservacionista era voltada aos monumentos e objetos artísticos de valor excepcional, às vezes levando até mesmo à destruição de bens também relevantes, porém de menor importância artística, para destaque daqueles mais notáveis. Isto explica, por exemplo, a situação atual da Catedral de Notre Dame de Paris, totalmente isolada, eis que as edificações de origem medieval que garantiam sua autêntica ambiência, foram demolidas para lhe dar destaque no século passado, perdendo-se assim definitivamente um aspecto relevante do patrimônio cultural francês.”⁵

Em 1931, foi elaborada a Carta de Atenas, como resultado do Congresso Internacional de Arquitetura Moderna, visando à proteção dos imóveis de valores arquitetônicos não apenas isolados, mas também conjuntamente. Entretanto, vislumbra a necessidade de demolição de casas insalubres ao redor de algum monumento histórico, mesmo importando na destruição de construções seculares.

Todavia, o evento que despertou especial preocupação internacional foi a decisão de construir a grande represa de Assuan, no Egito, com a qual se inundaria o vale onde se situavam os templos de Abu Simbel, um tesouro da antiga civilização egípcia construída pelo faraó

⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 430.

⁵ RIBEIRO JUNIOR, Eurípedes Clementino. A preservação do patrimônio cultural e suas particularidades. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, RS, v. 12, n. 70, nov. 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6918>. Acesso em: 11 jul. 2010.

Ramsés. Assim, em 1959, a Unesco lançou uma campanha internacional a partir de uma solicitação dos governos do Egito e Sudão. Foram realizadas pesquisas arqueológicas nas áreas que seriam inundadas, sobretudo nas cercanias dos templos de Abu Simbel e Filae, que foram então completamente desmontados e transportados para um terreno a salvo da inundação, sendo então montados novamente.

O sucesso do empreendimento conduziu a outras campanhas de salvamento, tais como a de Veneza, na Itália, a de Moenjodaro, no Paquistão e a de Borobodur, na Indonésia.

Em seguida a Unesco iniciou, com a ajuda do Conselho Internacional de Monumentos e Sítios (Icomos), a elaboração de um projeto de Convenção sobre a proteção do patrimônio cultural.

Então, em 1964, foi realizado o II Congresso Internacional de Arquitetos e Técnicos dos Monumentos Históricos, que resultou na Carta de Veneza, que abandonou o conceito de excepcionalidade como requisito da proteção, preconizando em seu artigo 1º, *in verbis*:

“A noção de monumento histórico compreende a criação arquitetônica isolada, bem como o sítio urbano ou rural que dá testemunho de uma civilização particular, de uma evolução significativa ou de um acontecimento histórico. Estende-se não só às grandes criações, mas também às obras modestas, que tenham adquirido, com o tempo, uma significação cultural.”

Nota-se que no ano seguinte foi também trazida a ideia de combinar a conservação dos sítios culturais com a dos sítios naturais, partindo dos Estados Unidos, com a criação da Fundação do Patrimônio Mundial, “que estimulasse a cooperação internacional para proteger as ‘maravilhosas áreas naturais e paisagísticas do mundo e os sítios históricos para o presente e para o futuro de toda a humanidade’.”⁶

Atualmente, conforme se demonstrará no presente trabalho, o conceito de meio ambiente cultural foi alargado, abrangendo não só bens materiais, como imateriais, nos termos da Declaração do México de 1985, de forma a estender ao máximo a proteção jurídica aos valores culturais.

⁶ UNESCO. *O patrimônio: legado do passado ao futuro*. Disponível em: <<http://www.unesco.org/pt/brasil/culture-in-brazil/world-heritage-in-brazil/heritage/>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

1.1 A influência do meio ambiente nas relações internacionais

Ao lado da consciência ecológica, surgiu a ideia de que a proteção do meio ambiente deveria se dar em âmbito mundial, já que sua deterioração tem implicância na vida não apenas da fauna, flora e cultura setorializada, mas do homem e do próprio planeta. Proteção de cunho regional, sem a interação dos países, não seria suficiente.

Com efeito, tanto a poluição como os elementos do meio ambiente não conhecem os limites geopolíticos. Também a cultura dos povos influencia e é apreciada não só pelos seus praticantes.

São verificados, destarte, problemas ambientais que afetam mais de um país. Como exemplo, cita-se a poluição transfronteiriça, que é aquela cuja fonte física se situa em uma região submetida à jurisdição de um estado, mas produz efeitos em território que não lhe pertence.

Cita-se o caso da “Fundição Trail”, entre Estados Unidos e Canadá, resolvido por um tribunal arbitral em 1941. A população americana sofria as consequências danosas da poluição transfronteiriça, causada por corrente de ar que trazia fumaça tóxica (dióxido de enxofre), produzida no Canadá por uma empresa particular. Foi a primeira manifestação formal do Direito Internacional do Meio Ambiente, na qual ficou estabelecido que os Estados são responsáveis por atos poluidores dos particulares, quando essa poluição ultrapassa as suas fronteiras.

Ademais, verificou-se a problemática da exportação de poluição. Ela é constatada quando um Estado deliberadamente transfere sua poluição para outro, que a recebe em troca de favores políticos ou por remuneração, de forma a causar evidente risco não só ao meio ambiente, mas a toda a população.

A fim de se evitarem danos, ou ao menos solucionar os já existentes, foram elaborados tratados multilaterais sobre temas tópicos. Não havia, porém, qualquer mecanismo de consulta diplomática ou decisões quanto ao tema meio ambiente.

Assim, em 1960, começaram os movimentos ambientalistas, impulsionados pela expansão dos meios de comunicação, pela democratização das relações internacionais, pela ameaça de destruição em massa com a utilização da energia nuclear e pela ocorrência de grandes catástrofes ambientais.

Como resultado da preocupação social com o meio ambiente e a necessidade de produção de regras por fonte normativa de cunho

internacional, em 1972 foi realizada pela ONU, em Estocolmo, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, com a participação de 113 países. Nela alertou-se para a gravidade da degradação causada pelas nações ricas em seu processo de desenvolvimento, bem como para a limitação e escassez dos recursos naturais. Ademais, foi conceituado o que seria “desenvolvimento sustentável” e se estabeleceram princípios para a sua promoção.

Para a proteção do meio ambiente cultural, no mesmo ano, foi firmada a já referida convenção sobre a proteção do patrimônio mundial cultural e natural.

Desde então foram observados conflitos de interesses entre os países participantes, tanto no que diz respeito à preservação da natureza, quanto no que tange à cultura.

No tocante ao meio ambiente natural, é certo que cada qual buscava o controle sobre os bens essenciais e estratégicos da natureza, sem prejuízo de qualquer ordem – econômico, principalmente.

Alguns chegaram a propor uma política de “crescimento zero”, com objetivo de preservar o que ainda estava intacto. Logicamente a proposta foi rejeitada, ou os países pobres jamais alcançariam o desenvolvimento.

Por outro lado, países como o Brasil defendiam o “crescimento a qualquer custo”. *Edis Milaré* explica que essa política fundava-se:

“[...] na ideia de que as nações subdesenvolvidas e em desenvolvimento, por enfrentarem problemas socioeconômicos de grande gravidade, não deveriam desviar recursos para proteger o meio ambiente. A poluição e a degradação do meio ambiente eram vistas como um mal menor.”⁷

A adoção de tal estratégia levou a considerável desenvolvimento industrial e econômico, todavia os reflexos no meio ambiente e saúde da população foram de grande monta.

Até a presente data, questões e disputas de cunho ambiental e econômico figuram no cenário internacional.

A título exemplificativo, no Oriente Médio, a água é produto mais raro e importante até mesmo que o petróleo, fator determinante de guerra e paz. Foi ela a responsável pelos israelenses se recusarem a deixar os territórios ocupados. Mais de dois terços da água consumida em Israel advêm de lençóis subterrâneos além das fronteiras anteriores a 1967:

⁷ MILARÉ, Edis, *Direito do ambiente*, p. 50.

Cisjordânia e Golan. Também os conflitos raciais na África acobertam a disputa por recursos naturais escassos, principalmente nas regiões do Zaire, Ruanda, Burundi e Uganda.

Não apenas o aspecto natural do meio ambiente causa atritos internacionais. A cultura, materializada em construções, esculturas e outros tipos de documentos, também é objeto de destruição entre os povos por motivos injustificáveis.

Como exemplo cita-se a paisagem natural e as ruínas arqueológicas do Vale de Bamiyan. Situado no Afeganistão, contém diversos testemunhos culturais do Reino da Bactria, dos séculos I a XIII, sendo importante manifestação da corrente Gandhara da arte budista. Em março de 2001, apesar dos protestos internacionais, por ordem do governo fundamentalista taliban, foram destruídas as duas estátuas dos Budas de Bamiyan, a maior das quais tinha 53 metros de altura, e que haviam sido escavadas em nichos na rocha por volta do século V e declaradas pela Unesco como patrimônio cultural da humanidade.

Atualmente, entidades de conservação do patrimônio histórico mundial tentam reerguê-las. Joias de civilizações antigas, os monumentos, aos pés da cordilheira de Hindu Kush, eram dos poucos no mundo com a representação de Buda em pé. Os mais novos projetos reconstruíram a imagem das estátuas com a ajuda de fotos e projeções, criando uma ideia perfeita de como eram antes, o que pode tornar possível a reconstrução das estátuas.

Recentemente, o governo da Tailândia, país de maioria budista, ofereceu-se para refazer os monumentos. O Japão, a Suíça e a Alemanha trabalham há anos no projeto de reconstrução, coordenados pelo Icomos, uma organização não governamental dedicada à preservação dos lugares considerados patrimônios culturais ou históricos da humanidade.

Menciona-se, ainda, a polêmica em torno das charges ofensivas ao profeta Maomé, que causou a queda do ministro italiano Roberto Calderoli que, após usar camisetas com as caricaturas do profeta, pediu demissão, diante de protestos até mesmo da direita de seu país. No dia 22 de fevereiro de 2006, na Nigéria, os protestos contra as charges causaram a morte de mais de 20 cristãos e a destruição de igrejas, que simbolizam, de certa forma, o Ocidente.

Em reportagem publicada em 12 de fevereiro de 2005⁸, foi noticiado que um milhão de livros, 10 milhões de documentos e 14 mil peças artísticas perderam-se no Iraque como consequência da ocupação do país pelos Estados Unidos, Grã-Bretanha e exércitos de outros estados, conforme conclusões das investigações do venezuelano Fernando Báez.

Também foi denunciado que naquela época ainda havia soldados norte-americanos que roubavam tesouros e os vendiam nas fronteiras com a Jordânia ou o Kuwait, onde mercadores de arte pagavam US\$ 57 mil por uma tabuleta suméria, relíquia da antiga Mesopotâmia.

O inventário da destruição e a denúncia apresentada contra as tropas norte-americanas de ocupação mostraram que elas violaram a Convenção de Haia de 1954 sobre a proteção do patrimônio cultural, que adiante será estudada.

Verifica-se, assim, que o meio ambiente, seja em seu aspecto cultural ou natural, influencia as relações internacionais, trazendo conflitos que devem ser solucionados para se preservar a saúde e a memória do homem.

2 CONCEITO LEGAL DE MEIO AMBIENTE

O meio ambiente pode ser conceituado sob diversas óticas. A fim de delimitar-se a abrangência deste trabalho, adota-se o fornecido pela Lei n. 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e que, em seu artigo 3º, inciso I, assim preconiza, *in verbis*: “Artigo 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - Meio ambiente, o conjunto de condições, lei, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.”

Outrossim, é de se destacar que a Constituição Federal brasileira elevou o meio ambiente ecologicamente equilibrado a direito fundamental, ao preceituar em seu artigo 225, *in verbis*:

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

⁸ VIRIATO. *A destruição da cultura pela guerra e pelos exércitos (o caso do Iraque)*. 2005. Disponível em: <<http://pimentanegra.blogspot.com/2005/02/destruio-da-cultura-pela-guerra-e.html>>. Acesso em: 20 nov. 2007.

Depreende-se, destarte, dos dispositivos colacionados, que o meio ambiente, como bem jurídico protegido, deve ser observado em sua totalidade, holisticamente entendido como um conjunto de condições que abriga e rege a vida em todas as suas formas: tudo que está a nossa volta, não apenas o espaço circunscrito, mas todos os elementos, bióticos e abióticos, naturais e artificiais, suas relações e interações dos mesmos aspectos.

A doutrina classifica, dessa forma, quatro espécies de meio ambiente merecedores de proteção especial diferenciada: o meio ambiente natural, o meio ambiente artificial, o meio ambiente do trabalho e o meio ambiente cultural.

O meio ambiente natural é o integrado pelo ar atmosférico, águas superficiais e subterrâneas, estuários, mar, solo, subsolo, elementos da biosfera e flora.

O meio ambiente artificial, por sua vez, é o construído pelo homem.

“Cuida-se da ocupação gradativa dos espaços naturais, transformando-os em espaços urbanos artificiais. Essa construção pelo homem pode dar-se em espaços abertos ou fechados. Denominam-se espaço urbano fechado os edifícios, casa, clubes etc. e espaço urbano aberto as praças, avenidas, ruas etc.”⁹

O meio ambiente do trabalho é aquele que se relaciona com a segurança do trabalhador e salubridade do local onde labora.

Por fim, o meio ambiente cultural é o composto pelo patrimônio histórico e artístico, bens móveis e imóveis cuja conservação seja de interesse público, por vinculação a fatos históricos ou pelo seu excepcional valor arqueológico, etnográfico, bibliográfico ou artístico.

Apenas registra-se que a importância do desmembramento do conceito de meio ambiente consiste na maior praticidade para o entendimento e desenvolvimento do presente trabalho.

3 O MEIO AMBIENTE CULTURAL E SUA PROTEÇÃO

Inicialmente, é de se mencionar que a expressão cultura pode ser tomada sob, pelo menos, dois aspectos: “Complexo de atividades, instituições, padrões sociais ligados à criação e difusão das belas-artes,

⁹ SIRVINSKAS, Luís Paulo, *Manual de direito ambiental*, p. 296.

ciências humanas e afins” e “o processo ou estado de desenvolvimento social de um grupo, um povo, ou uma Nação, que resulta no aprimoramento de seus valores, instituições, criações”.¹⁰

Maria Helena Diniz conceitua o vocábulo em análise sob diversas óticas. Dentre elas, destaca-se a advinda da filosofia geral e filosofia do direito:

“Aquilo que o ser humano acrescenta às coisas com a intenção de aperfeiçoá-las. Abrange tudo que é construído pelo homem em razão de um sistema de valores. O espírito humano projeta-se sobre a natureza, dando-lhe uma nova dimensão, que é o valor. Cultura é natureza transformada ou ordenada pelo homem com o escopo de atender aos seus interesses.”¹¹

A cultura, desse modo, sendo um processo de criação que revela as diversas fases das gerações humanas, faz nascer o patrimônio cultural, objeto de proteção inserido no conceito de meio ambiente.

Para melhor compreender a inclusão da cultura na proteção ambiental, transcreve-se a lição de *Edis Milaré*:

“Essa visão (holística) faz-nos incluir no conceito de meio ambiente – além dos ecossistemas naturais – as sucessivas criações do espírito humano que se traduzem nas múltiplas obras. Por isso, as modernas políticas ambientais consideram relevante ocupar-se do patrimônio cultural, expressos em realizações significativas que caracterizam, de maneira particular, os assentamentos humanos e as paisagens do seu entorno.”¹²

Com base nessa visão, pretende-se nos itens seguintes demonstrar como se dá a tutela do patrimônio cultural e destacar a importância de sua proteção, tendo em vista tratar-se da maior representação do caráter social do meio ambiente.

E exatamente nesse caráter social reside a preocupação do presente trabalho. A escolha do tema se deu tendo em vista o esquecimento de que o meio ambiente é formado também pelas tradições, expressadas em manifestações corporais, artesanais, religiosas ou pela construção de monumentos, que são tuteladas sob a designação de meio ambiente cultural.

¹⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 916.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1., p. 1.185.

¹² MILARÉ, Edis, *Direito do ambiente*, p. 399.

3.1 No Brasil

3.1.1 Conceito de patrimônio cultural

Por patrimônio cultural entende-se: “O trabalho, a criatividade, a espiritualidade e as crenças, o cotidiano e o extraordinário de outras gerações anteriores, diante do qual a geração presente terá que emitir um juízo de valor, dizendo o que querará conservar, modificar ou até demolir.”¹³

De posse desse conceito e com a percepção multifacetária do meio ambiente, desde a Constituição Federal de 1934, o Brasil dispensa tutela jurídica ao patrimônio cultural.

Atualmente, a Constituição de 1988, dentro do Capítulo III, reservou uma seção à cultura e, no artigo 216, tratou do patrimônio cultural brasileiro. Tal artigo deu definição legal ao termo, ao assim dispor, *in verbis*:

“Artigo 216 - Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.”

Com a denominação “patrimônio cultural”, a Constituição de 1988, além de determinar a proteção dos bens de valor histórico, artístico, paisagístico e arqueológico, nos moldes da legislação anterior, também definiu a abrangência desses conceitos de uma forma ampla.

De se destacar mais uma vez os ensinamentos de *Edis Milaré*:

“O patrimônio cultural é brasileiro e não regional ou municipal, incluindo bens tangíveis (edifícios, obras de arte) e intangíveis (conhecimentos técnicos), considerados individualmente e em conjunto; não se trata somente daqueles eruditos ou excepcionais, pois bastam que tais bens

¹³ MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Direito ambiental brasileiro*, p. 918.

sejam portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos que forma a sociedade brasileira.”¹⁴

Assim, entende-se por patrimônio cultural tudo aquilo que porta a identidade, ação e memória de um povo, seja de natureza material ou imaterial.

3.1.2 O patrimônio cultural brasileiro

A cultura brasileira, e em consequência o patrimônio cultural brasileiro, sofreu as mais diversas influências. Nesta oportunidade, cabe lembrar, na atenta lição de *Luzia do Socorro Silva dos Santos*:

“A ocupação do território foi feita pelos portugueses a partir do século XVI. Aqui eles encontraram diversas nações indígenas, os originais habitantes. Depois vieram os africanos, de diferentes regiões da África. É inegável reconhecer que os primeiros representavam a etnia dominante e os dois últimos as dominadas no âmbito da sociedade nascente.”¹⁵

Essas foram as três matrizes étnicas que sofreram influência de imigrantes europeus, árabes e asiáticos nos séculos seguintes, formando uma nação plural.

A Constituição Federal de 1988, reconhecendo a existência de uma sociedade multiétnica, que acabou por se distanciar das matrizes originais e formar uma nova, com características próprias, não deixou de dispensar tratamento às origens culturais brasileiras.

Assim, o artigo 215 da Constituição Federal conferiu ao Estado a incumbência de proteger “as manifestações das culturas populares, indígenas e afrobrasileiras, e as de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”. Ademais, no Capítulo VIII do Título VIII, artigos 231 e 232, reservou tutela especial à cultura indígena.

Visando a tutelar as culturas afrobrasileiras, determinou o tombamento de “todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”, em seu artigo 216, parágrafo 5º. Por derradeiro, cita-se o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que determinou que “aos remanescentes

¹⁴ MILARÉ, Edis, *Direito do ambiente*, p. 400.

¹⁵ SANTOS, Luzia do Socorro Silva dos. *Tutela das diversidades culturais regionais à luz do sistema jurídico-ambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 89.

das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”.

Todavia, não só as formações baseadas nas culturas indígenas e afrobrasileiras formam o patrimônio cultural brasileiro que, embora tenha nelas suas raízes, é constituído por qualquer bem que tenha relação de identidade, ação e memória com a formação da sociedade brasileira.

Por identidade se compreende:

“O processo de construção de significado com base em um atributo cultural, ou ainda um conjunto de atributos culturais interrelacionados, o(s) qual(ais) prevalece(m) sobre as outras formas de significado. A construção de identidade vale-se da matéria-prima fornecida pela História, Geografia, Biologia, instituições produtivas e reprodutivas, pela memória coletiva e por fantasias pessoais, pelos aparatos de poder e revelações de cunho religioso. Todos esses materiais são processados pelos indivíduos, grupos sociais e sociedades, que reorganizam seu significado em função de tendências sociais e projetos culturais enraizados em sua estrutural social, bem como em sua visão de tempo/espço.”¹⁶

Ação, por sua vez, é a realização material ou imaterial, individual ou coletiva.

Já o termo memória tem sua origem etimológica no latim e significa a faculdade de reter e/ou readquirir ideias, imagens, expressões e conhecimentos adquiridos anteriormente, reportando-se às lembranças, reminiscências. A memória cultural seria, assim, “a conservação de fatos ou ações do passado e do presente visando ao tempo futuro”.¹⁷

Além das expressões identidade, memória e ação, com a finalidade de proteger a cultura, a Lei Maior também emprega, por três vezes, o termo manifestação, traduzido como o ato de expressar, tornar público. Tal fato denota a preocupação em divulgar a cultura brasileira.

3.1.2.1 O patrimônio ambiental cultural brasileiro: conceito, natureza jurídica e titularidade

O patrimônio cultural brasileiro tem seu conceito legal esculpido no artigo 216 da Constituição Federal, já transcrito.

¹⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Direito ambiental brasileiro*, p. 918.

¹⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Direito ambiental brasileiro*, p. 919.

Por bem entende-se tudo o que possui valor. Ocorre que nem toda valoração possui conotação econômica ou seu titular é precisamente determinado.

Destarte, necessária se faz a compreensão do conceito de patrimônio cultural brasileiro à luz da Constituição Federal.

Diante da concepção multifacetária de meio ambiente exposto no início do trabalho, tem-se que:

“O meio ambiente cultural do Brasil se identifica com seu patrimônio cultural, possuindo as mesmas características do meio ambiente global – meio ambiente humano e ecologicamente equilibrado –, quais sejam, ser um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Isso revela sua natureza jurídica de bem difuso, que não pode ser apropriado por ninguém exclusivamente, identificado, ainda, por sua indivisibilidade e imaterialidade.”¹⁸

Assim, prefere-se empregar o termo patrimônio ambiental cultural, por ser mais adequado com a dogmática constitucional. Inseridos dentre os aspectos do meio ambiente, emerge a discussão acerca de sua utilização econômica.

Certo é que não se pode negar valor econômico aos bens ambientais, uma vez que o dano a eles pode ser submetido à apreciação monetária, como forma de compensação por perdas e danos morais e materiais, consoante preconizado nos artigos 5º, V, 216, parágrafo 4º, e 225, parágrafo 3º, da Constituição Federal, além dos artigos 14, parágrafo 1º, da Lei n. 6.938/81 e 1º da Lei n. 7.347/85.

Todavia, quando o ordenamento jurídico tutela a cultura, o faz com vistas à qualidade de vida da pessoa humana, em especial a brasileira, sua história e identidade. Nesse aspecto, sua proteção funda-se no princípio da dignidade humana, o que não pode ser mensurado em moeda e denota a natureza imaterial do patrimônio cultural.

Destarte, a Constituição Federal, ao albergar no seu artigo 216 bens materiais e imateriais, valorizou a imaterialidade da cultura e a materialidade de seus símbolos. Em consequência, diante da variedade de componentes que integram o patrimônio ambiental cultural, diz-se ter ela natureza jurídica híbrida.

¹⁸ SANTOS, Luzia do Socorro Silva dos, *Tutela das diversidades culturais regionais à luz do sistema jurídico-ambiental*, p. 96.

No que tange à titularidade, já foi afirmado que os bens culturais, diante de sua inclusão dentre os ambientais, são de domínio público e por isso não se submetem à apropriação particular.

Quando se diz serem de domínio público os bens culturais, assim como qualquer bem ambiental, não se está a atribuir a sua propriedade aos órgãos públicos. Apenas significa dizer que, situados na esfera dos direitos difusos, sua titularidade é coletiva ou indeterminada, cabendo ao Estado a sua preservação.

Isso se dá porque tratam-se de interesses que ultrapassam o limite da esfera do homem isoladamente considerado, não sendo possível sua apropriação ou domínio individualizado, seja por ente estatal, seja por pessoas físicas.

Não se olvida, entretanto, que alguns bens que expressam a cultura brasileira se encontram sob o domínio particular, como propriedades com arquitetura diferenciada e quadros de pintores famosos. Para que tais bens sejam protegidos, utiliza-se a regra constitucional da função social da propriedade e se coloca ao particular o ônus da preservação do bem que está sob sua propriedade.

Nesta oportunidade, de se lembrar que incumbe ao poder público a promoção da proteção ao patrimônio cultural brasileiro, sendo que é ele quem institui as formas de identificação e proteção. Algumas delas, como o inventário, o registro e o tombamento, conciliam a existência do domínio privado sobre o bem e o exercício dos direitos culturais da sociedade.

A abrangência dos bens que constituem o patrimônio cultural ambiental brasileiro é ditada desde a Carta de 1937. Sob a sua égide, foi editado o Decreto-Lei n. 25, ainda em vigor, que determinou constituir o Patrimônio Histórico e Artístico Natural “o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico” e “os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana” (art. 1º, *caput* e § 2º).

Também ainda antes do advento da Constituição Federal de 1988, a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural havia sido inserida no nosso ordenamento jurídico pelo Decreto n. 80.978, de 12 de dezembro de 1977. Essa convenção estabeleceu como patrimônio cultural, no artigo 1º, *in verbis*:

“Os monumentos: obras arquitetônicas, de escultura ou de pintura monumentais, elementos ou estruturas de natureza arqueológica, inscrições, cavernas e grupos de elementos, que tenham um valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência; os conjuntos: grupo de construções isoladas ou reunidas que, em virtude da sua arquitetura, unidade ou integração na paisagem, tenham um valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência; os lugares notáveis: obras do homem ou obra conjugadas do homem e da natureza, inclusive lugares arqueológicos, que tenham valor universal excepcional do ponto de vista histórico, estético, etnológico ou antropológico.”

Todavia, diante da nova perspectiva traçada pela Constituição de 1988, deve-se dar maior abrangência ao termo “patrimônio cultural”, a fim de se compreender inserido nele todo e qualquer bem que demarque a identidade e dinâmica cultural brasileira, seu modo de viver e sua história, sendo esse bem natural, artístico, paisagístico, histórico, arqueológico etc.

Ademais, os referidos diplomas incumbiam à autoridade administrativa a eleição do bem que faria parte do Patrimônio Histórico e Artístico Natural. Tal fato se deu também em outros países, o que, de certa forma, fazia com que esse patrimônio fosse imposto pela livre vontade do governante, muitas vezes deixando de fora bens com os quais a sociedade realmente se identificava.

Os exemplos citados por *Edis Milaré* são de grande valia:

“[...] foram os reis da Espanha que determinaram, a seu gosto, a composição do Museu do Prado, nascido a partir das coleções reais. Como o rei Felipe II não apreciava El Greco, o Prado tem pouquíssimas obras desse genial pintor. Turner, por ser inglês, e Rembrandt, por ser holandês, isto é, pertencerem a nações inimigas tradicionais da Espanha, não puderam ter suas obras adquiridas... Imagine-se qual não foi o prejuízo sofrido pelo patrimônio cultural espanhol em razão do gosto ou da opinião política de seus antigos governantes?”¹⁹

Assim, com o passar do tempo, a identificação do patrimônio cultural passou à responsabilidade dos especialistas. Eles, todavia, não estavam isentos de preconceitos e, como destaca o autor acima citado, tal fato “levou à destruição eclética do século XIX no Brasil. A maioria dos técnicos preservacionistas eram arquitetos da escola modernista, que só valorizavam as edificações coloniais”. Conclui o autor: “Daí a lacuna existente em nosso patrimônio cultural e que, infelizmente, jamais poderá

¹⁹ MILARÉ, Edis, *Direito do ambiente*, p. 401.

ser preenchida, eis que os mais significativos exemplares ecléticos já não mais existem.”²⁰

Atualmente, em atenção ao preceituado no parágrafo 1º do artigo 216 da Constituição Federal, a comunidade brasileira é chamada a colaborar na proteção e promoção do seu patrimônio cultural, juntamente com o poder público, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

A preservação desses bens realiza os princípios constitucionais da soberania e cidadania e, nos ensinamentos de *Luzia do Socorro Silva dos Santos*:

“[...] porquanto se situar no mundo e, contemporaneamente, num mundo globalizado, onde a indústria cultural mais poderosa espalha seus valores, pressupõe se reconhecer brasileiro, através de seus bens ambientais culturais, para a defesa de seus valores quando do exercício dos direitos.”²¹

Com essa preocupação, a legislação brasileira procura alargar a abrangência da proteção ambiental cultural, com vista à sadia qualidade de vida do ser humano, em especial os brasileiros e os habitantes do território nacional, no que diz respeito ao seu aspecto social.

3.1.2.2 Bens ambientais culturais

Inicialmente, apenas para melhor compreensão do título deste item, esclarece-se que alguns doutrinadores preferem a expressão bem ambiental cultural a bem cultural, como *Luzia do Socorro Silva dos Santos*. Isso porque estando tais bens inseridos no meio ambiente, a nomenclatura ora adotada reflete com maior propriedade a natureza de sua proteção jurídica e sua localização dentre os ramos do Direito.

Assim, de uma análise do *caput* do artigo 216 da Constituição Federal, compreendem-se por bens ambientais culturais todos aqueles que portam referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas

²⁰ MILARÉ, Edis, *Direito do ambiente*, p. 402.

²¹ SANTOS, Luzia do Socorro Silva dos, *Tutela das diversidades culturais regionais à luz do sistema jurídico-ambiental*, p. 102.

e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais e, por fim, os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

As formas de expressão compreendem as exteriorizações das manifestações culturais. Sedimentam a identidade nacional e influenciam o imaginário coletivo. Inseridas no primeiro inciso do dispositivo citado, acabam por englobar todos os demais, visto que modos de viver, edificações, criações artísticas, entre outros, não passam de formas de expressão da cultura brasileira.

A doutrina cita como primeira forma de expressão a língua portuguesa, com suas variantes regionais e expressões peculiares. Ao seu lado, cita-se a língua indígena, que nos termos do artigo 231 da Constituição da República, merece especial proteção, por se tratar de símbolo cultural brasileiro.

Também a música, as danças, o folclore, a literatura e as manifestações religiosas estão incluídos nas formas de expressão como patrimônio ambiental cultural. Algumas delas, como o samba, o frevo, o forró e o carnaval, carregam a cultura brasileira para além das fronteiras do país, de forma a promover a conscientização e divulgação da cultura brasileira em nível internacional.

No mesmo sentido, de se destacar que a Unesco, em outubro de 2003, aprovou uma convenção para salvaguarda do patrimônio cultural imaterial da humanidade, cujo artigo 2º definiu o patrimônio cultural imaterial ou intangível como:

“Os usos, representações, expressões, conhecimentos e técnicas – junto com os instrumentos, objetos, artefatos e espaços culturais que lhe são inerentes – que as comunidades, os grupos, e em alguns casos os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural.”

Os modos de criar, fazer e viver podem ser exemplificados como o modo de vida indígena, o artesanato e a culinária das diversas regiões brasileiras.

As criações científicas, artísticas e tecnológicas já encontram proteção no artigo 5º, IX, da Lei Maior, que assegura a liberdade de expressão. Entretanto, ganha especial tutela quando portam referência à identidade, memória ou ação da sociedade brasileira, sendo considerados bens ambientais culturais. Citam-se, dentre eles, a música popular brasileira e o cinema nacional.

As obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais foram determinados pela Constituição como bens ambientais materiais, símbolos da cultura brasileira. Dentre eles, há que se mencionar as obras de Aleijadinho, os manuscritos das poesias de Gregório de Matos e Carlos Drummond de Andrade, o Teatro Municipal de São Paulo e o Teatro Amazonas, em Manaus.

Por fim, ao enumerar os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico, a Constituição Federal deixou claro que tanto os espaços naturais quanto os construídos podem integrar o patrimônio cultural brasileiro.

Na mesma esteira, o artigo 23, III, da Constituição Federal estabelece a competência material comum das unidades da Federação para a proteção das paisagens naturais notáveis. Outrossim, o artigo 24, VII e VIII, da Constituição Federal confere a competência legislativa comum aos entes para a proteção do patrimônio paisagístico e responsabilidade por danos a bens e direitos de valor paisagístico.

Seguindo a orientação constitucional, a Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000, definiu as Unidades de Conservação da Natureza como sendo sítios de valor ecológico e científico.

Aqui cabe destacar a posição de *Paulo Affonso Leme Machado*, para quem não somente a paisagem natural notável se insere no conceito de patrimônio cultural paisagístico, mas também a construída pelo ser humano.

Nesse contexto, têm-se os conjuntos urbanos que “são formados por unidades que, somadas, têm um valor cultural próprio, notadamente arquitetônico, artístico e histórico, como são as cidades de Ouro Preto, Tiradentes e Mariana, em Minas Gerais, e Olinda, em Pernambuco”.²²

Embora construídos pelo homem, podem assumir papel de patrimônio paisagístico, merecedor da tutela especial.

Por fim, de se mencionar a Lei n. 3.924, de 26 de julho de 1961, recepcionada pela Constituição vigente, que dispõe sobre os bens ambientais culturais arqueológicos. Dentre eles podem ser mencionados os

²² SANTOS, Luzia do Socorro Silva dos, *Tutela das diversidades culturais regionais à luz do sistema jurídico-ambiental*, p. 108.

sítios históricos e arqueológicos das Missões Jesuíticas dos Guaranis, no Rio Grande do Sul.

3.1.3 Multiculturalismo e multiculturalidade ambiental brasileira

Multiculturalismo é um fenômeno social fundado na ideia de diferença. E desse ponto surgem discussões acerca dos direitos das minorias, sua identidade, reconhecimento e proteção.

Quando se fala em multiculturalismo e minorias, não só questões relativas à cultura em si são abordadas, mas também as referentes à identidade sexual, educacional e relações interpessoais.

Para o presente trabalho, todavia, a diversidade cultural é enfocada.

No Brasil, a diferença de espaços territoriais, com todas as implicações climáticas e suas consequências, culminou na diversidade de adaptação do homem ao meio ambiente natural. Ademais, numa sociedade como a brasileira, com bases étnicas tão distintas, natural que se verifique a formação de grupos, uns mais ricos, outros mais pobres, com interesses e identidades totalmente diferentes.

Ocorre que o respeito às diferenças, um dos pilares do constitucionalismo, nem sempre é verificado. Assim, é necessária a imposição de medidas assecuratórias à preservação das identidades desses grupos e, conseqüentemente, de todo conjunto de culturas brasileiras, fenômeno esse chamado multiculturalidade ambiental brasileira.

Mais uma vez, nas palavras de *Luzia do Socorro Silva dos Santos*:

“A multiculturalidade ambiental brasileira observada é uma das dimensões caracterizadoras e integrantes da pluralidade existente no meio ambiente cultural, identificada pelas diferenças regionais, originárias dos distintos fatores ecológicos, econômicos e imigratórios da ocupação humana no território nacional, que plasmaram diferentes modos de ser brasileiro. Em outras palavras, multiculturalidade ambiental aqui cunhada consiste em um dos elementos que caracterizam o sistema ambiental cultural brasileiro, formado por seu patrimônio.”²³

As diversas influências nas diferentes regiões do país formaram núcleos culturais que igualmente merecem respeito e proteção.

²³ SANTOS, Luzia do Socorro Silva dos, *Tutela das diversidades culturais regionais à luz do sistema jurídico-ambiental*, p. 139.

3.1.4 Tutela do patrimônio ambiental cultural brasileiro

Da análise do parágrafo único do artigo 216 da Constituição Federal, verifica-se que o poder público e a comunidade são incumbidos da promoção e proteção do patrimônio ambiental cultural brasileiro; entretanto, deixa ao legislador infraconstitucional a possibilidade de criar “outras formas de acautelamento e preservação”.

Dentre esses instrumentos, o registro e o tombamento se destacam, conforme veremos a seguir.

3.1.4.1 Registro de bens culturais de natureza imaterial

O Decreto n. 3.551, de 04 de agosto de 2000, instituiu o registro de bens culturais de natureza imaterial, relativos aos bens que constituem o patrimônio cultural brasileiro.

Dispõe que o registro será feito nos seguintes livros: I - Livro de Registro dos Saberes, no qual serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades; II - Livro de Registro das Celebrações, no qual serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social; III - Livro de Registro das Formas de Expressão, no qual serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas; IV - Livro de Registro dos Lugares, no qual serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas (art. 1º, § 1º).

Nos termos do decreto, a inscrição de um bem em um dos livros de registro terá sempre como referência a sua continuidade histórica e relevância nacional para a memória, a identidade e a formação da sociedade brasileira.

Aparentemente, ficará a critério do funcionário do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN a definição do tempo pretérito de vida do bem cultural, visto que o decreto não o estipula. Apenas há previsão de reavaliação, a cada dez anos, do bem cultural, para definir se o título de “patrimônio cultural do Brasil” será revalidado.

O segundo requisito exigido pelo decreto é a relevância nacional para a memória, a identidade e a formação da sociedade brasileira. O termo relevância nacional, todavia, sofre críticas porque, além de não ser textualizado na Constituição Federal, dada a multiculturalidade ambiental brasileira, algumas formas culturais podem não ter relevância

em determinadas regiões, todavia podem ser de extrema importância em outra. Assim, sugerem os especialistas que, ao lado da expressão *nacional* se coloque a *regional*.

Seguindo a orientação constitucional, o decreto em estudo legitimou a provocação da instauração do processo de registro tanto por membros do poder público como das comunidades, a saber: o Ministro de Estado da Cultura; as instituições vinculadas ao Ministério da Cultura; as secretarias dos estados, municípios e do Distrito Federal; as sociedades ou associações civis.

Do pedido deve constar a descrição pormenorizada do bem a ser registrado, acompanhada da documentação correspondente, mencionando os elementos que sejam culturalmente relevantes. Essa instrução dos pedidos pode ser feita por outros órgãos do Ministério da Cultura, pelas unidades do IPHAN ou por entidade pública ou privada que detenha conhecimentos específicos sobre a matéria.

Finda a instrução, o IPHAN emitirá parecer acerca da proposta de registro e enviará o processo ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural para deliberação. Havendo decisão favorável desse conselho, o bem será inscrito no livro correspondente e receberá o título de “patrimônio cultural do Brasil”. O mesmo conselho revalidará ou não a concessão do título.

A reavaliação do bem deve ser feita, pelo menos, a cada dez anos. Não sendo aprovada a revalidação, o bem perderá o título, mas manterá registro, apenas como referência histórica.

3.1.4.2 O tombamento

O tombamento é o ato administrativo pelo qual a autoridade competente declara ou reconhece o valor artístico, histórico, paisagístico arqueológico, bibliográfico, cultural ou científico de bens que, por isso, passam a ter proteção especial.

Conforme já anotado, o Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937, instituiu o tombamento como forma de proteção do patrimônio cultural. Segundo *Celso Antônio Pacheco Fiorillo*, “tombar significa inscrever no Livro do Tombo, que, por sua vez, indica a existência nas

repartições competentes de um registro pormenorizado do bem que se pretende preservar, mediante a custódia do poder público”.²⁴

O mesmo autor, seguido de outros, como *Paulo Affonso Leme Machado* e *Carlos Frederico Marés de Souza Filho*, todavia, acredita que o tombamento pode ser realizado pela via judicial e administrativa, diante da ausência de impedimento constitucional e da exegese de seu texto para tanto.

O bem tombado pode ser privado, público ou difuso, quando então o procedimento será de ofício, voluntário ou compulsório.

Dar-se-á o tombamento de ofício nas hipóteses em que o bem seja difuso ou esteja no domínio público.

Se particular, o procedimento será voluntário ou compulsório, nos termos do artigo 6º do diploma legal referido. Será voluntário se o particular concordar com a notificação ou requerer o tombamento de seu bem. O compulsório dar-se-á no caso de inércia do proprietário diante da notificação, quando será considerada aceitação tácita, ou após decisão desfavorável do conselho consultivo de impugnação à notificação.

A eficácia do tombamento pode ser provisória ou definitiva. Terá o primeiro efeito quando realizado pela via judicial, por meio de liminar, ou na hipótese do artigo 10 do Decreto n. 25/37, que determina a provisoriedade da medida quando iniciado o procedimento pela notificação do proprietário. Será definitivo quando findo o processo na via administrativa, com a inscrição do bem no livro competente. Também terá efeito com o início da vigência da lei que o instituiu, ou com o trânsito em julgado da decisão judicial que determinar a inscrição do bem no livro.

Os efeitos do tombamento estão descritos no Capítulo III do Decreto n. 25/37. De início, constata-se que embora não se altere a propriedade do bem, surgem obrigações de preservação. Assim, a partir de sua efetivação, a sociedade e o poder público “passam a ter meios de assegurar que ele não seja alterado, conspurcado, deteriorado, destruído, e todas as alterações ou modificações que venha a ter dependem de autorização do órgão que o tombou”.²⁵

²⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 226.

²⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 101.

Também os bens vizinhos sofrem os efeitos do tombamento. Com sua instituição, as propriedades vizinhas ao bem tombado não podem impedir ou reduzir a sua visibilidade, ou mesmo colocar anúncios e cartazes. Apesar de não haver previsão, costuma-se notificar os proprietários do entorno para acompanharem o processo de tombamento.

Outro efeito previsto no artigo 22 do diploma estudado é o direito de preferência dos entes públicos, na hipótese de venda do bem particular tombado. O bem será ofertado à União, estado e município em que se localiza o bem, nessa ordem. Tal efeito não impede, todavia, o proprietário de gravar livremente a coisa tombada. O bem, todavia, estará proibido de ser exportado.

A sua retirada do país só se dá mediante autorização e por curto prazo, sob pena de sequestro do bem e responsabilidade criminal.

Ademais, uma vez tombado, sua anotação no registro de imóveis será obrigatória.

As coisas tombadas não poderão ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, serem reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa. Tratando-se de bens pertencentes aos entes estatais, a autoridade responsável pela infração incorrerá pessoalmente na multa.

Se o proprietário de coisa tombada não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação necessárias ao bem, levará o fato ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, sob pena de multa. Recebida a comunicação e consideradas necessárias as obras, o órgão mandará executá-las, às expensas da União, devendo ser iniciadas dentro do prazo de seis meses, ou providenciará para que seja feita a desapropriação do bem.

À falta de qualquer das providências citadas, poderá o proprietário requerer que seja cancelado o tombamento da coisa.

Todavia, prevê o decreto que uma vez verificada urgência na realização de obras e conservação ou reparação em qualquer coisa tombada, poderá o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional tomar a iniciativa de projetá-las e executá-las, às expensas da União, independentemente da comunicação por parte do proprietário.

Os bens tombados ficam sujeitos à vigilância permanente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que poderá inspecioná-los sempre que julgar conveniente, não podendo os proprietários ou responsáveis criar obstáculos à inspeção.

Os bens públicos tombados têm reforçada sua inalienabilidade. Uma vez tombado, a venda somente será possível mediante lei autorizatória, e apenas a outros entes públicos.

Ainda de se mencionar o artigo 21 do Decreto n. 25/37, que equipara os atentados cometidos contra os bens tombados aos cometidos contra o patrimônio nacional.

Questão ainda debatida pelos doutrinadores é a natureza jurídica do tombamento e a necessidade de indenização.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que o instituto em tela promove uma individualização do bem, com restrições e conseqüente prejuízo para seu proprietário. Nas suas palavras:

“Em nome do princípio da ‘igualdade dos ônus dos administrados em face do estado’, cabe indenização. Entender-se de outro modo, alguns seriam obrigados a suportar desproporcionalmente ônus estabelecidos em nome do interesse de todos, no que se estaria ferindo o princípio constitucional da isonomia.”²⁶

Em que pese o entendimento contrário, no sentido de ser o tombamento modalidade de limitação administrativa, de modo que não indenizar seja a regra, a posição acima transcrita é a que ora se adota. Com efeito, o tombamento acarreta ao proprietário do bem o ônus de bem preservá-lo e sujeitar-se a imposições desconhecidas pelos demais particulares.

3.1.4.3 Os demais instrumentos de preservação cultural

Ao lado do tombamento e do registro, cita-se a desapropriação para fins de preservação cultural.

Ela acontece apenas em casos excepcionais e pode ser utilizada para a proteção de conjuntos urbanos e para a otimização do uso de certas regiões. Exemplifica-se com o centro histórico de Curitiba, que teve alguns imóveis desapropriados para destinação cultural.

O inventário é outro meio citado pela Constituição Federal. Independe de lei reguladora, lembrando que: “Os órgãos públicos responsáveis pela preservação dos valores culturais podem e devem

²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 570.

promover o inventário dos bens, para ter uma fonte de conhecimento das referências de identidade que fala a Constituição em vigor.”²⁷

Ademais, é de se destacar a existência de leis federais voltadas à proteção do patrimônio cultural: a Lei n. 3.924/62, conhecida como a Lei dos Sambaquis ou do patrimônio arqueológico, que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos; as Leis ns. 4.845/65 e 5.471/68, que regulamentam a exportação de bens culturais; a Lei n. 6.513/77, que dispõe sobre a criação de áreas especiais e locais de interesse turístico, considerados os de valor histórico, artístico, arqueológico ou pré-histórico, e as manifestações culturais ou etnológicas e os locais onde ocorram. Por derradeiro, menciona-se a Lei n. 9.605/98, que trata dos crimes contra o meio ambiente, dentre eles o meio ambiente cultural.

Não se pode deixar de apontar, por fim, os instrumentos jurídicos de proteção ao meio ambiente cultural.

A ação civil pública, com seu extensivo rol de legitimados e atuação efetiva do Ministério Público é o instrumento mais utilizado para esse fim. Também se cita a ação popular. Com a nova redação dada à Lei n. 4.717/65, possibilitou-se a propositura dessa ação constitucional para a proteção dos bens ambientais culturais, uma vez que patrimônio público passou a ser considerado “bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”.

Por fim, ressalta-se que o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção podem ser utilizados como instrumentos jurídicos para a proteção do meio ambiente cultural.

3.2 Proteção internacional

3.2.1 Fundamentos da proteção internacional

Segundo já analisado anteriormente, o meio ambiente, em qualquer dos seus aspectos, desconhece as fronteiras políticas dos Estados.

Assim, visando a proteger a cultura de todos os povos, em especial com o fim da Segunda Guerra Mundial e a criação da ONU e da Unesco,

²⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de, *Bens culturais e sua proteção jurídica*, p. 104.

foram estabelecidos acordos, convenções e recomendações, objetivando precipuamente coibir a subtração de bens culturais.

O primeiro documento internacional a se preocupar com a cultura foi o Acordo de Florença, datado de julho de 1950, que se destinava a favorecer a livre circulação de livros, publicações e objetos com caráter educativo, científico ou cultural, com vistas à não aplicação de direitos aduaneiros na importação desses produtos, para melhorar a circulação do conhecimento. Para o melhor entendimento de sua função, destaca-se a lição de *Carlos Frederico Marés de Souza Filho*:

“Na medida em que se estabelece um intercâmbio universal com a possibilidade da comunicação muito rápida, a criação universal se expande, ou em outras palavras, as fontes culturais dos produtores de todo o mundo se aproximam, de tal modo que a cultura chamada universal passa a ter elementos identificadores em quase todas partes do mundo. Passam a existir bens culturais que fazem reconhecer uma cultura internacional, mundial, como é impropriamente chamada, e que pertence a toda humanidade, sem excluir ou impedir a continuidade das identidades nacionais, locais e populares.”²⁸

Além desse acordo, outros documentos internacionais foram assinados, porém apenas com a intenção de mera colaboração ou intercâmbio para a proteção de bens nacionais.

A título exemplificativo, cita-se a Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado, estabelecida em 1954. Sua relevância consiste na criação de um registro dos bens culturais sob proteção, com a identificação de refúgios destinados a guardá-los, na hipótese de conflito armado. Ainda foi determinada a sinalização de centros monumentais e bens culturais imóveis de alta significação.

Todavia, foi apenas em 1972 que houve a aceitação jurídica da existência de bens culturais mundialmente relevantes, e que por tal motivo deveriam ser protegidos por todas as nações. A Unesco passou a exigir a defesa do patrimônio cultural “com uma força acima de cada nacionalidade individual. Somente então passou a se admitir uma lista de bens culturais e naturais que dizem respeito à Humanidade”.²⁹

Como consequência, foi aprovada a Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, documento no qual foi destacado “que a degradação ou o desaparecimento de um bem cultural e

²⁸ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de, *Bens culturais e sua proteção jurídica*, p. 129.

²⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de, *Bens culturais e sua proteção jurídica*, p. 130.

natural acarreta um empobrecimento irreversível do patrimônio de todos os povos do mundo”.

Com base nessas e em outras considerações, a Unesco deu início à proteção em caráter internacional do meio ambiente cultural, quando então as soberanias dos Estados signatários mais uma vez foram discutidas, com seu conceito revisto.

3.2.2 Soberania

Numa visão clássica, pode-se dizer que a soberania é o poder ilimitado do estado que não reconhece força superior em sua ordem interna e não se subordina a qualquer tipo de dependência no plano internacional. É frequente, nos dias de hoje, discutir-se essa noção.

Em primeiro lugar, relativamente às causas que começaram por abalar os alicerces da tradicional noção de soberania, cabe dizer que elas despontaram em meados do século passado, com as duas guerras que abalaram a Europa. A necessidade de reconstrução e o anseio pelo estabelecimento de condições para uma paz duradoura desencadearam uma nova concepção de relacionamento entre os Estados, que abandonaram o seu protecionismo econômico e o seu orgulhoso individualismo político, em prol de uma nova atitude de colaboração e mútua ajuda.

Foi notado que a independência dos Estados, embora essencial, deveria ser relativizada, dando lugar à importância dos valores comunitários, nomeadamente a ideia de solidariedade entre Estados mais e menos desenvolvidos.

Sendo assim, no Direito Internacional moderno, as convenções e os princípios que cuidam da necessidade de corrigir as desigualdades de fato entre Estados aparecem como um motor de promoção do equilíbrio entre as nações, numa ótica de solidariedade internacional.

Nesse passo, o reconhecimento do meio ambiente como bem a ser protegido em âmbito internacional iniciou-se com o já referido caso da “Fundição Trail”, a partir do qual firmou-se o entendimento de que os Estados são responsáveis pelos atos poluidores de seus habitantes nas hipóteses de poluição transfronteiriça.

Elaborou-se então o primeiro documento internacional de proteção ao meio ambiente, resultante da Conferência de Estocolmo de 1972, denominada Declaração sobre o Meio Ambiente Humano, que

contém 26 princípios de comportamento e responsabilidade a serem seguidos pelos países signatários.

Nela encontram-se disposições acerca do crescimento populacional, a necessidade de crescimento econômico – principalmente das nações em desenvolvimento – e a conservação do meio ambiente, trazendo uma nova percepção sobre os recursos naturais.

De uma análise de tais princípios, verifica-se que todos se voltam à proteção do meio ambiente natural, com evidente preocupação com sua preservação também às futuras gerações. Dentre eles, destaca-se o de número 21, que assim preconiza, *in verbis*:

“Princípio 21 - Em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo sua política ambiental e têm o dever de agir de tal modo que as atividades exercidas nos limites de sua jurisdição, ou sob seu controle, não causem prejuízo ao meio ambiente de outros Estados ou nas regiões que não dependam de qualquer jurisdição nacional.”

Ele prevê a possibilidade de exploração do meio ambiente pelos Estados, em conformidade com suas políticas ambientais, de forma a respeitar suas soberanias. Todavia, determina que suas atividades não podem causar prejuízos ao meio ambiente de outras localidades.

No mesmo sentido tem-se a Declaração de Canela, assinada em Genebra, em 13 de dezembro de 1979, que destaca a soberania, de forma concreta, quando trata da diversidade biológica (“os recursos biológicos são inequivocamente recursos naturais de cada país e, portanto, sobre eles é exercida a soberania nacional”), bem como ao dispor sobre as florestas, ao estabelecer que o aproveitamento econômico dos recursos florestais é um direito soberano dos estados que “pode e deve ser compatibilizado com a proteção do meio ambiente”.

O que se conclui, portanto, é que a noção de soberania persiste, também no que diz respeito às normas de direito ambiental, mas é relativizada, reconhecendo os Estados a necessidade de limitações e cooperação internacional, que é um princípio ambiental, para sua efetiva proteção.

3.2.3 Proteção dos bens móveis, imóveis e imateriais

Visando à proteção do meio ambiente cultural em âmbito internacional, várias convenções e tratados foram elaborados.

Com a finalidade de coibir a irregularidade e clandestinidade da prática comercial, a Unesco, em 1970, aprovou a Convenção sobre Medidas para Proibir a Exportação, Importação e Transferência de Propriedades Ilícitas de Bens Culturais, que estabeleceu que só passa a ter a qualidade de bem cultural aquele expressamente designado por cada Estado.

Ademais, adotou critérios para definir sua nacionalidade. Inicialmente, cabe salientar que tal procedimento se fez necessário porque ainda há discussão acerca da nacionalidade de bens culturais originários de um país e que, por qualquer motivo, passou a ser propriedade de outro, como no caso das múmias dos faraós egípcios que se encontram em museus da Europa.

Assim, adotou como critério a sua produção no território nacional, ou sua aquisição legítima. A legitimidade é apurada por meio da verificação de autorização da autoridade competente.

A importância da definição da nacionalidade reside no fato de que a convenção visa a coibir o tráfico de bens culturais havidos ou importados por meios ilegais.

A proteção dos bens culturais imóveis tem como base a recomendação elaborada em 1972 pela 17ª Reunião da Conferência Geral da Unesco que, em seu capítulo I, divide em três espécies o patrimônio cultural imóvel: monumentos, conjuntos e sítios.

Sua preservação, proposta como fator determinante de desenvolvimento nacional, vem acompanhada da proposta de criação de órgão público específico para proteção, preservação e restauração do patrimônio cultural, formação de pessoal especializado, inclusão, por meio de leis, de instrumentos protetivos, limitações administrativas, desapropriação dos bens principais, estabelecimento de sanções etc.

Os bens culturais imateriais, por sua vez, têm sua proteção calcada na Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural da Humanidade, realizada em Paris, em 17 de outubro de 2003, cujo objeto é a proteção da diversidade cultural.

Essa convenção determina como patrimônio imaterial, em seu artigo 2º, *in verbis*:

“Os usos, representações, expressões, conhecimentos e técnicas – junto com os instrumentos, objetos, artefatos e espaços culturais que lhe são inerentes – que as comunidades, os grupos, e em alguns casos os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural.”

Ademais, engloba as manifestações orais, incluindo o idioma, artes, espetáculos, rituais, festas, técnicas artesanais, conhecimentos e usos relacionados com a natureza e os usos sociais.

Para a preservação, é proposta uma política cultural, sendo recomendadas pesquisa, identificação, documentação, transmissão e valorização de tais manifestações.

Nesse ponto, importante destacar a responsabilidade dos Estados na preservação de seus bens culturais.

Inicialmente, cita-se o artigo 4º da Convenção da Unesco de 1972, que preconiza caber ao Estado a responsabilidade sobre os bens que integram seu próprio patrimônio, que tem também o dever de identificar, proteger e valorizar o patrimônio cultural e natural localizado dentro das suas fronteiras.

A Convenção de Haia sobre Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflitos Armados, por seu turno, em seu artigo 3º, estabelece que os Estados, mesmo em tempo de paz, devem salvaguardar os bens culturais de seus territórios contra os efeitos possíveis de um conflito armado.

O mesmo diploma prega o respeito ao bem cultural situado em território estrangeiro, proibindo a sua utilização e de seus entornos em atividades que possam expô-lo a destruição ou deterioração em caso de conflito armado.

Apenas para registro, anota-se que a cooperação internacional é pregada desde a Convenção de 1972, cujo artigo 7º “fala de um sistema de cooperação e de assistência internacional, visando a secundar os estados-partes nos esforços para preservação e identificação do patrimônio cultural e nacional”.³⁰

Também a Convenção para a Proteção do Patrimônio Imaterial, em seu artigo 19, estabelece a cooperação e assistência internacionais, com o intercâmbio de informações, experiências e iniciativas comuns.

Por fim, destaca-se o Fundo do Patrimônio Mundial, a seguir melhor analisado.

³⁰ CUREAU, Sandra Verônica. Patrimônio, uma noção complexa, identitária e cultural. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (Orgs.). *Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 741.

3.2.4 Patrimônio cultural da humanidade

Diante do reconhecimento da necessidade e importância da preservação do patrimônio cultural em âmbito internacional, em 1972, a Unesco estabeleceu uma convenção para definir e proteger os bens pertencentes ao patrimônio cultural da humanidade.

Ela define as classes de sítios naturais ou culturais que podem ser considerados para inscrição na lista do patrimônio mundial e fixa o dever dos Estados-membros quanto à identificação e papel que lhes corresponde na proteção e na preservação desses bens. Ao assinar a convenção, cada país se compromete a conservar não somente os bens do patrimônio mundial localizados em seu território, como também a proteger o próprio patrimônio nacional.

Nos dizeres de *Carlos Frederico Marés de Souza Filho*, “a preservação daqueles bens deixa de ser um problema de economia doméstica, para tornar-se um compromisso internacional”.³¹

Dentro dessa lista existe outra, a dos bens em perigo, que tem por objetivo chamar a atenção mundial para os fatores que ameaçam as características dos bens inscritos. Aos bens desta lista é dispensada atenção especial, e são eles objeto de uma ação emergencial dos respectivos países.

A solicitação de inscrição de um bem na lista do patrimônio mundial deve partir dos próprios Estados signatários. Ela deve incluir um plano que detalhe como se administra e se protege o sítio. Todavia, para serem incluídos na lista do patrimônio mundial, os bens culturais devem satisfazer a alguns critérios de seleção, quais sejam:

“i. representar uma obra-prima do gênio criativo humano, ou ii. ser a manifestação de um intercâmbio considerável de valores humanos durante um determinado período ou em uma área cultural específica, no desenvolvimento da arquitetura, das artes monumentais, de planejamento urbano ou de paisagismo, ou iii. aportar um testemunho único ou excepcional de uma tradição cultural ou de uma civilização ainda viva ou que tenha desaparecido, ou iv. ser um exemplo excepcional de um tipo de edifício ou de conjunto arquitetônico ou tecnológico, ou de paisagem que ilustre uma ou várias etapas significativas da história da humanidade, ou v. constituir um exemplo excepcional de habitat ou estabelecimento humano tradicional ou do uso da terra, que seja representativo de uma cultura ou de culturas, especialmente as que se

³¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de, *Bens culturais e sua proteção jurídica*, p. 137.

tenham tornado vulneráveis por efeitos de mudanças irreversíveis, ou vi. estar associados diretamente ou tangivelmente a acontecimentos ou tradições vivas, com ideias ou crenças, ou com obras artísticas ou literárias de significado universal excepcional (o comitê considera que este critério não deve justificar a inscrição na lista, salvo em circunstâncias excepcionais e na aplicação conjunta com outros critérios culturais ou naturais).”³²

Notam-se, assim, as duas características comuns dos bens do patrimônio mundial: monumentalidade e excepcionalidade, isto é, a obra deve ser grandiosa, monumental, única, exemplar.

Cabe ao Comitê Intergovernamental de Proteção do Patrimônio Cultural a avaliação da solicitação e organização da lista.

A partir da inscrição, o bem goza de identificação e garantia de proteção, que deve partir do Estado parte, que deverá despende inclusive esforços financeiros para a preservação. Destaca-se a criação do Fundo do Patrimônio Mundial, que tem por finalidade arrecadar verbas para custear programas de restauração ou mesmo proteção dos bens em perigo.

Tal fundo poderá ser usado quando esgotados os recursos do Estado, bem como nas hipóteses de catástrofe natural sobre o bem ou sítio do patrimônio mundial, como um terremoto, inundação, ou mesmo dano causado por conflito armado.

Cria-se, dessa forma, uma campanha internacional de suporte técnico e financeiro para resgate do bem atingido, que será incluído na lista dos bens em perigo.

3.2.4.1 O Brasil e os bens inscritos na lista

O Brasil aderiu à Convenção em setembro de 1977. Desde então tem elaborado inventários de seus bens e posterior solicitação ao Comitê da inscrição deles na lista do patrimônio mundial.

Encontram-se na lista, atualmente: a Cidade Histórica de Ouro Preto/MG; o Centro Histórico de Olinda/PE; as Missões Jesuíticas Guaranis, Ruínas de São Miguel das Missões/RS; o Centro Histórico de Salvador/BA; o Santuário do Senhor Bom Jesus de Matosinhos, em

³² UNESCO. *O patrimônio: legado do passado ao futuro*. Disponível em: <<http://www.unesco.org/pt/brasil/culture-in-brazil/world-heritage-in-brazil/heritage/>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

Congonhas do Campo/MG; o Parque Nacional de Iguaçu, em Foz do Iguaçu/PR; o Plano Piloto de Brasília/DF; o Parque Nacional da Serra da Capivara, em São Raimundo Nonato/PI; o Centro Histórico de São Luiz do Maranhão/MA; o Centro Histórico da Cidade de Diamantina/MG; a Mata Atlântica, Reservas do Sudeste SP/PR; a Costa do Descobrimento, Reservas da Mata Atlântica BA/ES; o Parque Nacional do Jaú/AM; o Complexo de Áreas Protegidas do Pantanal MS/MT; o Centro Histórico da Cidade de Goiás/GO; as áreas protegidas do Cerrado: Chapada dos Veadeiros e Parque Nacional das Emas/GO; as ilhas atlânticas brasileiras: Reservas de Fernando de Noronha e Atol das Rocas/RN.

Ademais, reconhecendo que o patrimônio cultural de um povo é essencial a sua identidade, podendo tornar-se importante fator de desenvolvimento sustentado, de promoção do bem-estar social e de cidadania, o Brasil aderiu ao Programa Monumenta.

Realizado pelo Ministério da Cultura e pelo IPHAN, em parceria com a Unesco, é executado com recursos de empréstimo do Banco Interamericano de Desenvolvimento e dos entes da federação. Possui como finalidade a revitalização, de maneira sustentada, dos principais conjuntos patrimoniais urbanos do país.

O programa propõe uma ação permanente para manter conservados e socialmente apropriados os bens tombados dos municípios atendidos. Os projetos são baseados na manifestação da população interessada, de forma que os moradores dos municípios se engajem na promoção da proteção, por serem diretamente afetados, assim como os interessados na dinamização econômica, turística e imobiliária da cidade.

Dentre as principais atividades realizadas pelo programa, encontram-se a conservação e restauração de bens tombados; educação patrimonial e promoção da cultura, com a conscientização dos benefícios de sua preservação; promoção do turismo cultural e de eventos culturais; formação, treinamento e capacitação de mão de obra para a restauração das obras.

Atualmente, o programa possui 26 cidades inscritas, muitas também constantes da lista do patrimônio mundial da Unesco, o que representa a diversidade cultural brasileira.

3.2.5 Outros documentos

Apenas a título de curiosidade, além dos documentos citados, pode-se mencionar como essenciais à proteção jurídica do meio ambiente

cultural a recomendação sobre a conservação dos bens culturais que a execução de obras públicas e privadas possa pôr em perigo, da Unesco, que visa A proteger bens, ainda que não conhecidos, diante das obras realizadas nas cidades em expansão.

Também de se mencionar o Tratado de Cooperação Amazônica, assinado pelos países da bacia amazônica, que se ocupa da preservação cultural das populações indígenas.

Por fim, mas não menos importante, tem-se a Recomendação sobre os meios mais eficazes para tornar os museus acessíveis a todos.

Tais documentos, aliados aos demais já citados, promovem a união dos Estados signatários, ao menos no que toca à preservação do meio ambiente cultural, proporcionando às presentes e futuras gerações o acesso à história viva.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, procurou-se demonstrar que a preservação da cultura é tão importante quanto a promoção do meio ambiente em seu aspecto natural porque a história e os costumes de uma sociedade, manifestados através de bens corporificados ou não, são essenciais para a manutenção de sua identidade e formação das futuras gerações.

O bem-estar está ligado não somente ao meio ambiente físico, mas também à possibilidade de se apreciar o que é história e o que está sendo criado, mantendo sempre vivas as fontes de conhecimento.

Todavia, o desenvolvimento de uma sociedade sempre coloca em risco a integridade de monumentos e outras manifestações culturais. Dessa forma, não pretendendo obstar o avanço da humanidade, a criação de instrumentos legais e jurídicos se faz necessária para promover a preservação da cultura, sendo certo que a conscientização dos povos acerca de sua importância se faz igualmente imprescindível.

Ademais, verificou-se que o interesse na preservação do patrimônio cultural não toca somente à população local. Tratando-se de bem coletivo, aos povos de todo o planeta, o patrimônio cultural é afeto, sendo certo que a todos, indistintamente, deve ser assegurado o acesso à cultura de qualquer comunidade.

Somado a esse fato, os conflitos de interesses entre as diversas nações, por motivos políticos ou religiosos, por vezes destroem o patrimônio ambiental cultural.

Dessa forma, reconhecendo a importância de sua preservação em âmbito mundial, órgãos foram criados com a finalidade específica de sua promoção, o que culminou na elaboração de acordos internacionais para a preservação do meio ambiente cultural.

Diante de tanta desarmonia no plano internacional, é no mínimo confortante o fato de que os países deixam de lado o orgulho e se unam, ao menos, para a promoção e preservação do meio ambiente cultural.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CUREAU, Sandra Verônica. Patrimônio, uma noção complexa, identitária e cultural. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (Orgs.). *Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 728-752.
- CUSTÓDIO, Helita Barreira. Normas de proteção ao patrimônio cultural brasileiro em face da Constituição Federal e das normas Ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 6, p. 18-27, abr./jun.1997.
- DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. *Vocabulário jurídico*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Coord.). *Temas de direito ambiental e urbanístico*. São Paulo: Max Limonad; Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, 1998.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Direito ambiental em evolução*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- REBELLO FILHO, Wanderley; BERNARDO, Christianne. *Guia prático de direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- RIBEIRO JUNIOR, Euripedes Clementino. A preservação do patrimônio cultural e suas particularidades. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, RS, v. 12, n. 70, nov. 2009, Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6918>. Acesso em: 11 jul. 2010.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. *Instituições de direito ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2002. v. 1.
- SANTOS, Luzia do Socorro Silva dos. *Tutela das diversidades culturais regionais à luz do sistema jurídico-ambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- UNESCO. *O patrimônio: legado do passado ao futuro*. Disponível em: <<http://www.unesco.org/pt/brasil/culture-in-brazil/world-heritage-in-brazil/heritage/>>. Acesso em: 20 nov. 2010.
- VIRIATO. *A destruição da cultura pela guerra e pelos exércitos (o caso do Iraque)*. 2005. Disponível em: <<http://pimentanegra.blogspot.com/2005/02/destruio-da-cultura-pela-guerra-e.html>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O DIREITO À SAÚDE

The principle of legality and the right to health

Carla Pittelli Paschoal D'Arbo¹

RESUMO

Este artigo reúne os temas direito à saúde, efetividade das normas constitucionais e instrumentos de normatividade da Constituição Federal em face do princípio da legalidade. Seu principal objetivo é analisar se há necessidade de atuação legislativa futura ou se as normas que versam sobre a saúde têm aplicação imediata. Após discorrer sobre o campo de incidência do princípio da dignidade da pessoa humana, a reserva do possível e o mínimo existencial, apresenta-se um estudo sobre o direito à saúde. Ainda para esclarecer a questão, aborda-se a efetividade das normas constitucionais, dando ênfase às normas programáticas. Ao analisar as normas que disciplinam o direito à saúde e a classificação das normas constitucionais, conclui-se que, embora prescrevam um direito fundamental, não têm aplicação imediata, dependendo de atuação futura e legiferante do poder público, por meio de políticas públicas. Em razão disso, busca-se dirimir quais instrumentos previstos no ordenamento jurídico são eficazes no combate à inércia do Poder Legislativo, o que gera um estudo sobre o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a iniciativa popular, e os efeitos das decisões judiciais proferidas nos dois primeiros. Por fim, apresenta-se uma crítica sobre a confusão entre direito à saúde e direito a medicamentos, sobre a utilização desenfreada da ação de mandado de segurança e sobre a atuação do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Efetividade; Legalidade; Normas Programáticas; Saúde.

ABSTRACT

This article brings together the right to health, the effectiveness of constitutional and normative instruments of the Federal Constitution in

¹ Procuradora do Estado. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo – SP - Brasil. E-mail: <cpaschoal@sp.gov.br>. Texto recebido em 12.08.2010 e aprovado em 30.09.2010.

face of the principle of legality. Its main objective is to examine whether there is need for future legislative action or whether the rules that deal with health have immediate application. In reviewing the rules about the right to health and the classification of constitutional norms, it concludes that although these norms prescribes a fundamental right, they have no immediate application and they depend on governments public policies. For this reason, it seeks which instruments under the law are effective in combating the inertia of the legislative branch, which leads to a study on the writ of injunction, the direct action of unconstitutionality by omission and the popular initiative and the effects of decisions judgments given in the first two. Finally, it reflects about the confusion between the right to health and access to drugs, the use of unrestrained action of injunction and the action of the Judiciary.

Keywords: Effectiveness; Health; Legality; Standard Norms.

1 INTRODUÇÃO

Diversamente da previdência social, que somente é devida àqueles que contribuem, e da assistência social, que somente é assegurada aos hipossuficientes, a saúde é, segundo a Constituição Federal, para todos: “A saúde é direito de todos e dever do estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”²

Embora universal, o direito à saúde não possui o alcance pretendido, em razão de haver sido positivado sob a forma de normas programáticas, o que remete, ao legislador infraconstitucional, a competência de fazer as escolhas e alocar recursos, atendendo, da forma mais abrangente possível, às necessidades sociais como um todo.

O Poder Executivo, por sua vez, deve agir sempre nos termos da lei. É o que preceitua o princípio constitucional da legalidade.

Assim, a insuficiência de lei regulamentadora impede a administração pública de atuar, o que leva os cidadãos a buscarem soluções no Poder Judiciário, que não tem dispensado a devida atenção

² BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 141.

à problemática ora apontada, ignorando aspectos intrínsecos ao regime jurídico de direito público a que está submetida a administração pública.

Observados esses aspectos, pode-se vislumbrar os conflitos gerados em face da falta de normatização infraconstitucional do direito fundamental à saúde.

A propósito, insta citar lição de *Uadi Lammêgo Bulos*: “O direito expressivo, universal e igualitário à saúde garantido na Carta Maior do país é sufocado pela omissão, complacência e conformismo e acaba sendo proporcional à situação econômica da pessoa.”³

Por outro lado, na ordem jurídica brasileira instituída pela Constituição Federal de 1988, há previsão de diversos instrumentos de proteção das liberdades públicas que têm por objetivo afastar a omissão legislativa, como o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a iniciativa popular.

De toda sorte, este trabalho pretende analisar a natureza jurídica das normas definidoras do direito à saúde, para identificar se são normas programáticas, dependentes da atuação futura do Poder Legislativo, ou se têm aplicação imediata, nos termos do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal, pois veiculam direitos fundamentais, baseados na dignidade da pessoa humana.

Com isso, busca-se discorrer acerca da efetividade do direito à saúde, em face da normatividade da Constituição, bem como sobre os institutos que podem ser utilizados para proteção desse direito, e a atuação do Poder Judiciário, sobretudo em razão do princípio da separação dos poderes, para encontrar uma forma de evitar que as normas constitucionais que estabelecem direitos fundamentais resembram ineficazes, como consequência da inércia do legislador ordinário, mas isso sem a necessidade de uma atuação usurpadora do Poder Judiciário.

³ BULOS, Uadi Lammêgo, *Constituição Federal anotada*, p. 1.339.

2 O CAMPO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

2.1 Breve evolução histórica e conceito

De acordo com *Ingo Wolfgang Sarlet*, o conceito de dignidade da pessoa humana encontra raízes no pensamento clássico e no ideário cristão. Tanto no Antigo como no Novo Testamento podem ser encontradas referências de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência de que o ser humano é dotado de valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.

Ainda segundo o mesmo autor, no pensamento filosófico e político da Antiguidade clássica, a dignidade confundia-se com a posição social da pessoa, de forma que havia pessoas mais ou menos dignas. Já no pensamento estoico, a dignidade era tida como qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas. Para os estoicos, todos os seres humanos são iguais em dignidade. Desvinculou-se a dignidade do cargo ou posição social.

No pensamento de *São Tomás de Aquino*, a dignidade da pessoa humana tem por fundamento o fato do ser humano ser criado à imagem e semelhança de Deus, mas sendo livre por natureza. Por força de sua dignidade, o ser humano existe em função da sua própria vontade.

No século XVI, o espanhol *Francisco de Vitória* defendeu que todos os homens, em razão de sua natureza humana, independentemente de serem cristãos, protestantes, índios etc., são livres e iguais e devem ser respeitados como sujeitos de direitos.

Nos séculos XVII e XVIII, no âmbito do pensamento jusnaturalista, a concepção da dignidade da pessoa humana passou por um processo de racionalização, mantendo-se a noção fundamental de igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade.

Contudo, foi na doutrina de *Immanuel Kant* que a dignidade da pessoa humana teve significado mais expressivo. Para *Kant*:

“O Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim [...]. Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência

depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).”⁴

A autonomia de vontade é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da pessoa humana.

Inúmeras críticas surgiram dessa teoria, por seu excessivo antropocentrismo. *Hegel*, filósofo alemão, sustenta uma noção de dignidade centrada na ideia de eticidade, de forma que o ser humano não nasce digno, torna-se digno no momento em que assume sua condição de cidadão. Segundo *Hegel*, cada um deve ser pessoa e respeitar os outros como pessoas. Afasta-se de *Kant*, ao não condicionar a dignidade da pessoa humana à racionalidade.

Desde então, a dignidade da pessoa humana ocupa lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico e é valor fundamental em um estado democrático de direito.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira Constituição pátria a considerar a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, inserindo-a textualmente no artigo 1º, inciso III. Com isso, a dignidade da pessoa humana não possui apenas um sentido ético e moral, mas constitui uma norma jurídico-positiva com *status* constitucional e, como tal, deve ser cumprida. É o vetor determinante da exegese da Constituição Federal de 1988, pois condiciona a atividade do intérprete dos direitos fundamentais.

Ao discorrer sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, ensina *Ingo Wolfgang Sarlet* que

“impõe-se seja ressaltada a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio, na medida em que este serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico”.⁵

⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. 2. ed. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 134-135 (Os Pensadores).

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado,

Na lição de *Uadi Lammêgo Bulos*:

“A dignidade da pessoa humana é o valor constitucional supremo que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem, expressos nesta constituição. Daí envolver o direito à vida, os direitos pessoais tradicionais, mas também os direitos sociais, os direitos econômicos, os direitos educacionais, bem como as liberdades públicas em geral [...]. Quando o texto constitucional proclama a dignidade da pessoa humana, está corroborando um imperativo de justiça social.”⁶

Discorre o mesmo autor que a dignidade da pessoa humana abarca três dimensões: 1^a) fundamentadora – núcleo basilar e informativo de todo o sistema jurídico positivo; 2^a) orientadora – estabelece metas ou finalidades predeterminadas, que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos, ou que obstacule a consecução dos fins enunciados pelo sistema axiológico-constitucional e 3^a) crítica – em relação às condutas.

A dignidade da pessoa humana é, portanto, a base de todos os direitos fundamentais, inclusive dos direitos sociais previstos na Constituição Federal.

2.2 A reserva do possível

O princípio da “reserva do possível” regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal, no tocante à efetivação de alguns direitos, condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis.

Segundo *Flávia Danielle Santiago Lima*⁷, a reserva do possível surgiu na Alemanha, durante o julgamento do famoso caso *numerus clausus* (BverfGE n. 33, S. 333) em que havia a pretensão de ingresso no ensino superior público, embora não existissem vagas suficientes, com espeque na garantia da lei federal alemã de liberdade de escolha

2007. p. 82.

⁶ BULOS, Uadi Lammêgo, *Constituição Federal anotada*, p. 83.

⁷ LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Em busca da efetividade dos direitos sociais prestacionais: considerações sobre o conceito de reserva do possível*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2177>> Acesso em: 26 dez. 2010.

da profissão. A Corte Constitucional alemã firmou entendimento que os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade.

Dessa forma, a reserva do possível é uma condicionante que o estado deve obedecer para dar efetividade ao exercício de determinados direitos que demandem gastos públicos. É a reserva do financeiramente possível.

Em face da limitação existente nas leis orçamentárias, a reserva do possível é o fundamento para a impossibilidade de atendimento pelo Estado de todos os pleitos sociais.

Assim sendo, embora a Constituição Federal de 1988 estabeleça inúmeros direitos fundamentais do homem, nem todos têm condição de aplicabilidade imediata, especialmente os direitos sociais de prestação positiva, cuja efetivação é limitada à atuação do Legislativo (normas programáticas) e à reserva do possível.

Trata-se de um aparente conflito de interesses e princípios constitucionais, cuja solução deve ser encontrada através do denominador “mínimo existencial”.

2.2.1 O mínimo existencial

Os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 abrangem os direitos individuais e coletivos (art. 5º), os direitos sociais (arts. 6º e 193 e ss), os direitos de nacionalidade (art. 12) e os direitos políticos (arts. 14 a 17).

Na lição de *Ingo Wolfgang Sarlet*⁸, a Constituição Federal de 1988 consagrou a ideia da abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais, de sorte que, além daqueles expressamente previstos no Título II, existem direitos fundamentais positivados em outras partes da Constituição, assim como existem direitos fundamentais implícitos. Para ele, o mínimo existencial é um direito social fundamental implícito que encontra seu fundamento no direito à vida e no dever do Estado de prover as condições mínimas para uma vida com dignidade.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 101.

Assim, o conceito de dignidade da pessoa humana e sua previsão como princípio fundamental fez surgir na doutrina pátria o direito fundamental a um mínimo existencial que, na verdade, vai além de pura e simplesmente assegurar a existência humana, mas, mais do que isso, visa assegurar uma existência digna, uma vida com dignidade, que é a aspiração de um estado democrático de direito.

*Ana Paula de Barcellos*⁹ assevera que o ordenamento brasileiro contém um núcleo essencial (mínimo existencial) formado por um plexo de direitos subjetivos, que podem ser exigidos e aplicados pelo Judiciário sem se cogitar de qualquer transgressão à tripartição de poderes. Esses direitos seriam indispensáveis à dignidade da pessoa humana e, em um exercício de sopesamento de princípios, sobrepujariam outros preceitos, como os de índole orçamentária.

O mínimo existencial encontra-se implícito no caráter orientador do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida que exige a garantia de meios que satisfaçam as mínimas condições de vivência digna do indivíduo e de sua família.

O mínimo existencial, portanto, é o denominador que soluciona o aparente conflito entre reserva do possível e dignidade da pessoa humana, delineando o campo de incidência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, valor plasmado na Constituição Federal de forma ampla.

3 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Assim como o direito administrativo, o princípio da legalidade nasceu com o estado de direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais, tendo em vista que é a completa submissão da Administração Pública às leis.

No estado de direito, todo poder emana do povo, que deverá exercê-lo por meio de seus representantes, e o princípio da legalidade é garantia de que o governo não terá uma atuação personalista.

No magistério de *Celso Antônio Bandeira de Mello*:

“O princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática.

⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 258.

Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no direito brasileiro.”¹⁰

Assim, como princípio da administração, o princípio da legalidade preceitua que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal. É o fruto da submissão do Estado à lei.

Ainda segundo *Celso Antônio Bandeira de Mello*, o princípio da legalidade assume vertentes diferentes em cada sociedade. Na França, Alemanha, Portugal e Espanha, a esfera em que a Administração pode se manifestar com alguma liberdade em relação à lei é incomparavelmente maior do que no Brasil, onde o princípio da legalidade causa uma compostura muito estrita e rigorosa, não deixando válvula para o Poder Executivo. A função da administração é o estrito cumprimento de lei pré-existente, de forma que “regulamentos independentes, autônomos ou autorizados são visceralmente incompatíveis com o Direito Brasileiro”.¹¹

A própria Constituição Federal prevê hipóteses em que o princípio da legalidade pode sofrer transitória constrição: são as medidas provisórias, as medidas tomadas durante o estado de defesa e o estado de sítio.

4 DO DIREITO À SAÚDE

4.1 A saúde no Brasil: desenvolvimento histórico

Desde os primórdios até os dias atuais, o ser humano convive com os riscos iminentes de uma doença. O surgimento e o desenvolvimento da medicina vêm acontecendo desde tempos muito antigos. As epidemias, que sempre seguiram as guerras e revoluções, marcaram a história mundial, podendo ser citadas a lepra e a varíola. Na Idade Média houve

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 101.

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, p. 103.

um retrocesso em todos os aspectos possíveis da humanidade, inclusive na área sanitária. O feudalismo e o absolutismo também colaboraram para o ambiente moribundo que povoava o mundo naquela época.

Em 1543 foi publicado o primeiro tratado de anatomia, quando a saúde passou a ser vista também de forma preventiva, porém o direito à saúde não integrava qualquer constituição da época.

Em 1824, quando foi outorgada a Constituição do Império, o Brasil, recém-declarado independente, iniciava a construção de uma nova sociedade. Essa constituição refletia a aplicação das teorias do liberalismo e tinha forte herança absolutista. A saúde e os serviços de vigilância sanitária eram escassos, se é que realmente existiam. Tratando-se de um Estado Liberal, não cabia ao poder público interferir nessa questão.

A legislação internacional também não regulamentava o direito à saúde.

Com a promulgação da Constituição da República, em 1891, a saúde também não foi inserida no texto constitucional que, aliás, foi um retrocesso, ao ser comparado com a Constituição do Império, em relação aos direitos sociais.

A Constituição de 1934 inaugurou o estado social brasileiro, estabelecendo normas relativas à vigilância sanitária, responsabilizando a União, os estados e os municípios quanto à matéria.

As Constituições de 1937 e 1946 silenciaram sobre o tema.

Em 1946, com a constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), definiu-se um novo conceito de saúde: a saúde é o completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças.

No direito alienígena, foi em janeiro de 1948, com a Constituição italiana, que os fenômenos da saúde e doença passaram a ser tratados como processos biológicos e sociais. A saúde é tida como um direito do cidadão e é elevada à condição de direito fundamental.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, elenca a saúde como elemento de cidadania, em seu artigo 25:

“1. Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários; e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou

noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes de sua vontade.”¹²

Várias constituições recepcionaram o tema, porém, embora o Brasil seja signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Constituição de 1967 inexistiu qualquer avanço com relação ao direito à saúde.

No direito internacional, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 03 de janeiro de 1976, tratou do direito à saúde no seu artigo 12.¹³

Somente em 1988, com a promulgação da denominada Constituição Cidadã, a saúde, de forma radical, passou a ter previsão constitucional.

Observa-se, destarte, o evidente atraso do legislador constituinte pátrio, pois a Declaração Universal dos Direitos Humanos completava 40 anos. O direito à saúde é absolutamente recente e foi consolidado como direito fundamental do homem.

No Brasil há dois sistemas de saúde: o público e o privado. Há expressa autorização constitucional para a atuação da iniciativa privada no setor. Essa atuação dá-se em caráter suplementar, ou seja, apenas como complementação, sendo regulada, normatizada, controlada e fiscalizada

¹² BRASIL. Ministério da Justiça. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 26 dez. 2010.

¹³ “Artigo 12 - 1. Os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental. 2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças. b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente. c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças. d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.” (PACTO Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: São Paulo (Estado). Procuradoria Geral do Estado. *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1997. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/direitos.htm>>. Acesso em 26 dez. 2010).

pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), autarquia especial vinculada ao Ministério da Saúde.¹⁴

Após a Constituição Federal de 1988, a saúde pública passou a ser prestada de forma descentralizada pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Nos termos do artigo 8º da Lei n. 8.080/90, os serviços executados pelo SUS, diretamente ou com a participação complementar da iniciativa privada, são organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente.

4.2 Princípios norteadores do sistema de saúde

Além dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, do direito à vida etc., a Lei federal n. 8.080/90 estabelece os princípios específicos do Sistema Único de Saúde.

Dispõe o artigo 7ª dessa lei:

“Artigo 7º - As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;

VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;

VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;

¹⁴ A Agência Nacional de Saúde foi criada pela Lei n. 9.961, de 28.01.2000 (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm>. Acesso em 26 dez. 2010).

VIII - participação da comunidade;

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde.

X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;

XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e

XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.”¹⁵

4.2.1 Princípio do acesso universal

Esse princípio garante que todos tenham acesso aos serviços de saúde, sejam de natureza preventiva ou curativa, independentemente da condição social, financeira, racial ou de qualquer outra discriminação e também de qualquer contribuição prévia ou posterior.

A universalidade é uma grande inovação, já que antes os serviços de saúde eram prestados somente para aqueles que contribuíssem, ou em caráter de assistência social.

Parte da doutrina entende que a universalidade está condicionada à existência ou não de recursos pessoais do paciente. Porém, não é esse o sentido da norma constitucional, que preceitua ser a saúde um direito de todos.

4.2.2 Princípio da integralidade de assistência

Previsto no artigo 198, II, consiste na obrigação do Estado oferecer serviços integrais à saúde para tratar qualquer doença ou agravo, ensejando a atenção individualizada a cada caso, considerando suas

¹⁵ Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 26 dez. 2010.

exigências em todos os níveis de complexidade. Significa que todas as pessoas têm direito ao atendimento e assistência sempre que necessitarem.

4.2.3 Princípio da preservação da autonomia das pessoas

Trata-se de uma prerrogativa do indivíduo, que tem o direito de escolher o tratamento e se pretende submeter-se a ele, bem como da obrigação do estado de respeitar a autonomia de vontade do administrado.

A jurisprudência, contudo, tem sinalizado pela indisponibilidade do direito à vida, autorizando a realização de procedimentos contra a vontade do indivíduo ou de seu representante legal.

4.2.4 Princípio do direito à informação às pessoas assistidas

Os pacientes têm direito de saber tudo sobre sua saúde, salvo se o conhecimento for causar risco à sua integridade física e mental. Decorre da previsão constitucional de que é assegurado a todos o acesso à informação e de que todos têm o direito de receber dos órgãos públicos informações do seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral (art. 5º, XIV e XXXIII).

4.2.5 Princípio da igualdade

Os serviços de saúde devem ser prestados de maneira uniforme e igualitária a todos os administrados. Todos que se encontrem em situações iguais devem ter acesso aos mesmos tratamentos e recursos utilizados.

4.2.6 Princípio da unicidade

O artigo 198 da Constituição Federal implanta um sistema único de saúde que difere do sistema anterior, por ser descentralizado e dividir a responsabilidade pelo seu funcionamento entre União, estados e municípios.

4.2.7 Princípio da participação da comunidade

Previsto no artigo 198 da Constituição Federal, possibilita a participação da comunidade como meio de exercício democrático. As Leis ns. 8.080/90 e 8.142/90 regulam essa participação.

4.2.8 Princípio da solidariedade no financiamento

O inciso XI do artigo 7º da Lei n. 8.080/90 prevê a conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios para prestação dos serviços de saúde. Todos os entes públicos têm responsabilidade financeira concorrente para dar efetividade à saúde.

4.3 A saúde como direito fundamental

Os direitos fundamentais do homem estão em constante evolução e passaram a ser positivados a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. A Constituição Mexicana de 1917 foi pioneira e positivou os direitos sociais como direitos fundamentais do cidadão, sendo seguida pela Carta da União Soviética. Em 1919, na Alemanha, a Constituição de Weimar manteve os direitos sociais no capítulo dos direitos fundamentais e criou o estado social de direito.

O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 afirma que a República Federativa do Brasil “constitui-se em Estado Democrático de Direito”. É uma modalidade estatal que procura transformar a realidade por meio da lei, que obriga tanto os governados como os governantes.

O estado democrático de direito, segundo leciona *Germano Schwartz* “é um compromisso assumido pela sociedade brasileira no sentido da busca de uma justiça social efetiva, de uma qualidade de vida que se faça presente; logo, da saúde também.”¹⁶

O legislador constituinte proclamou serem direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (art. 6º da CF).¹⁷

José Afonso da Silva conceitua direitos sociais como:

“Dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores

¹⁶ SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação de uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 50.

¹⁷ “Artigo 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela EC n. 26/2000).”

condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito da igualdade. Valem como pressuposto do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.”¹⁸

No estado democrático de direito, os direitos sociais ganham *status* de direitos fundamentais do homem e condicionam a atuação estatal, vinculando o poder público a realizar mudanças na procura da efetivação desses direitos.

A Constituição Federal de 1988, para tanto, elevou a saúde à condição de direito fundamental no seu artigo 126 e, como tal, ela deve ser tratada: “A saúde é direito de todos e dever do estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”¹⁹

Alguns autores consideram a saúde, assim como a educação e a segurança social, um direito de prestação, ou seja, direito do particular a obter algo através do estado. Por isso, a possibilidade de acionar o Poder Judiciário para obter o adimplemento da obrigação.

4.4 A saúde como direito subjetivo

Após concluir que a saúde é um direito fundamental do homem, para analisar a efetivação do direito à saúde, faz-se necessário verificar se, com base no artigo 196 da Constituição Federal, é possível afirmar que a saúde é um direito subjetivo oponível ao Estado, independente de legislação posterior.

O Título II da Constituição Federal de 1988 contém a declaração dos direitos e garantias fundamentais, incluindo aí os direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 289.

¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 dez. 2010.

O artigo 5º, parágrafo 1º, estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Consigna-se que esse parágrafo está em posição anterior aos artigos que se referem aos direitos sociais (art. 6º e ss.), o que poderia levar à conclusão de que não se aplica a eles. Tal assertiva, porém, não condiz com a realidade constitucional pátria, já que os direitos sociais têm natureza jurídica de direitos fundamentais.

Malgrado o teor e clareza da norma inserta no parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, a própria Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas garantidoras de direitos sociais e coletivos, de forma que, nos dizeres de *José Afonso da Silva*:

“Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta.”

E completa afirmando que o Poder Judiciário, “quando invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes”.²⁰

O mesmo autor, ao tratar especificamente da saúde, leciona:

“As ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos da lei, a que cabe executá-los diretamente ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Se a Constituição atribui ao poder público o controle das ações e serviços de saúde, significa que sobre tais ações e serviços tem ele integral poder de dominação, que é o sentido do termo controle, mormente quando aparece do lado da palavra fiscalização.”²¹

Assim sendo, conclui-se que os direitos sociais são direitos fundamentais, embora dependam de providências positivas do Poder Público, seja o Poder Legislativo, ao dar efetividade aos seus preceitos,

²⁰ SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 165.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 808-809.

editando as leis necessárias, seja o Poder Judiciário, conferindo o direito ao caso concreto.

Consigna-se a respeito, lição de *Uadi Lammêgo Bulos*:

“[...] seria um inusitado absurdo considerar toda e qualquer norma constitucional apta para produzir efeitos imediatos, através de aplicações diretas, sem qualquer remissão à legislação subsidiária. [...]. E se nos valermos da interpretação teleológica, concluiremos que o parágrafo 1º registrou a regra, ou seja, ‘terão aplicação imediata todos os direitos e garantias fundamentais que não estiverem obstaculizados por uma determinação legislativa posterior ou por uma menção explícita à lei’.”²²

Contudo, para saber se o artigo 196 da Constituição Federal de 1988 acarreta direito subjetivo oponível diretamente ao Estado, podendo ser deferido pelo Poder Judiciário no caso concreto, ou se depende de atuação legiferante do Poder Legislativo, far-se-á necessário identificar a que categoria o citado artigo pertence, quanto à efetividade das normas constitucionais.

5 DA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A Constituição de 1988 é uma Constituição formal, escrita, dogmática, promulgada, rígida e dirigente, o que significa dizer que há um texto solene em que foram inscritas normas com *status* constitucional que regulamentam todos os assuntos que o constituinte originário entendeu serem relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado. Consagra valores, metas, fins e propósitos e somente pode ser alterada por um processo legislativo mais dificultoso do que o previsto para normas infraconstitucionais.

A Carta Constitucional de 1988 expande o rol de direitos econômicos, sociais e culturais. Possui inúmeras normas programáticas, mas alguns direitos subjetivos são prontamente acionáveis.

Trata-se, portanto, de uma Constituição social, em que o Estado deve ser eficiente de forma a intervir e assegurar o bem-estar dos cidadãos. Nesse sentido, discorre *Flávia Piovesan*: “O esgotamento do modelo liberal de Estado em face do aumento de bens merecedores de tutela, que

²² BULOS, Uadi Lammêgo, *Constituição Federal anotada*, p. 401-402.

exigem a eficiência de um estado de bem-estar social, intervencionista e planejador.”²³

O próprio preâmbulo²⁴ demonstra o caráter compromissário da Constituição Federal de 1988, que priorizou direitos e princípios fundamentais, ao discipliná-los nos primeiros artigos, e o artigo 60 da Constituição Federal²⁵ demonstra a dificuldade reformadora do Congresso Nacional.

A Constituição Federal 1988 revela-se absolutamente dirigente e programática, “na medida em que boa parte dos direitos sociais enunciados no artigo 6º é redirecionada para os Títulos VII (Da Ordem Econômica) e VIII (Da Ordem Social), nos quais se alojam os programas, as tarefas e os planos que ao estado, em cooperação com a sociedade, incumbe desenvolver”.²⁶

E continua o mesmo autor:

“Este fenômeno reflete a visível abertura do texto constitucional, uma vez que a presença de considerável número de normas programáticas,

²³ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 47.

²⁴ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

²⁵ “Artigo 60 - A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º - A proposta será discutida e votada em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

²⁶ PUCCINELLI JUNIOR, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 27.

estruturadas de forma quase esquelética e ornadas com reduzida eficácia, não dispensa a mediação normativa e o desenvolvimento de uma jurisdição construtivista e comprometida com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.”²⁷

De toda forma, a Constituição Federal de 1988 possui um caráter absolutamente compromissário, com inúmeras normas programáticas. Sob esse aspecto, *Tércio Sampaio Ferraz Júnior*: “De todas as Constituições que tivemos, a de 1988 é, certamente, a mais programática.”²⁸

5.1 Da classificação das normas constitucionais quanto à eficácia

O normativismo distingue com precisão a vigência da eficácia. A vigência da norma pertence a ordem do dever-ser, é a existência da norma. Já a eficácia é o próprio ser. A norma eficaz é a norma efetivamente aplicada e respeitada, cumprida.

Vigência refere-se ao direito presente, existente naquele momento histórico. A eficácia tem duas vertentes: a eficácia social, que designa uma conduta social conforme a norma; e a eficácia jurídica, ou seja, independentemente de ser respeitada pela sociedade, a norma produz efeitos jurídicos, como o de revogar normas anteriores.

5.1.1 A classificação de *José Afonso da Silva*

Para *José Afonso da Silva*, as normas devem ser consideradas sob tríplice característica: normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral; e normas constitucionais de eficácia limitada (declaratórias de princípios institutivos ou organizativos ou declaratórias de princípios programáticos).

²⁷ PUCCINELLI JUNIOR, André, *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador*, p 33.

²⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989. p. 58.

5.1.1.1 Normas constitucionais de eficácia plena

Embora possa parecer de fácil conceituação, é muito difícil determinar um critério para distinguir as normas constitucionais de eficácia plena das normas constitucionais de eficácia contida e limitada.

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que incidem diretamente sobre os interesses que regulam. Têm aplicabilidade imediata, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários a sua executoriedade.

5.1.1.2 Normas constitucionais de eficácia contida

As normas constitucionais de eficácia contida são aquelas em que o legislador regulou suficientemente os interesses de determinadas matérias, mas deixou ao legislador ordinário a possibilidade de restringir os conceitos nela veiculados.

Embora haja possibilidade de atuação legislativa, e muitas vezes contenham a expressão “nos termos da lei”, as normas de eficácia contida diferem das normas de eficácia limitada, pois têm aplicabilidade imediata e a atuação legislativa serve apenas para conter seus regramentos.

Assim sendo, assemelham-se às normas constitucionais de eficácia plena, no que diz respeito à aplicabilidade imediata, já que o legislador deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam, distanciando-se delas por poderem restringir seu conteúdo; e assemelham-se às normas constitucionais de eficácia limitada pela possibilidade de regulamentação legislativa, porém, ao contrário dessas, o legislador pode apenas restringir sua eficácia e aplicabilidade, em vez de ampliá-las, como se dá com as normas de eficácia limitada.

São exemplos de normas constitucionais de eficácia contida o artigo 5º, incisos VIII e XIII, da Constituição Federal de 1988²⁹, pois os direitos neles previstos são ilimitados e de eficácia plena, somente podendo ser restringidos por lei posterior.

²⁹ “Artigo 5º - [...] VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; [...] XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a leis estabelecer;”

5.1.1.3 Normas constitucionais de eficácia limitada

José Afonso da Silva divide as normas constitucionais de eficácia limitada em: a) normas de princípio institutivo ou organizativo e b) normas de princípio programático. Ambas dependem de legislação futura e, por isso, não têm aplicação imediata.

As normas de princípio institutivo ou organizativo são normas não programáticas dependentes de legislação. São de eficácia limitada, pois é o legislador ordinário que lhes vai conferir executoriedade plena. São as que contêm o início ou esquema de determinado órgão, entidade ou instituição, deixando a efetiva criação, estruturação ou formação para lei complementar ou ordinária. Pode ser citado como exemplo o artigo 33: “A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos territórios.”

As normas de princípio programático ou normas programáticas contêm um conteúdo socioeconômico, traduzindo-se em programas a serem seguidos e alcançados pelo Estado. Buscam atribuir fins ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico. São de verdadeiros programas de intervenção na ordem econômica, interferência no domínio privado, com vistas a assegurar a todos existência digna, corrigindo desigualdades ou suprimindo carências sociais.

Conclui o autor que são características básicas das normas de conteúdo programático:

“I - São normas que têm por objeto a disciplina dos interesses econômico-sociais, tais como: realização da justiça social e existência digna; valorização do trabalho, desenvolvimento econômico; repressão ao abuso do poder econômico; assistência social, intervenção do Estado na ordem econômica, amparo à família; combate à ignorância; estímulo à cultura, à ciência e à tecnologia.

II - São normas que não tiveram força suficiente para se desenvolver integralmente, sendo acolhidas, em princípio, como programa a ser realizado pelo estado, por meio de leis ordinárias ou de outras providências.

III - São normas de eficácia reduzida, não sendo operantes relativamente aos interesses que lhes constituem objeto específico e essencial, mas produzem importantes efeitos jurídicos, como teremos oportunidade de mostrar.”³⁰

³⁰ SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 150.

5.1.2 A classificação de *Maria Helena Diniz*

Maria Helena Diniz classifica as normas constitucionais tendo por critério a intangibilidade e a produção dos efeitos concretos, dividindo-as em normas constitucionais com eficácia absoluta, plena, relativa restringível e relativa complementável ou dependentes de complementação.

Para essa autora, as normas constitucionais de eficácia absoluta são aquelas intangíveis, de forma que contra elas nem mesmo há o poder de emendar. Conferem uma força paralisante de toda a legislação que, explícita ou implicitamente, vier a contrariá-las.

Normas com eficácia plena são aquelas que possuem desde a entrada em vigor possibilidade de produzirem os efeitos previstos.

Normas de eficácia restringível são as normas de eficácia contida de *José Afonso da Silva*, alterando apenas a nomenclatura, por entender mais apropriada, já que têm aplicabilidade imediata ou plena.

Finalmente, há normas dependentes de complementação, que têm aplicação mediata, por dependerem de norma posterior.³¹

5.1.3 A classificação do artigo 196 da Constituição Federal quanto à aplicabilidade

Reza o artigo 196 da Constituição Federal: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Ao discorrer sobre as normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral, *José Afonso da Silva* afirma que o artigo 196 da Constituição Federal não é norma programática:

“Não incluímos aqui nem o direito à saúde (art. 196), nem o direito à educação (art. 205), porque em ambos os casos a norma institui um dever correlato de um sujeito determinado: o estado que, por isso, tem a obrigação de satisfazer aquele direito. Se esta não é satisfeita, não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito, de descumprimento da norma.”³²

³¹ DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 98-103.

³² SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 150.

Uadi Lammego Bulos, contudo, ao analisar esse artigo, afirma que:

“O artigo 196 é programático. Ora, o reconhecimento da saúde, como direito fundamental do homem, não alcançou efetividade, no primeiro decênio de constituição. Assim, um direito expressivo e universal ficou postergado e, por via oblíqua, negado, condicionado, sufocado, anulado, porque, nesse campo, grassou indiferença, acomodação, omissão, ignorância, complacência e conformismo.”³³

Observa-se, portanto, que não há unanimidade quanto à classificação das normas sobre o direito à saúde, no que se refere a sua aplicabilidade, se programáticas ou de aplicação imediata, já que se trata de um direito fundamental.

*Germano Schwartz*³⁴ reconhece que a programaticidade do artigo 196 acarreta diversas consequências: primeiro, por ser uma norma de eficácia limitada, depende de lei para se desenvolver integralmente; não se poderia falar em direito público subjetivo oponível contra o Estado; não poderia o cidadão lesado buscar tutela da saúde, quer pela via judicial ou administrativa; o dever do Estado seria limitado à implementação de políticas públicas, respeitando princípios e verbas orçamentárias; o Poder Judiciário não poderia exigir do Executivo ações positivas ou negativas em relação à saúde, pois seria uma afronta ao princípio da separação dos poderes.

Atualmente, os tribunais pátrios têm considerado o artigo 196 da Constituição Federal norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, principalmente nas ações pleiteando medicamentos. Contudo, tal assertiva também traz inúmeras consequências:

a) somente são atendidas a contento as pessoas que demandam contra o Estado. As ações geralmente são individuais;

b) há previsão pelo Ministério da Saúde de medicamentos padronizados que são distribuídos gratuitamente e que abrangem praticamente todas as moléstias, porém os pedidos dizem respeito a outros medicamentos ou tratamentos, incluindo medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa);

³³ BULOS, Uadi Lammego, *Constituição Federal anotada*, p. 1.339.

³⁴ SCHWARTZ, Germano, *Direito à saúde: efetivação de uma perspectiva sistêmica*, p. 59-60.

c) o Poder Judiciário assume o papel de gestor público, substituindo-se na função do Executivo, a quem compete a formulação da Política Nacional de Medicamentos, elaborando a lista de medicamentos que devem ser distribuídos gratuitamente e os requisitos para tanto;

d) foram descobertas diversas espécies de fraudes praticadas por laboratórios, e mesmo por indivíduos que acabam comercializando os medicamentos recebidos por ordem judicial, sem o controle do Executivo;

e) não é observado o princípio da reserva do possível. Os recursos públicos são insuficientes para atender às demandas sociais, impondo sempre ao Estado a tomada de decisões difíceis. As decisões judiciais acarretam prejuízo na administração dos recursos públicos; e

f) a pior consequência da excessiva atuação judicial no que se refere à saúde é o descumprimento de princípios básicos de direito, a começar pelo princípio da universalidade e igualdade de acesso à saúde, até os princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade administrativa, bem como o princípio da reserva do possível e da separação de poderes.

Nem mesmo se pode afirmar que a dignidade da pessoa humana é integralmente observada através das concessões dos provimentos jurisdicionais, pois, para atender ao pleito de um jurisdicionado baseado no fundamento de que a saúde é direito fundamental, o direito de várias outras pessoas é inviabilizado, diante da impossibilidade de prestação da assistência básica prevista na lei, por ausência de verba pública, ante a sua utilização para atender às ordens judiciais.

Não se pretende aqui negar o acesso ao Poder Judiciário em matéria de saúde, mas conforme observa *Luis Roberto Barroso*:

“O Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas públicas de saúde. O Poder Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública. O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a microjustiça, ao invés da macrojustiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública.”³⁵

³⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=52582>. Acesso em: 26 dez. 2010.

Mas como dar efetividade ao direito à saúde, se o Poder Executivo deve fundamentar seus atos em disposições legais e não pode obrigar o Poder Legislativo a legislar?

A resposta a essa questão encontra-se na própria Constituição Federal.

6 O CONSTITUCIONALISMO E A NORMATIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO

O constitucionalismo é a possibilidade de tutela das liberdades públicas pelos cidadãos, por meio de sua previsão em um texto constitucional dirigido a todos, inclusive aos detentores do poder público, o que lhes assegura o direito de exercerem as prerrogativas inalienáveis do ser humano contra qualquer um que as infrinja.

Em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamou em seu artigo 16 que “toda a sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição”. Foi a forma encontrada pela doutrina liberal para se livrar dos abusos dos monarcas.

Os documentos constitucionais são amplos e analíticos, no intuito de proteger os indivíduos da atuação dos governantes. As Constituições são dirigentes, com a presença de diversos direitos fundamentais, que se apresentam na vertente axiológica (são os reclamos por uma sociedade melhor, justa e igualitária) e na vertente praxeológica (dimensão operativa do constitucionalismo contemporâneo, ou seja, existência de instrumentos de proteção das liberdades públicas).

Especificamente com relação à possibilidade de exercício de normas constitucionais definidoras de direitos e garantias individuais não regulamentadas, a ordem jurídica brasileira, instituída pela Constituição Federal de 1988, prevê os seguintes instrumentos de eficácia constitucional: mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e iniciativa popular.

6.1 Instrumentos de eficácia constitucional

6.1.1 Mandado de injunção

O mandado de injunção é a ferramenta constitucional que tem por finalidade sanear um problema específico: a ocorrência de

omissão legislativa que torne inviável o exercício de direitos assegurados constitucionalmente ou impeça a efetivação das prerrogativas inerentes à soberania, cidadania e nacionalidade afirmadas em legislação constitucional ou infraconstitucional.

O cabimento do mandado de injunção depende da coexistência de dois requisitos: omissão legislativa e que essa omissão esteja impedindo o exercício de direitos constitucionais ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e à cidadania.

Assim, se esse impedimento não decorrer da carência de norma regulamentadora, não caberá a injunção.

6.1.1.1 Natureza jurídica da sentença proferida em mandado de injunção

Diversas teorias tentam explicar a essência do mandado de injunção:

a) Teoria da subsidiariedade ou não concretista: para os adeptos desta teoria, na decisão do mandado de injunção, deve o órgão julgador se limitar a declarar a mora legislativa, cientificando o responsável pela edição normativa necessária, tal como ocorre com a inconstitucionalidade por omissão. Esta teoria foi adotada como guia de postura pelo Supremo Tribunal Federal em vários julgamentos, o que acabou por criar desprestígio ao instituto.

A propósito, pode ser citado voto proferido em mandado de injunção³⁶ pelo Ministro Moreira Alves, cuja síntese é a seguinte:

“[...] é ação que visa obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora regulamentar do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com ação direta de inconstitucionalidade por omissão [...], com a determinação, se for o caso, da suspensão de processos judiciais ou administrativos.”

A sentença nessa hipótese seria meramente declaratória e não surtiria efeito prático eficiente.

³⁶ STF – MI n. 107-3/DF, rel. Min. Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 18 jun. 2008.

b) Teoria da independência jurisdicional: segundo esta concepção, também chamada de *concretista geral*, a natureza jurídica da sentença proferida em mandado de injunção é *constitutiva erga omnes*, ou seja, caberia ao órgão judiciário editar uma norma geral, fugindo ao caso concreto. O Judiciário substituiria em todos os termos o órgão responsável pela edição da norma.

c) Teoria da resolatividade ou concretista individual: para dar real efetividade ao instituto, surgiu a teoria da resolatividade que, para a maioria dos juristas, parece mais adequada ao espírito do instituto. Para esta teoria, o órgão jurisdicional demandado deve decidir o caso com base nos princípios constitucionais e no seu sentimento de equidade, permitindo a imediata efetivação do direito subjetivo enunciado de forma incompleta.

6.1.1.2 Posição do Supremo Tribunal Federal

Tem-se observado nos julgamentos proferidos pela Corte Suprema Constitucional a preferência pela teoria da subsidiariedade, limitando-se a declarar a mora do legislador. Excepcionalmente, ao julgar mandado de injunção referente à norma prevista no artigo 8º, parágrafo 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o Supremo Tribunal Federal assumiu uma postura intermediária, conferindo prazo razoável para o responsável pela iniciativa legislativa sanar a omissão. Ao final do prazo, mantendo-se a inércia, o interessado ficou autorizado a exercer o direito invocado. Cabe salientar que o prazo para edição da norma estava previsto constitucionalmente³⁷. O Supremo Tribunal Federal também adotou a posição concretista para proteger o direito constitucional previsto no artigo 195, parágrafo 7º.

Malgrado a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal seja não concretista, alguns ministros da corte constitucional brasileira adotam a posição concretista individual, subdividindo-a em duas vertentes: concretista individual direta e concretista individual intermediária.

Pela primeira, o Poder Judiciário, ao julgar o mandado de injunção, implementa imediatamente a norma. Adotam essa posição os ministros Marco Aurélio de Mello e Carlos Velloso.

³⁷ STF – MI n. 447/DF, rel. Min. Moreira Alves, j. 05.05.1994.

Segundo o ministro Marco Aurélio de Mello, o provimento judicial:

“[...] deve alcançar o desiderato previsto no mandado de injunção, deve viabilizar o exercício, em si, do direito, porque senão de mandado de injunção não se tratará, no caso, nem tampouco, de uma sentença harmônica com esse instituto, mas de uma sentença pertinente à ação de direito de inconstitucionalidade por omissão.”³⁸

No mesmo sentido, o Ministro Carlos Velloso, em julgamento de mandado de injunção³⁹, enfatizou em seu voto que, enquanto na ação de inconstitucionalidade por omissão, que se inscreve no contencioso jurisdicional abstrato, compete ao Supremo Tribunal Federal declarar a omissão inconstitucional e cientificar o órgão competente para adotar as providências cabíveis (art. 103, § 2º, da CF), no

“mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável, em razão da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável (art. 5º, LXXI, da CF).”

Já o ex-ministro Néri da Silveira adotava a posição concretista individual intermediária, entendendo que após julgar a procedência do mandado de injunção, deve ser concedido um prazo de 120 dias para elaboração da norma regulamentadora. Ao término do prazo, o Supremo Tribunal Federal deve fixar as condições necessárias ao exercício do direito por parte do autor.

Consigna-se que não há qualquer ofensa ao princípio da separação dos poderes na adoção da posição concretista, pois, a própria Constituição Federal prevê um sistema de freios e contrapesos visando a impedir o arbítrio estatal.

6.1.2 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Para combater a denominada síndrome de inefetividade e dar eficácia plena a todas as normas constitucionais, a Constituição Federal de 1988 previu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

³⁸ STF – MI n. 232/RJ, rel. Min. Marco Aurélio de Mello, j. 02.08.1992.

³⁹ STF – MI n. 95/RO, rel. Min. Carlos Velloso, j. 07.10.1992.

Diferente do mandado de injunção, que pode ser impetrado por qualquer pessoa, somente têm legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade por omissão o presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, as Mesas das Assembleias Legislativas e da Câmara Legislativa, os governadores dos estados e do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, partidos políticos com representação no Congresso Nacional, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (art. 103).⁴⁰

De acordo com o texto constitucional, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias. A ausência de prazo para cumprimento da decisão pelo Poder Legislativo acaba por tornar ineficiente o instituto.

6.1.3 Iniciativa popular

A Constituição Federal consagrou como instrumento da soberania popular a iniciativa popular de lei. Prevista no artigo 14, inciso III, pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por no mínimo um por cento (1%) do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco estados, com não menos de três décimos por cento (0,3%) dos eleitores de cada um deles.⁴¹

A iniciativa popular também é uma forma de dar efetividade às normas constitucionais, pois, permite desencadear o processo de elaboração legislativa.

⁴⁰ “Artigo 103 - Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela EC n. 45/2004) I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela EC n. 45/2004) V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela EC n. 45/2004) VI - o Procurador geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

⁴¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 dez. 2010.

7 O MANDADO DE SEGURANÇA E SUA UTILIZAÇÃO PARA PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Hely Lopes Meirelles define o mandado de segurança como:

“[...] sendo o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.”⁴²

Assim, o mandado de segurança consiste em ação de natureza constitucional e só pode socorrer a quem sofra lesão (ou ameaça de lesão) a direito líquido e certo, ou seja, direito incontestável.

No caso do direito à saúde, os indivíduos têm-se valido dessa ação com o objetivo de conseguir o fornecimento de medicamentos, tratamentos, insumos, suplementos alimentares, exames etc.

Nessas hipóteses, entretanto, não há demonstração de direito líquido e certo, mas o impetrante demonstra tão somente possuir interesse, consubstanciado na pretensão de que o estado custeie os medicamentos, tratamentos etc. que não são fornecidos pelo SUS.

Do magistério de *José Cretella Júnior*, pode ser extraída a seguinte lição:

“Não se confunde direito com simples interesse. A ação do mandado de segurança protege direitos, jamais interesses. [...] Interesse é uma pretensão do indivíduo. Todas as pessoas têm interesses, mas direito é a pretensão protegida pela norma jurídica. O interesse é gênero de que o direito é espécie.”⁴³

Não é todo e qualquer direito que pode ser protegido pela via mandamental, mas apenas o direito líquido e certo que, segundo posicionamento já consolidado, é aquele direito titularizado pelo impetrante, embasado em situação fática perfeitamente delineada e comprovada de plano por meio de prova pré-constituída. É o direito capaz de ser comprovado de plano.

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 21.

⁴³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Lei do Mandado de Segurança*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 61.

O direito à saúde, genericamente considerado e dirigido a todos, é um direito líquido e certo, comprovado de plano, contudo o direito a um medicamento ou tratamento não é.

Realmente, é imprescindível a realização de prova técnica para comprovação, por meio de laudo pericial, das doenças apontadas nas inúmeras iniciais, bem como de que o medicamento, insumo ou tratamento solicitados são os únicos eficazes para a patologia do impetrante.

E, para tanto, é evidente que não basta uma singela receita médica, principalmente sabendo-se que existem tantas e tão constantes divergências de diagnóstico e de indicação de tratamento de um médico para o outro, levando-se em conta o seu grau de conhecimento, a sua experiência, a sua linha de conduta etc.

A ausência de prova irrefutável do alegado na inicial, por si só, afasta a liquidez e certeza do direito, afastando a possibilidade de utilização do mandado de segurança.

Contudo, o *writ* tem sido utilizado sem limites, com fundamento no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, o que não condiz com a realidade do instituto.

Assim, como acima exposto, os institutos previstos para provocar o Poder Legislativo e tirá-lo da inércia que prejudica os cidadãos são apenas e tão somente: o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a iniciativa popular.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou analisar as normas constitucionais que disciplinam o direito à saúde.

O princípio da dignidade da pessoa humana, embora seja um princípio basilar do direito constitucional pátrio, não pode ser interpretado isoladamente, mas em conjunto com as demais normas constitucionais, como um sistema de que faz parte e não pode ser dissociado.

A justiça deve ser observada sob um enfoque coletivo e social e não individual, de modo a priorizar o interesse de um em detrimento dos demais membros da sociedade, o que fere o princípio da igualdade. O mínimo existencial e a reserva do possível são denominadores que precisam ser observados no momento de conceituar-se e delimitar-se a dignidade da pessoa humana.

Além dos princípios fundamentais, a Constituição Federal disciplina aqueles a serem seguidos pela administração pública na gestão do dinheiro público, dentre os quais está o princípio da legalidade, que proíbe a atuação do Poder Público sem lei específica acerca do tema.

Portanto, pode-se observar o conflito entre princípios constitucionais.

Daí a importância de analisar a natureza jurídica das normas que preceituam o direito à saúde e qual a sua efetividade e aplicabilidade.

Com o advento de Constituições dirigentes, aumentou a problemática da aplicação das normas constitucionais, particularmente no Brasil, cuja Constituição Federal assume um papel importantíssimo nas conquistas sociais, estabelecendo inúmeros programas de governo.

O direito à saúde não está expresso no artigo 5º da Carta Constitucional, que elenca os direitos e garantias fundamentais, mas se encontra no *caput* do artigo 6º, ditame que norteia políticas públicas coletivas, como o direito ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social etc.

Mas é o artigo 196 da Constituição Federal que fundamenta as inúmeras ações judiciais sobre o tema.

Trata-se, porém, de uma norma programática que depende de atuação futura do legislador, para que tenha efetividade. O próprio dispositivo é claro nesse sentido: “mediante políticas sociais e econômicas que visem [...]”

Assim sendo, cabe aos Poderes Executivo e Legislativo a edição de leis que disciplinem políticas públicas e tornem efetivo o direito à saúde.

A Constituição Federal de 1988 contemplou garantias constitucionais que visam a assegurar os direitos nela previstos, de modo a não permitir que a omissão legislativa tenha o condão de alterar o seu conteúdo.

Dessa maneira, os próprios cidadãos podem buscar uma forma de viabilizar a atuação legiferante. Os instrumentos previstos constitucionalmente, e que formam, nas palavras de *José Afonso da Silva*, “autênticos direitos públicos subjetivos”⁴⁴, são o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a iniciativa popular.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 192.

Tais instrumentos, porém, não estão sendo utilizados na prática, em face do posicionamento majoritário da jurisprudência brasileira sobre os efeitos das sentenças neles proferidas, ou em face das dificuldades que a própria Constituição Federal impõe. Veja-se:

A iniciativa popular é um belo exemplo de democracia, porém a Constituição Federal de 1988 estabeleceu requisitos muito difíceis de serem alcançados, dependendo de uma atuação política de grande parte da população, o que, atualmente, é inviável.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é um instrumento de controle abstrato da omissão legislativa mediante o qual se instaura um processo com a finalidade de provocar a atuação do órgão legislativo.

Eventual procedência dessa ação acarreta uma obrigação de agir para órgãos administrativos, porém, se a omissão legislativa depender do órgão legislativo, a procedência da ação funcionará como mera exortação moral, cientificando-o de que existe a omissão, sem demarcar prazo para a adoção de medidas tendentes a conferir plena eficácia aos preceitos constitucionais.

Paralelamente à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a Constituição Federal previu o mandado de injunção, especificamente para a defesa do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.

Diferente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção pode ser impetrado por qualquer pessoa física ou jurídica.

O mandado de injunção é, portanto, o verdadeiro instrumento jurídico, garantia prevista constitucionalmente, de que dispõe a sociedade para proteção de seus direitos e liberdades constitucionais dependentes de atuação legiferante.

Acerca dos efeitos da sentença proferida nessas ações, há três correntes doutrinárias que sustentam competir ao Poder Judiciário: I - substituir o legislador e elaborar a norma faltante com eficácia *erga omnes*; II - declarar a inconstitucionalidade e dar ciência ao órgão omissor para adoção de medidas cabíveis; III - viabilizar, no caso concreto, o exercício de liberdades, prerrogativas ou direitos tolhidos por ausência legislativa. Atualmente, a corrente mais forte no Supremo Tribunal Federal é a número II, embora não unânime.

A possibilidade de dar eficácia a políticas públicas e sociais poderia ser alcançada com sua utilização; contudo, os efeitos atribuídos à decisão proferida em sede de mandado de injunção a torna insubsistente.

Conclui-se, destarte, que a Constituição Federal considera a saúde um direito fundamental, contudo condiciona sua eficácia e exercício à elaboração de lei futura. A ausência dessa lei impede o Poder Público de atuar, nos termos do princípio da legalidade, que também é uma garantia constitucional aos administrados.

O estado não pode ser compelido a cumprir decisões judiciais sem a atuação legislativa necessária. A própria Constituição prevê instrumentos para provocar a atuação legislativa, porém eles não têm utilidade prática, em face do posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal sobre o efeito de suas decisões.

Urge consignar que direito à saúde não significa direito a determinados medicamentos, insumos e tratamentos, cujos pedidos assolam o Judiciário e são deferidos sem o menor critério.

Há previsão de diversos medicamentos que são distribuídos gratuitamente nos programas de assistência farmacêutica e que atendem a grande parcela da população e ficam disponíveis nas farmácias hospitalares e ambulatoriais, de acordo com as necessidades e peculiaridades locais. São os chamados medicamentos padronizados.

Sem uma padronização, o poder público jamais conseguiria ou conseguirá atender a toda a demanda da população brasileira para todas as áreas da saúde, sobretudo porque os laboratórios lançam novas drogas no mercado em grande quantidade, mas nem sempre o novo é o mais eficaz.

De fato, a padronização é procedimento administrativo feito pelo Ministério da Saúde que traduz expresso cumprimento ao princípio da legalidade. É a verdadeira realização de políticas públicas, pois consegue atingir a sociedade como um todo e não um indivíduo que tem acesso ao Judiciário, conforme determinam os princípios da igualdade e da supremacia do interesse público sobre o particular.

Cabe salientar, por fim, que a resposta mais eficaz para o problema está na possibilidade do Poder Judiciário assumir um posicionamento diferente com relação aos efeitos das sentenças proferidas em mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de forma a dar concretude aos pleitos nelas formulados, exercitando sobretudo uma jurisdição responsável, que busque efetivamente alcançar a dignidade da pessoal humana.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- BARROS, Giselle Nori. *O dever do Estado no fornecimento de medicamentos*. 2006. 219 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo, 2006.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=52582> Acesso em: 26 dez. 2010.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BERMUDES, Sergio. O mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 78, n. 642, p. 21-25, abr. 1989.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 dez. 2010.
- BRASIL. Ministério da Justiça. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 26 dez. 2010.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

- CHAVES, Marily Diniz do Amaral, *A saúde suplementar à luz da Constituição*. 2005. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo, 2005.
- CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários à Lei do Mandado de Segurança*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. In: São Paulo (Estado). Procuradoria Geral do Estado. *Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1997. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/2decla.htm>>. Acesso em: 26 dez. 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.
- KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. 2. ed. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 101-162 (Os pensadores).
- LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Em busca da efetividade dos direitos sociais prestacionais: considerações sobre o conceito de reserva do possível*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2177>> Acesso em: 26 dez. 2010.
- MARTINS, Rogério Salgado. Constitucionalismo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/85/constitucionalismo>>. Acesso em: 27 dez. 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- _____. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997.
- PACTO Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In:

São Paulo (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1997. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/direitos.htm>>. Acesso em: 26 dez. 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROSENVOLD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação de uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

INDENIZAÇÃO POR EQUIDADE

Indemnity for equity

Maria Marcia Formoso Delsin¹

RESUMO

O presente estudo se desenvolve com o escopo de analisar o conceito de dano material e sua indenização integral, consagrado na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, V e X, bem como compatibilizar sua aplicabilidade com a possibilidade de indenizar por equidade prevista no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil.

Palavras-Chave: Dano; Equidade; Indenização.

ABSTRACT

This study aims at analyzing the concept of material damage and its integral indemnity, consecrated by the Brazilian Federal Constitution of 1988, in its article 5º, V and X, as well as make compatible the integral indemnity with the possibility of indemnifying by equity foreseen in the article 944 of the Brazilian Civil Code.

Keywords: Damage; Equity; Indemnity

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo principal analisar os aspectos da equidade relacionados à responsabilidade civil para a redução do valor da indenização, quando houver desproporção entre a culpa e o dano, presentemente prevista no artigo 944, parágrafo único, do Código Civil.

Desde já se esclarece que o presente limitar-se-á ao estudo do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, entendendo ser ele aplicável à responsabilidade subjetiva e ao dano material, e que se

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo - SP – Brasil. E-mail: <maria.marcia@uol.com.br>. Texto recebido em 09.08.2010 e aprovado em 15.10.2010.

deixará para outra oportunidade a abordagem do critério da equidade na responsabilidade objetiva e no dano moral.

A indenização utilizando o critério equitativo é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, é tema cuja interpretação está sendo construída e essa foi a principal razão que despertou o interesse sobre o assunto.

Em função das novidades trazidas pela inserção de regras inauguradas a partir do dia 11 de janeiro de 2003 – data de entrada em vigor da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o atual Código Civil – muitos debates doutrinários vêm sendo travados, conduzindo a reflexões acerca dos impactos causados em relação ao disposto no parágrafo único do artigo 944, que excepciona o princípio constitucional do ressarcimento integral do dano e possibilita a indenização pela equidade, quando houver desproporção entre o grau da culpa do ofensor e o dano causado à vítima.

Boa parte das polêmicas e das discussões doutrinárias se deve à constatação de que, de um lado, as regras previstas na Constituição (art. 5º, V e X) preveem, sem exceção, a reparação do dano na exata proporção em que ele é causado, sem qualquer questionamento a respeito do grau da culpa do ofensor ou sobre a extensão do prejuízo, e, de outro, o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil possibilita ao julgador a redução da indenização, quando o dano, de grande monta, for desproporcional ao grau de culpa do ofensor.

A doutrina tem adotado posturas diversas quanto à possibilidade de limitação da indenização inaugurada pelo Código Civil em vigor. Há os que sustentam que a norma infraconstitucional conflita com o princípio da indenização integral garantido pela Constituição, enquanto outros entendem que a limitação trazida pelo Código Civil é plenamente compatível com o princípio constitucional, na medida que a interpretação que se dá ao princípio é flexível e evolui conforme as demandas da sociedade.

Como o assunto em tela é razoavelmente recente, não houve ainda muitas oportunidades para serem proferidas decisões definitivas a respeito, fato que representou limitação à realização do estudo.

Pretende-se dividir o trabalho em tópicos. Desenvolver-se-ão capítulos específicos sobre o princípio da indenização integral e sobre a indenização por equidade. Como a norma que contém a previsão de relativização do valor da indenização (art. 944, parágrafo único, do CC) decorre de princípio que representa limite ao princípio do ressarcimento integral do dano, contemplado nos incisos V e X do artigo 5º da

Constituição Federal, distinguir-se-á princípio de norma e invocar-se-á a ponderação para possibilitar a compatibilização entre os princípios aparentemente conflitantes.

2 O PRINCÍPIO DA INDENIZAÇÃO INTEGRAL DO DANO

O princípio da indenização integral do dano, como o próprio nome diz, manda recompor as coisas ao estado em que se encontravam antes do ato danoso, ou, em não sendo possível tal recomposição, pagar o montante do prejuízo em dinheiro.

Diferentemente dos danos morais, que são de difícil estimação, o critério preferencialmente utilizado para apuração do dano material é o objetivo, ou seja, os elementos balizadores para o arbitramento desse último consideram o prejuízo efetivamente experimentado pela vítima e a ideal recomposição, de modo a propiciar o retorno ao estado anterior.

Tanto a Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos V e X², quanto o Código Civil, no artigo 944, *caput*³, contemplam o princípio da *restitutio in integrum*, retornando-se preferencialmente ao *statu quo ante* ou indenizando o equivalente em dinheiro.

Tal qual no âmbito do direito positivo constitucional e infraconstitucional, os danos têm tido sua indenizabilidade integral reconhecida pela doutrina. Nesse sentido, para *Carlos Roberto Gonçalves*, “indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *statu quo ante*, isto é, devolvendo-se ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito”⁴. Da mesma forma, para *Rui Stoco*⁵, “reparar o dano é restituir as coisas ao estado anterior”.

² Constituição Federal de 1988: “Artigo 5º - [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X - 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;”

³ Código Civil: “Artigo 944 - A indenização mede-se pela extensão do dano.”

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 529.

⁵ STOCO, Rui. Responsabilidade civil no Código Civil francês e no Código Civil brasileiro: estudos em homenagem ao bicentenário do Código Civil francês. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 831, p. 42, jan. 2005.

É o “ressarcimento do prejuízo, recompondo o patrimônio do lesado, tornando-o indene da situação lesiva por ele experimentada”.⁶

São materiais os danos experimentados por titulares de direitos no âmbito de sua esfera de valores economicamente mensuráveis, em decorrência de ações ou omissões injustas de outrem. Quanto à liquidação da reparação dos danos materiais, não surgem grandes indagações de como quantificar para indenizar em dinheiro algo que afetou de maneira direta o patrimônio da vítima. É que os danos patrimoniais são de ordem econômica, se consubstanciam em situações que oneram economicamente o indivíduo, trazendo para a respectiva reparação função essencialmente reparatória, procurando-se recompor ou indenizar.

Algumas vezes, no entanto, o legislador fixa por normas jurídicas especiais critérios indenizatórios aplicáveis à reparação de certas situações específicas, como ocorreu com o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil que, no caso concreto do dano desproporcional ao grau da culpa, permite ao magistrado efetuar juízo de valor para fixar o *quantum* indenizável, utilizando para tanto técnica que não restitui ao estado anterior, mas, segundo critérios de equidade, beneficia o agente, e é por conta da existência de normas que excepcionam a *restitutio in integrum* que a garantia da recomposição integral subsiste, mas não de forma absoluta.

3 A INDENIZAÇÃO POR EQUIDADE CONTEMPLADA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 944 DO CÓDIGO CIVIL

Embora a regra seja a de recompor o dano, o juiz, não obstante provada a culpa do acusado, pode se abster de pronunciar a condenação na exata proporção da perda, isto é, pode omitir a aplicação da recomposição integral do prejuízo, não efetivando, desse modo, a norma do *caput* do artigo 944 do Código Civil.

A indenização continua pressupondo a restituição das coisas ao estado anterior, no entanto o próprio parágrafo único do artigo 944 excepciona a regra da indenização integral e o legislador opta por afastar o equilíbrio ideal entre indenização e dano, permitindo que o magistrado, diante de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, reduza equitativamente o montante indenizatório.

⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil: curso de direito civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas. 2004. p. 303.

A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau da culpa do agente, nos termos do dispositivo legal retrocitado permite a equidade como o elemento norteador da fixação do valor da indenização.

Dada a importância da equidade como elemento da fixação do valor da indenização, impõe-se promover uma abordagem do que vem a ser o instituto para, a seguir, examinar o dispositivo do Código Civil de 2002 que permite a equidade na fixação do montante indenizatório.

Equidade é um termo de difícil definição. Associa-se a palavra com igualdade e com justiça. Sabe-se, inclusive, exemplificar algo que se considera equitativo e, mesmo assim, faltam palavras precisas para descrever o que vem a ser o instituto.

A Constituição Federal brasileira de 1934, no seu artigo 113, n. 37, facultava ao juiz, expressamente, recorrer à equidade para proferir a sua decisão⁷. A respeito, silenciaram a Carta de 1937 e as Constituições de 1946, 1967 e 1988. Igualmente, não se referia à equidade a Lei de Introdução ao antigo Código Civil de 1916, nem a do Código Civil atualmente em vigor. Contudo, o princípio era admitido no Código de Processo Civil de 1939, cujo artigo 114 admitia o juiz decidir por equidade, aplicando ao caso concreto a regra que determinaria se fosse o legislador. Atualmente, isso está expresso no artigo 127 do Código de Processo Civil, e também há previsão da equidade nos artigos 413, 479, 738, parágrafo único, 928, 944, parágrafo único, 945, 953 e 954 do Código Civil.

O artigo 127 do Código de Processo Civil autoriza ao juiz decidir por equidade “nos casos previstos em lei”. Segundo *Miguel Reale*, a Constituição de 1988 não recepcionou integralmente esse artigo:

“Reconhece-se hoje em dia que a equidade, além de ser essencial ao suprimento das lacunas da legislação, constitui sempre critério requerido para a justa interpretação das leis em vigor, de tal sorte que, em consonância com a Carta Magna de 1988, o juiz deve ser considerado sempre autorizado a decidir por equidade, desde que não contrarie norma legal expressa. Deve-se, pois, entender o citado artigo 127 tão somente no sentido de negar-se ao juiz o poder de julgar ‘exclusivamente por equidade’, salvo lei que para tanto autorize.”⁸

⁷ Constituição Federal de 1934: “Artigo 113 - [...] 37 - Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão da lei. Em tal caso deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito, ou por equidade.”

⁸ REALE, Miguel. *Questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 79.

Carlos Roberto Gonçalves, quanto à necessidade de expressa previsão legal permitindo a equidade, ainda na vigência do Código Civil de 1916, mas depois da Carta Magna de 1988, em sentido diverso ao de *Miguel Reale*, escreveu:

“Fora dos casos expressamente previstos, o juiz não pode julgar por equidade. Se a lei não dispõe, expressamente, que a culpa ou o dolo podem influir na estimativa das perdas e danos, o juiz estará adstrito à regra que manda apurar todo prejuízo sofrido pela vítima, em toda a sua extensão; independentemente do grau de culpa do agente. E, ainda que o resultado se mostre injusto, não estará autorizado a decidir por equidade.”⁹

Quanto às regras citadas do Código Civil em vigor, cabe mencionar que o artigo 413 prevê a possibilidade de o juiz reduzir equitativamente a penalidade quando a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio. Quanto à resolução por onerosidade excessiva, o artigo 479 prevê que poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato. Da mesma forma, o parágrafo único do artigo 738 prevê, no caso de transporte de pessoas, a possibilidade de o juiz reduzir equitativamente a indenização, se a vítima concorrer para a ocorrência do dano. Já o parágrafo único do artigo 928 prevê a possibilidade da equidade limitar a responsabilidade civil do incapaz. O parágrafo único do artigo 944, que é o tema central deste trabalho, prevê a indenização por equidade se houver desproporção entre culpa e dano e, finalmente, o parágrafo único do artigo 953 possibilita a utilização do critério da equidade se o dano decorrer de injúria e se o ofendido não puder provar prejuízo material.

São inúmeras as doutrinas relativas à conceituação da equidade.

Pelo clássico de *Aristóteles*¹⁰, a equidade é o meio que permite corrigir a generalidade da lei, aplicando a justiça ao caso concreto. Esse conceito clássico é o admitido pelo direito moderno.

*Vicente Ráo*¹¹ distingue o conceito romano do conceito moderno de equidade. Segundo ele, os romanos ligavam o conceito de equidade ao do

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 422.

¹⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 125. Livro 5, item 10.

¹¹ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1976. v. 1, t. 1, p. 55.

próprio direito natural e separavam a *aequitas naturalis* da *aequitas civilis*. A primeira, como sendo uma forma de justiça absoluta perseguida pelo direito constituído e a *aequitas civilis*, como sendo parte integrante desse direito. Já o conceito moderno considera a equidade não como direito, mas como atributo dele, atributo que ora é conferido pelo legislador ao formular a norma jurídica, ora é conferido ao juiz, ao aplicá-la.

O juízo que recorre à equidade sempre leva em conta uma situação concreta e as circunstâncias fáticas que a envolvem. Nesse sentido é a lição de *Tércio Sampaio Ferraz Júnior*:

“Fala-se aqui no sentimento do justo concreto, em harmonia com as circunstâncias e adequado ao caso. O Juízo por equidade, na falta da norma positiva, é o recurso a uma espécie de intuição, no concreto, das exigências da justiça enquanto igualdade proporcional. O interprete deve, porém, sempre buscar uma racionalização desta intuição, mediante uma análise das considerações práticas dos efeitos presumíveis das soluções encontradas, o que exige juízos empíricos e de valor, os quais aparecem fundidos na expressão juízo por equidade.”¹²

A equidade, para *Carlos Maximiliano*, seria o justo melhor, diverso do justo legal e corretivo. Conforme o autor, é graças à equidade, considerada como princípio basilar da interpretação legal, que o direito romano sobreviveu por tanto tempo. *Maximiliano* se refere à equidade como elemento de vida e progresso, que permite às instituições jurídicas adaptarem-se às circunstâncias novas sem que o intérprete tenha de se afastar do significado lógico, nem literal dos textos.¹³

Quanto à natureza do instituto, o filósofo grego *Aristóteles* compara a equidade com a régua que tem a qualidade de ser flexível e que se ajusta à moldura, e faz uma analogia dela com a norma jurídica que se adapta aos fatos:

“A natureza da equidade é a correção da lei quando esta é deficiente em razão de sua universalidade [...]. Com efeito, quando uma situação é indefinida, a regra também é indefinida, tal qual ocorre com a régua de chumbo, usada pelos construtores de Lesbos para ajustar as molduras; a régua adapta-se à forma da pedra e não é rígida, da mesma forma como o decreto se adapta aos fatos.”¹⁴

¹² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas. 1994. p. 248.

¹³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 7. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1961. p. 219.

¹⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, p. 125. Livro 5, item 10.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ao analisar o instituto, observa que a equidade não se opõe à justiça, ao contrário, a torna plena. A menção à equidade, conforme o autor, nos leva às fontes de baixo grau de objetividade. Não temos como refutar tal afirmação pois, fosse a fonte, ao contrário, de alto grau de objetividade, bastaria a subsunção, tendo em conta o caso concreto:

“[...] no conjunto da razão jurídica, costuma-se mencionar a equidade, Aristóteles é responsável por sua definição como a justiça do caso concreto. A solução de litígios por equidade é a que se obtém pela consideração harmônica das circunstâncias concretas, do que pode resultar um ajuste da norma à especificidade da situação a fim de que a solução seja justa. Pois, como diziam os romanos *summum jus summa injuria*, não se trata de um princípio que se oponha à justiça, mas que a completa, a torna plena.”¹⁵

Quanto à classificação, *Stolze Gagliano e Pamplona Filho* distinguem decisão com equidade, decisão por equidade e decisão utilizando a equidade como meio supletivo de integração e interpretação das normas:

“a) decisão com equidade é toda decisão que se pretende estar de acordo com o direito, enquanto ideal supremo de justiça; b) decisão por equidade é toda decisão que tem por base a consciência e percepção de justiça do julgador, que não precisa estar preso a regras de direito positivo e métodos preestabelecidos de interpretação; c) decisão utilizando a equidade como meio supletivo de integração e interpretação das normas é toda decisão proferida no sentido de encontrar o equilíbrio entre norma, fato e valor (aplicação do direito ao caso concreto), na hipótese de constatação de uma contradição entre a norma legal posta e a realidade, gerando uma lacuna.”¹⁶

Ao tratar da integração do direito, *Limongi França* elenca os requisitos da equidade, segundo os quais existem previsões legais de equidade, mas a equidade não constitui reserva legal. A aplicação do juízo equitativo pressupõe a existência de norma jurídica desprovida de rigidez. Prevalece o julgamento equitativo se a regra for genérica ou defeituosa para abarcar o caso concreto. A aplicação da equidade não deve ser confundida com critério pessoal de justiça do intérprete da lei.¹⁷

¹⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 246.

¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva. 2003. v. 3, p. 29.

¹⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. v. 1, p. 78-79.

Ao elaborar a lei, é impossível ao legislador prever todas as situações. Como consequência de tal generalidade, a aplicação rígida da letra fria da lei poderia excluir os casos aparentemente não previstos, dando margem a desigualdade e injustiça. E é para evitar tão graves inconvenientes que existe a equidade, permitindo ao juiz dar uma solução, mesmo não prevista no texto normativo.

Do instituto da equidade destacam-se dois papéis: o de suprir lacunas da lei e o de auxiliar a obter o sentido e o alcance da lei, cuja generalidade reclama flexibilização para aplicação ao caso concreto. Ao suprir lacunas, surge a função integrativa, sendo que a função corretiva é invocada para sanar os eventuais defeitos decorrentes da generalidade da lei.

Vicente Ráo, de maneira didática, enumera as funções da equidade:

“a) a adaptação da lei a todos os casos que devem incidir em sua disposição, mesmo aos não previstos expressamente, devendo estes últimos ser tratados em pé de rigorosa igualdade com os contemplados por modo expreso; b) a aplicação da lei a todos esses casos, levando-se em conta todos os elementos de fato, pessoais e reais que definem e caracterizam os casos concretos; c) o suprimento dos erros, lacunas, ou omissões da lei, para os fins acima; d) a realização dessas funções com benignidade e humanidade.”¹⁸

A mera interpretação literal da lei pode gerar injustiças e é em situações como essas que a equidade corretiva é invocada para corrigir o rigorismo ou a generalidade do comando normativo. Trata-se de princípio que modera ou modifica a aplicação da lei, quando se evidencia de excessivo rigor, o que seria injusto.¹⁹

É quando o juiz mitiga o rigor da lei que, conforme observa *Oswaldo Bandeira de Melo*, se emprega a equidade no seu verdadeiro significado. No caso da equidade “legislada”, conferem-se poderes discricionários ao juiz, para aplicar os princípios do direito, conforme o seu prudente arbítrio, ante a consideração do caso concreto e, então, de certo modo, criar uma norma individual, que deixa de ser formulada genericamente pela lei. “A equidade legislada objeto do texto legal efetiva-se através de processo técnico legislativo pelo qual se fixam no texto as

¹⁸ RÁO, Vicente, *O direito e a vida dos direitos*, v.1, t. 1, p. 58.

¹⁹ DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. *Vocabulário jurídico*. 26. ed. rev. e atual. por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 537.

diretrizes da conduta das partes, e se relega ao juiz a individualização do direito legal”.²⁰

A equidade nunca é invocada para prejudicar, mas sempre para relativizar, atenuar, o rigor legal²¹. Atente-se que o aplicador da lei, quer seja o juiz, quer o administrador, não é um mero instrumento mecânico, que funciona automaticamente justapondo a lei ao caso concreto. É a existência de institutos como o da equidade que propicia que a lei seja um instrumento dinâmico, adaptável às demandas da sociedade. Esclarecedora, sob esse aspecto, é a lição de *Oswaldo Aranha Bandeira de Melo*:

“Ao utilizar-se da equidade, o magistrado, em face de circunstâncias objetivas, tendo em vista as peculiaridades da questão *sub judice* flexibiliza, para evitar que a generalidade da lei venha a prejudicar a justiça que tem em mira realizar, e, então, abranda a sua rigidez, interpretando-a. Só que isso faz em função das circunstâncias próprias da hipótese em foco. Repelir a aplicação da equidade, entendida no seu real significado, envolve em transformar o juiz em mero instrumento mecânico, que funcionaria automaticamente, justapondo a lei à espécie, quando, na verdade, é a própria justiça em ação.”²²

Justifica-se excepcionar uma regra geral e aplicar a equidade, desde que a especificidade da situação real o requeira. Nesse sentido:

“Mediante juízos de equidade, se amenizam as conclusões esquemáticas da regra genérica, tendo em vista a necessidade de ajustá-la às particularidades que cercam certas hipóteses da vida social. Os romanos advertiam, com razão, que muitas vezes a estrita aplicação do Direito traz consequências danosas à justiça: *summum jus, summa injuria*. Não raro, pratica injustiça o magistrado que, com insensibilidade formalística, segue rigorosamente o mandamento do texto legal. Há casos em que é necessário abrandar o texto, operando-se tal abrandamento através da equidade, que é, portanto, a justiça amoldada à especificidade de uma situação real.”²³

²⁰ BANDEIRA DE MELO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 412-413.

²¹ MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 221.

²² BANDEIRA DE MELO, Oswaldo Aranha, *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 411.

²³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed., 3. tiragem. São Paulo: Saraiva. 1999. p. 300-301.

Constata-se que além de corrigir a lei a equidade pode exercer função integrativa. De acordo com *Miguel Reale* a equidade pode integrar o direito de diferentes modos:

“Por exemplo, por seu intermédio, pode-se expandir uma obrigação, criando-se deveres adicionais para além dos que constam de um contrato ou decorrem, expressamente, da lei; pode-se, ainda, limitar o exercício de direitos para prevenir abusos; pode-se, também, criar regras para situações que se alteraram desde o seu regulamento, ou que nele não foram previstas. Em todo caso, o juízo equitativo, de um lado, apesar das considerações dos efeitos presumíveis, é sempre um juízo jungido ao particular sem preocupações generalizantes. Não gera, assim, uma compulsão para que outros casos, semelhantes, sejam interpretados e decididos do mesmo modo. De outro lado, porém, pela consideração dos efeitos presumíveis, também não aparece como arbitrário, mas sim representando o sentido do que seja jurídico no contexto social em que se aplica.”²⁴

O juiz recorre à equidade sempre que autorizado de maneira expressa por lei, como acontece com o disposto no parágrafo único do artigo 944, bem como pode invocar a equidade quando o caso concreto exigir a mitigação do rigor da lei para fazer justiça. Atuam, de um lado, as concepções teóricas e os sentimentos pessoais do juiz e, de outro, os fatores objetivos trazidos pela norma, e, por fim, as circunstâncias da espécie *sub judice* e os elementos informadores da conduta das próprias partes. “Esta oscilação entre o subjetivo e o objetivo explica os cuidados que tem a doutrina em circunscrever a equidade e seu uso. Na falta de norma, a equidade integra o ordenamento sumariamente, assentando-se nas circunstâncias do caso concreto.”²⁵

Maria Clara Osuna Diaz Falavigna, em tese de doutorado, menciona que o nosso ordenamento jurídico utiliza a equidade como “um advérbio modificador do verbo que lhe antecede, como um imperativo de comando, ordenando que se reduza, modifique, ou se fixe um valor ou obrigação”²⁶. A autora acrescenta:

“Enquanto *standard* jurídico a equidade tem a função de ponderar a fixação de um valor, quase sempre como uma maneira de atenuar, operando como um limitador, visto que o Código Civil sempre emprega

²⁴ REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, p. 304.

²⁵ REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, p. 305.

²⁶ FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. *Os princípios gerais do direito e os standards jurídicos no Código Civil*. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 285.

a expressão como um redutor, modificador ou como modo de fixação de uma determinada quantidade.”²⁷

Após definir equidade e abordar um pouco da sua natureza e funções, passar-se-á ao enfoque da indenização por equidade autorizada de maneira expressa no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil. Tal dispositivo legal, pelo menos aparentemente, contraria um dos fundamentos da responsabilidade civil, qual seja, o princípio da reparação integral do dano, que compensa o prejuízo da vítima, contemplado nos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal e enunciado no *caput* do artigo 944, do Código Civil.

Mas a indenização integral, na prática, nem sempre é justa, vez que o princípio da reparação integral, quando interpretado sem restrição, poderá discriminar o sujeito ativo da reparação, que responderá pelo valor do dano desproporcional ao seu grau de culpa. A verificação da culpa, que era necessária somente para se saber se o autor do dano deveria ser condenado a indenizar, passou a ter importância, permitindo a relativização da recomposição do dano. Abrimos aqui um breve espaço para falar um pouco sobre culpa.

Caio Mário, quanto à definição de culpa, observa que:

“Diante desta floresta de definições, que mais extensa fora, quanto mais longe levasse a pesquisa, pode-se conceituar culpa como um erro de conduta, cometido pelo agente que procedendo contra direito, causa dano a outrem, sem a intenção de prejudicar, e sem a consciência de que seu comportamento poderia causá-lo. [...] Na culpa grave, embora não intencional, seu autor sem ‘querer’ causar o dano, ‘comportou-se como se o tivesse querido’, o que inspirou o adágio *culpa lata dolo aequiparatur*, e levou os Mazeaud ao comentário de sua inexatidão lógica, pois não é equitativo tratar do mesmo modo a pessoa que quis o dano e a que não o quis (Mazeaud, Mazeaud, Mazeaud, *Leçons de droit civil*, v. 1, n. 447). Culpa leve é a falta de diligência média, que um homem normal observa em sua conduta. Culpa levíssima, falta cometida em razão de uma conduta que escaparia ao padrão médio, mas que um diligentíssimo *pater familias*, especialmente cuidadoso, guardaria.”²⁸

²⁷ FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz, *Os princípios gerais do direito e os standards jurídicos no Código Civil*, p. 289.

²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 69-71.

A culpa leve equivale a um erro, um mero descuido e é esta culpa a que abre espaço para que a indenização por equidade tome mando. Para *José de Aguiar Dias*, citando *André Tunc*, “o erro é inerente à atividade humana, desde que o homem não possui a onisciência, onipotência e resistência a qualquer espécie de fadiga”. O autor prossegue: “Saber se alguém está em culpa ou se, simplesmente, cometeu um erro de avaliação, que à primeira não se equipara, dependerá sempre das circunstâncias fáticas do caso.”²⁹

Basta ilustrar com a seguinte situação: você vai até uma loja de cristais e, sem querer, derruba um copo e, por conta disso, num efeito dominó, quebra a loja toda. Você deve ser responsabilizado a pagar todo o prejuízo?

Nesse exemplo prático, sob o ponto de vista do dono da loja que sofreu o prejuízo, seu ideal é a reparação do dano de qualquer modo, independentemente do grau da culpa do causador. Pensando, no entanto, do lado de quem pratica o dano, sua expectativa é a de que ele, quanto à reparabilidade, seja mitigado. Analisar a situação somente sob o ponto de vista da vítima não nos permite clareza e essa percepção parcial não possibilita a compreensão do todo. Analisando a relação como um todo, considerando o lado do agressor e ponderando informações relevantes, torna-se possível interpretar de forma mais eficiente.

Muitas vezes, um simples gesto não intencional pode causar um dano cujo ressarcimento é extremamente oneroso, tanto que poderá levar seu causador a uma condição de insolvência. Sem contar que, não raras vezes, aquele que é indenizado pode ter concorrido para o prejuízo que experimentou, ou pode ter assumido o risco. Voltando ao exemplo da loja de cristais, dependendo do caso concreto, pode ser justo que o dono da loja suporte o ônus de manter em seu estabelecimento mercadorias muito frágeis.

Nem sempre a vítima é a parte mais fraca da relação jurídica. Um simples erro não intencional por parte do causador do dano não tem, por si só, a virtude de transmitir a ele a responsabilidade pelos riscos a que normalmente estão esses bens expostos. O mero fato de entrar em uma loja de cristais já envolve risco, independentemente de quaisquer outros fatores que venham a ser considerados. No momento em que expõe produtos frágeis e valiosos, assume o proprietário do comércio a

²⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. rev. atual. de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 134.

eventual responsabilidade pelos danos que experimenta, ciente de que qualquer desatenção de seu cliente que implique em dano deverá ter como consequência não o ressarcimento, por vezes impraticável, mas a aplicação de valor indenizatório condizente com o grau da culpa.

Ao invés de ser conferido de forma absoluta, beneficiando apenas uma das partes (a vítima do dano), o princípio que manda recompor o dano deve ser reconhecido em benefício de ambas as partes e aplicado sob o balizamento da proporcionalidade, reconhecido em favor também do sujeito ativo do dano, procedendo-se a indenização em valor que seja razoável para possibilitar a subsistência do devedor, mas que também possa destinar uma parcela para quitar a dívida que tem com seu credor, numa técnica de ponderação de bens, que visa a preservar a utilidade da jurisdição. Dentro de algumas condições, não é crível que “a conta” fique com o causador do dano, especialmente se houve desproporção entre a culpa e o prejuízo.

Embora esteja sendo construída a jurisprudência sobre a indenização por equidade, a interpretação do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil é restritiva, e exemplo disso é o Enunciado n. 46 do Conselho da Justiça Federal³⁰, alterado pelo Enunciado n. 380³¹, que traça norte para aplicação da regra que permite indenizar por equidade.

A propósito da aplicação do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, existem alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Um dos julgados discutia a inclusão indevida do nome de pessoa física nos cadastros que indicam restritivo de crédito e os prejuízos decorrentes de tal inclusão. Constatou-se que outros critérios, além da desproporção entre a culpa e o dano, foram considerados na dosimetria do valor indenizatório. Entre eles, foram considerados o poderio econômico do lesante, que a importância não poderá enriquecer indevidamente o lesado e nem tampouco desestruturar financeiramente o ofensor. A razoabilidade e a proporcionalidade foram invocadas

³⁰ Enunciado n. 46 do CJF: “A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do artigo 944 do novo Código Civil deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva.” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado (Coord.). *IV Jornada de Direito Civil*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2007).

³¹ “Atribui-se nova redação ao Enunciado n. 46, da I Jornada de Direito Civil, pela supressão da parte final: *não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva.*” (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado, op. cit.).

como justificativa para fixar o valor do *quantum* indenizatório e a justa compensação do lesado.³²

Entre os críticos da indenização por equidade encontra-se *Rui Stoco*, para quem reparar o dano é restituir as coisas ao estado anterior. Segundo essa linha de interpretação, a disposição contida no parágrafo único do artigo 944, a título de exceção, é equivocada e nociva, dando ao julgador indesejado poder discricionário e um perigoso critério subjetivo de avaliação, capaz de gerar desigualdade de tratamento entre a vítima do dano e o ofensor. Segundo o autor, seria mais plausível levar em conta a capacidade econômica do autor do dano e da vítima.³³

Apesar da importância do argumento de que o critério de equidade deveria ser utilizado conforme a capacidade econômica de quem dá e de quem recebe, foi diferente o critério adotado pelo legislador. Ele elegeu a equidade para quando houver desproporção entre culpa e dano. Diferentemente de *Stoco*, não se propõe aqui identificar o melhor critério de equidade, mas sim mostrar os valores que deverão ser considerados nas decisões, conforme o critério eleito pelo legislador.

Esse critério indenizatório, que leva em conta as situações econômicas e financeiras de quem dá e de quem recebe, tem sido o adotado em nosso ordenamento jurídico, quando se trata de julgamento de dano moral. Mesmo a recomposição do dano moral leva em conta elementos outros, além dos patrimônios do lesado e do lesante. É que o prejuízo é imaterial, ou seja, não está diretamente ligado ao patrimônio, não é captável fisicamente pelos sentidos e é de difícil quantificação.

A reparação do dano imaterial tem a já citada função compensatória para o lesado, mas sem esquecer o interesse público no sentido da manutenção dos padrões morais e de respeito mútuo nas relações da sociedade, levando a indicar a adoção, na fixação do *quantum* da indenização, da “técnica do valor do desestímulo” como fator de inibição de novas práticas lesivas, deixando para a coletividade o exemplo da reação da ordem jurídica nesse campo.³⁴

³² “Ação de danos morais. Inclusão indevida em órgãos de restrição ao crédito. Dano moral. *Quantum* indenizatório. Apelo parcialmente provido. *Quantum* indenizatório reduzido e percentual dos honorários advocatícios mantidos.” (TJRS – AC n. 70017890096, 6ª Câmara Cível, rel. Osvaldo Stefanello, j. 24.04.2008).

³³ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1.189.

³⁴ BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 44, p. 25-26, out. 1994.

A atribuição do valor da indenização do dano imaterial se situa na competência jurisdicional do magistrado, diretamente relacionada ao caso concreto, mas decidindo especialmente com ponderação e bom senso. Nota-se claramente a referibilidade da fixação da indenização por danos morais pelos critérios doutrinários e jurisprudenciais. A fixação deve conjugar a questão da extensão da responsabilidade do lesante e a justa compensação do lesado, sem ser de valor inexpressivo.

Para ilustrar o critério utilizado na quantificação do dano moral, trazemos decisões buscadas no *site* do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Uma das decisões analisou e acolheu em parte recurso interposto por agente financeiro que havia sido condenado pelo fato de ter dado crédito a terceiro estelionatário, que se valeu de dados cadastrais do autor, vindo este, por conta do crédito, a ter seu nome lançado no cadastro de restritivo de crédito. Apesar de o Tribunal reconhecer a conduta negligente do agente financeiro, entendeu por bem diminuir o valor da indenização imputada ao banco, considerando, para tanto, aspectos subjetivos dos envolvidos, as condições sociais, culturais e financeiras, bem como o abalo psíquico suportado pela vítima.³⁵

Em outra situação levantada, o mesmo Tribunal analisou inconvenientes ao consumidor de serviços de telefonia e a reparação do prejuízo. Conforme se constatou, mesmo em se tratando de recomposição de prejuízo moral, também, foram considerados critérios outros, além dos portes financeiros do causador e da vítima, ou seja, foram invocados: o princípio da razoabilidade; que a reparação não se presta ao enriquecimento indevido da vítima; o grau da culpa; a experiência e o bom senso atrelados à realidade e às peculiaridades do caso concreto; além da natureza punitiva e disciplinadora da reparação.³⁶

³⁵ “Responsabilidade Civil. Celebração de contratos de financiamento realizada por terceiro. Estelionato. Culpa exclusiva de terceiro. Afastada. Conduta negligente operada pela demandada. Verificada. Dano moral puro. Ocorrência. *Quantum*. Critérios para fixação. Minoração. Proveram em parte o recurso.” (TJRS – AC n. 70019538453, 5ª Câmara Cível, rel. Paulo Sérgio Scarparo, j. 30.05.2007).

³⁶ “Ação de indenização por dano moral e material. Caso concreto. Matéria de fato. *Quantum* indenizatório. Restabelecimento do serviço de telefonia. Descumprimento de decisão judicial. Multa diária. Ônus. Sucumbências. Apelo provido em parte.” (TJRS – AC n. 70019566538, 15ª Câmara Cível, rel. Vicente Barroco de Vasconcelos, j. 30.05.2007).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o valor da condenação deve ser fixado em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a se constituir em punição excessiva à parte que indeniza, nem que haja enriquecimento indevido da parte lesada. Recomenda-se que o arbitramento deva se operar com moderação, proporcionalmente ao grau da culpa, a capacidade econômica das partes e, ainda, ao valor do negócio, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência e com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

Como exemplo, existe julgado do Superior Tribunal de Justiça que apreciou recurso especial interposto pelo Banco Bradesco S.A. contra decisão que o havia condenado a indenizar pessoa jurídica que teve a honra objetiva afetada, em decorrência de protesto indevido de título cambial. O Tribunal confirmou afronta à honra objetiva da empresa, reconheceu que a vítima experimentou dano moral e a necessidade de indenização, independentemente da prova do prejuízo. Aqui, o Superior Tribunal de Justiça afirmou que a pessoa jurídica pode ser sujeito passivo de danos morais, quando vê violada sua honra objetiva. Quanto ao valor da indenização, a decisão determinou que fosse fixada em termos razoáveis, sem ocasionar o enriquecimento indevido da vítima, recomendando que o arbitramento se opere com moderação, proporcionalmente ao grau da culpa, ao porte empresarial e às atividades comerciais dos envolvidos, além do valor do negócio.³⁷

Nesse julgado, mesmo antes da possibilidade de fixar indenização levando em conta o grau da culpa, constata-se que ela foi considerada no arbitramento do *quantum debeat*. O mesmo não aconteceu quando o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de julgar por equidade ação que discutia a responsabilidade civil de empresa jornalística que teria publicado notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. A possibilidade de decidir por equidade é regra prevista no artigo 52 da Lei

³⁷ “Civil. Responsabilidade civil. Indenização. Ato ilícito. Dano moral. Protesto indevido de título cambial. Prejuízo. Reparação. Pessoa jurídica. Possibilidade. Honra objetiva. Doutrina. Precedentes do Tribunal. Critérios na fixação do dano. Prudente arbítrio do juiz. Recurso desacolhido.” (STJ – REsp n. 171084/MA, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 18.08.1998).

de Imprensa (Lei n. 5.250/67), mas o Supremo Tribunal Federal entendeu que essa norma não foi recebida pela Constituição Federal de 1988.³⁸

Mesmo inexistindo critérios fixos e objetivos para quantificar o dano moral, a quantificação da indenização vai além do critério da pura análise das condições financeiras das partes envolvidas. Por muito mais razão, uma vez dado o critério, como é o caso da previsão expressa do grau da culpa e a extensão do dano, parece justo e razoável levar em conta elementos outros que vão além das situações financeiras de quem causou e de quem experimentou o prejuízo.

O parágrafo único do artigo 944 do Código Civil é claro quanto aos elementos que permitem o julgamento equitativo: o grau da culpa, a extensão do dano e a desproporção entre eles. Tal classificação permite ao intérprete da lei, a partir da presença desses três elementos, comparar, analisar e classificar para, ao final, aplicar um juízo de valor, ou seja, a equidade.

Carlos Roberto Gonçalves, ao comentar a inovação trazida pelo parágrafo único do artigo 944, em palestra cujo tema era responsabilidade civil, proferida no auditório do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, em 31 de outubro de 2001, assim se manifestou:

“Há casos em que parece injusto o juiz condenar ambos a pagar a mesma indenização, se um agiu com dolo intenso e o outro com culpa levíssima. Uma pequena distração pode, às vezes, provocar um acidente muito grande. O novo Código, atendendo ao anseio de muitos doutrinadores, dentre eles o professor Silvio Rodrigues, criou a possibilidade de o juiz, por equidade, reduzir o montante da indenização, no caso de existir excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. O juiz poderá então dizer: o que agiu com dolo intenso vai pagar 100 mil, que corresponde ao valor do prejuízo apurado; o outro, que também causou um prejuízo de 100 mil, mas se houve com culpa levíssima, em

³⁸ “Indenização. Responsabilidade Civil. Lei de Imprensa. Dano Moral. Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. Ato ilícito absoluto. Responsabilidade civil da empresa jornalística. Limitação da verba devida, nos termos do artigo 52 da Lei n. 5.250/67. Inadmissibilidade. Norma não recebida pelo ordenamento jurídico vigente. Interpretação dos artigos 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e 220, *caput* e parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988. Recurso extraordinário improvido. Toda limitação prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República. Por isso, já não vige o disposto no artigo 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente.” (STF – RE n. 447.584-7/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Cezar Peluso, j. 28.11.2006).

vez de pagar 100 mil, pagará somente 60 mil ou 70 mil. Haverá nesse caso, uma repartição de prejuízo, porque a vítima não será indenizada integralmente.”³⁹

Podemos inserir no contexto da indenização por equidade a oportuna lição de *Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*, quando trata da questão referente à expansão dos critérios endereçados à quantificação ou mensuração dos valores indenizatórios por dano moral:

“[...] além de justa, a nova legislação civil eleva e destaca valores éticos imorredouros, tais como a probidade, a boa-fé e, principalmente a equidade. Todo esse perfil normativo traz enormes mudanças na aplicação do direito, exatamente porque confere ao magistrado uma saudável responsabilidade na composição pecuniária da indenização, tornando-a equânime e, por isso, mais justa, atuação esta que é inovadora entre nós, mas que tem por paradigma a moldura da *common law*.”⁴⁰

Ao tratar de aspecto relacionado ao novo modo de interpretar o direito privado trazido pelo Código Civil que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, *Maria Clara Osuna Diaz Falavigna*, traz a intervenção do Estado regulador nas relações privadas, distingue o arbitrário do discricionário e ressalta que o novo modelo abriga o princípio da moderação, tão aplicado ao direito público com a denominação de princípio da razoabilidade:

“Ora, foi escolha do legislador essa participação do Poder Judiciário e a interpretação do juiz encontra limites no próprio conteúdo que é interpretado, do contrário estará proferindo uma decisão arbitrária e, portanto, ilegal e injusta, porém, com o modelo proposto na legislação privada, o juiz é chamado a, dentro de um critério de discricionariedade como aquelas que provêm do Poder Executivo, em que a lei, por não pode atender a todas as situações concretas permite a valoração do seu conteúdo.”⁴¹

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 57/58, p. 65, jan./dez. 2002.

⁴⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz (Coords.). *Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade*, Porto Alegre: Magister, 2007. p. 152.

⁴¹ FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. Singelas proposições acerca da publicização do direito civil e o reflexo privatista no direito público. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DO ESTADO, 33., 2007, Porto Seguro, BA. *Teses...* Salvador, BA: Associação dos Procuradores do Estado da Bahia (APEB); Associação Nacional dos Procuradores de Estado, 2007. v. 2, p. 369.

Segundo a autora o novo modelo teria importado do direito público o princípio da moderação:

“Moderado nada mais é do que manter um equilíbrio e o princípio da moderação é a imposição a essa manutenção equitativa das relações jurídicas, já que está ligado à razão, ou seja, à capacidade do homem em avaliar e moderar o que está sendo analisado.”⁴²

Como exemplo da determinação de moderação, cita, entre outros, o da distribuição equânime de direitos e obrigações, a regra contida no parágrafo único do artigo 944, cuja moderação é imposta pelo ordenamento: “Nada mais moderado do que esse mandamento, já que observa uma situação de justiça, em que serão observadas as circunstâncias que deram causa ao dano.”⁴³

Autores como *Judith Martins-Costa* e *Gerson Luiz Carlos Branco* defendem a possibilidade da indenização equitativa contemplada no novo Código Civil, ponderando ser o juízo por equidade uma das exigências da justiça enquanto igualdade proporcional. O intérprete, no entender destes doutrinadores, deve sempre buscar uma racionalização, mediante uma análise das considerações práticas dos efeitos presumíveis das soluções encontradas, o que exige juízos empíricos e de valor, os quais aparecem fundidos na expressão juízo por equidade. Justificam que o juízo equitativo não aparece como arbitrário, mas sim representa o sentido do que seja jurídico no contexto social em que se aplica.⁴⁴

A existência em nosso Código Civil de dispositivos como o do parágrafo único do artigo 944 constituiu um avanço, tanto que ainda na vigência do Código Civil de 1916, *Caio Mário da Silva Pereira* observou que o nosso direito desprezava essa graduação da culpa, que não influía na determinação da responsabilidade civil. Observou o autor que foi no Código Civil francês de 1804 que se inseriu a noção de culpa na estrutura da responsabilidade civil.⁴⁵

⁴² *Ibidem*, p. 379.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 128-129.

⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Responsabilidade civil*, p. 64.

4 POSSIBILIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR EQUIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 944 DO CÓDIGO CIVIL COM O INSTITUTO DA *RESTITUTIO IN INTEGRUM* CONSAGRADO NA CONSTITUIÇÃO E NO PRÓPRIO CÓDIGO CIVIL

De acordo com os incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal e com o *caput* do artigo 944 do Código Civil, a reparação do dano deve ser feita de forma integral. O Código Civil é expresso quanto à relação direta entre a extensão do dano e o valor da indenização. A Carta Magna em momento algum menciona a forma integral, mas utiliza as expressões “direito de resposta, proporcional ao agravo” e “direito a indenização pelo dano material, moral ou à imagem”. Entretanto, o parágrafo único do mesmo artigo 944 permite ao juiz reduzir equitativamente a indenização, quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

Observando-se que não é qualquer dano que dá lugar à equidade, mas o considerado excessivo em relação à culpa, por romper o equilíbrio entre a culpa e o resultado danoso, como conciliar o disposto no artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, que confere ao magistrado responsabilidade na composição pecuniária da indenização, tornando-a equânime, com o disposto nos incisos V e X, do artigo 5º, da Constituição Federal, que manda ressarcir integralmente a vítima dos prejuízos materiais que sofreu?

Neste momento, é imprescindível que se estabeleça a discussão acerca da contraposição do preceito que prevê a indenização integral do dano com aquele que permite ao juiz relativizar a indenização quando houver desproporção entre a culpa e o dano. A solução para tal contraposição servirá de base ao entendimento pretendido por este estudo.

A norma, na sua dicção abstrata já não desfruta da onipotência de outros tempos. Para muitos, não se pode sequer falar da existência de norma antes que se dê a sua interação com os fatos, tal como pronunciada por seu intérprete. *Luís Roberto Barroso* afirma que “os fatos e o intérprete nunca estiveram tão presentes como agora na interpretação”. Lembra que “o impacto do processo interpretativo sobre a realidade não pode ser desconsiderado e que a moderna interpretação envolve escolhas pelo intérprete.”⁴⁶

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 271-316. p. 276.

É por meio de técnica de interpretação que se conciliará o disposto no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil com o princípio da indenização integral do dano. Partir-se-á da distinção entre princípios e regras, abordando, em seguida, a contraposição entre princípios e a contraposição entre regras, para, ao final, por meio da técnica da ponderação, concluir pela constitucionalidade ou não do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil.

A seguir, distinguir-se-ão princípios de regras. Abordar-se-ão os mecanismos de ponderação, abrindo-se um leque para tratar a proporcionalidade e seus subelementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Destacar-se-á a aplicação da regra da proporcionalidade à indenização por equidade do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil. Estando o princípio da indenização integral do dano consagrado no artigo 5º da Constituição Federal, busca-se o princípio da dignidade da pessoa humana como um possível contraponto ao dever de indenizar. Identificados os princípios indispostos, passar-se-á à ponderação dos valores contrapostos, para, finalmente, concluir simulando uma aplicação da regra da proporcionalidade e os seus subelementos à indenização por equidade.

O contexto em que se desenvolve o tema central deste estudo impõe o relevante dilema da distinção entre princípios e regras. Trata-se de assunto de infundáveis controvérsias e “os juristas parecem ter uma grande dificuldade para chegar ao menos perto de algum denominador comum acerca do objeto de sua disciplina”⁴⁷. Para *Humberto Ávila*, “chega-se mesmo a afirmar que haveria quase tantas definições de princípios quanto são os autores que sobre eles escrevem”⁴⁸. Parte da doutrina trata o tema da distinção entre princípios e regras elegendo argumentos relativos à natureza, à forma, à incidência e à funcionalidade das espécies normativas. Mas, para o que aqui se propõe, foram eleitas as considerações reputadas essenciais à elucidação do debate ora proposto e, para tanto foram tomadas por base as valiosas lições de *Virgílio Afonso da Silva*⁴⁹ que, de

⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, jan./jun. 2003, p. 607.

⁴⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 215, p. 154, jan./mar. 1999.

⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, p. 607-630.

modo muito didático, valeu-se das obras de *Ronald Dworkin* e *Robert Alexy*⁵⁰. Complementa-se com o pensamento de *Humberto Bergmann Ávila*⁵¹ que, entre outras, faz a distinção entre regras e princípios.

Virgílio Afonso da Silva esclarece que tanto *Dworkin* quanto *Alexy* são partidários da separação qualitativa entre regras e princípios, tese segundo a qual a distinção entre as espécies de normas é de caráter lógico e não de grau (como generalidade, abstração ou fundamentalidade), que é a mais difundida no Brasil⁵². O ponto de partida da teoria de *Dworkin*, segundo *Virgílio Afonso da Silva*, é uma crítica ao positivismo jurídico, que entende o direito como um sistema composto exclusivamente de regras e não consegue fundamentar as decisões para as quais o juiz não consegue identificar nenhuma regra jurídica aplicável, a não ser por meio do recurso à discricionariedade judicial⁵³. Para *Dworkin*, as regras têm dimensão de validade e os princípios têm dimensão de peso. Desse modo, não podem conviver regras contrárias dentro do mesmo ordenamento jurídico, ou seja, se houver conflito entre regras, uma vale e a outra não vale. Diferentemente, se dois ou mais princípios forem conflitantes, dependendo das circunstâncias do caso concreto, um pode prevalecer sobre o outro⁵⁴. Ainda sob o ponto de vista de *Dworkin*, *Virgílio Afonso da Silva* esclarece que o princípio que não tem prevalência, não deixa de valer ou pertencer ao ordenamento jurídico. Ele terá ou não peso, dependendo do caso concreto, e, conforme a situação, a prevalência poderá inverter-se.⁵⁵

Alexy, segundo *Virgílio Afonso da Silva*, da mesma forma que *Dworkin*, parte do pressuposto de que a distinção entre princípios e regras é qualitativa e não de grau. Existem entre princípios e regras, além do diferencial quantitativo de grau representado pela generalidade,

⁵⁰ Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1977 e Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1984, apud SILVA, Virgílio Afonso, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, cit.

⁵¹ ÁVILA, Humberto Bergmann, A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, p. 151-179.

⁵² SILVA, Virgílio Afonso, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, p. 610.

⁵³ SILVA, Virgílio Afonso, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, p. 610.

⁵⁴ Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, p. 43, apud SILVA, Virgílio Afonso, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção.

⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, p. 610.

diferenças outras de ordem qualitativa, que permitem tomar os princípios como “determinações de otimização”, de modo a serem cumpridos em diferentes graus⁵⁶. *Alexy* divide as normas jurídicas em duas categorias, “as regras e os princípios”. Tal divisão não se baseia nos critérios generalidade e especialidade da norma, mas em sua estrutura e forma de aplicação. “As regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção”. Já “os princípios expressam deveres *prima facie*”, cujo “conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes”.⁵⁷

No caso dos princípios, o grau de realização pode variar. A característica que distingue princípios e regras não é a existência de uma “consequência determinada” ou de “vagueza”. A diferença é de outra natureza: “regras expressam deveres definitivos, enquanto princípios expressam deveres *prima facie*”⁵⁸. Então, para *Alexy* existem entre princípios e regras, além do diferencial quantitativo de grau, representado pela generalidade, diferenças de ordem qualitativa que permitem tomar os princípios como “determinações de otimização”, com a especificidade de poderem ser cumpridos em diversos graus. Assim, enquanto as regras podem ser ou não cumpridas, os princípios podem ser cumpridos em distintos graus.

Segundo tais teorias, de modo simplista, pode-se afirmar que conforme a situação fática que se apresenta, almejando um resultado ótimo, um princípio recua para que o outro seja aplicado. O mesmo não acontece entre regras conflitantes: neste caso, é impossível sopesar. Somente uma regra é válida e ela deverá ser realizada na sua plenitude, nem mais, nem menos.

Virgílio Afonso da Silva observa que o conceito que *Alexy*, da doutrina alemã, tem de princípio, “como espécie de norma contraposta à regra jurídica”, é bastante diferente do conceito brasileiro, mas, mesmo assim, o autor procura demonstrar possível relação entre elas. A principal diferença estaria no conceito. Enquanto no Brasil os princípios são definidos pela sua fundamentalidade, são as normas mais fundamentais.

⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, p. 610.

⁵⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 25, abr. 2002.

⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, p. 612.

Na teoria de *Alexy*, o conceito nada diz sobre a fundamentalidade da norma do sistema.⁵⁹

Diferentemente das teorias de *Dworkin* e *Alexy*, *Humberto Ávila*, ao tratar das distinções entre os institutos, sustenta ser o critério da generalidade o mais utilizado para externar tal distinção, de modo a reconhecer que os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade ou abstração, enquanto as regras têm baixo nível de generalidade⁶⁰. *Virgílio Afonso da Silva* critica a teoria de *Humberto Ávila* pois, segundo ele, *Ávila* desconsidera uma distinção trivial da teoria geral do direito: a distinção entre texto ou enunciado e norma, “o primeiro é apenas um enunciado linguístico, enquanto que a norma é um produto da interpretação desse enunciado”. Cairia por terra o argumento de *Humberto Ávila*, vez que “a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas e não entre dois tipos de textos”⁶¹. Como os princípios têm consequências abstratamente determinadas, diferentemente da teoria de *Ávila*, que afirma que a colisão entre princípios é apenas aparente, eles são passíveis de colisão.⁶²

Outra crítica de *Virgílio Afonso da Silva* à teoria de *Humberto Ávila* é a de que “nem sempre os princípios devem ser realizados na máxima medida” e, se falaria, ao invés, em medida necessária. Para *Virgílio Afonso da Silva*, “não é verdade que o primeiro princípio deva ser realizado apenas na medida necessária à realização do fim instituído pelo segundo princípio”, pois um princípio não é instrumento para a realização de outro princípio. O autor critica *Humberto Ávila*, quando este trata do conflito entre princípios da mesma forma que trata o conflito entre regras⁶³. Regras conflitantes são inconciliáveis, uma das regras é declarada inválida, mas princípios conflitantes podem ser ponderados e o princípio afastado não é declarado inválido, tanto que, em outro caso concreto, o princípio que deu espaço pode prevalecer. No caso de conflito

⁵⁹ SILVA, Virgílio Afonso, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, p. 612-615.

⁶⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann, A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, p. 161.

⁶¹ SILVA, Virgílio Afonso, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, p. 617

⁶² SILVA, Virgílio Afonso, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, p. 619.

⁶³ SILVA, Virgílio Afonso, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, p. 621.

entre regras, uma delas necessariamente deverá ser declarada inválida, já que regras conflitantes não podem sobreviver no mesmo sistema. Para *Virgílio Afonso da Silva*, tanto a regra quanto o princípio são passíveis ou carentes de interpretação, mas somente o princípio é passível ou carente de sopesamento⁶⁴. A generalidade característica dos princípios permite que eles se amoldem às situações concretas, adequando-se às demandas sociais.

Constata-se que a própria forma da solução da contraposição entre princípios e regras caracteriza a distinção entre os institutos, sendo também distinto o comportamento, conforme a colisão entre princípios ou o conflito entre regras.

O conflito entre regras, sob a ótica de *Alexy*, se soluciona em âmbito de validade, ou seja, se conflitantes as regras, apenas uma é aplicada. Ora uma regra é afastada em função da especialidade, ou a regra posterior revoga a anterior que com ela é incompatível, ou ainda a regra hierarquicamente superior é a que vale. Já a situação de conflito entre princípios não é solucionada pelo critério da especialidade, da anterioridade ou ainda da hierarquia, mas passa pela análise das circunstâncias do caso concreto, implica em sopesar valores conforme a situação que se considera.

O princípio da indenização integral previsto nos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal carece de interpretação. Poderão ser discutidos os significados de “resposta proporcional” e “direito à indenização” previstos na Carta Magna. Mas, depois que se chega a uma decisão acerca do significado de indenização, já é possível subsumir o fato à norma e aplicá-la ao caso concreto. Pode ser que outros princípios sejam aplicáveis ao mesmo caso concreto e, dessa forma, só poderá ser solucionado após um sopesamento entre os princípios envolvidos. Ao se deparar com o conflito, o intérprete se valerá de mecanismo de ponderação, permitindo ao operador do direito a ponderação de valores no caso concreto, de modo a escolher entre os bens conflitantes aquele que se revela mais importante naquela situação, sem com isso desprezar o outro princípio.

Uma vez superado o dilema da distinção entre princípios e regras, abordar-se-ão os mecanismos de sopesamento entre princípios, oportunidade em que será analisada a proporcionalidade.

⁶⁴ SILVA, Virgílio Afonso, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, p. 627.

Parte da doutrina trata a proporcionalidade como sinônimo da razoabilidade. Para o que se propõe este estudo, foram tomadas por base as lições de *Virgílio Afonso da Silva*⁶⁵ e as não menos importantes lições de *Humberto Bergmann Ávila*.⁶⁶

O conceito técnico de proporcionalidade, para *Virgílio Afonso da Silva*, trata-se de regra de interpretação e aplicação do direito, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais.⁶⁷

Partindo da premissa de *Alexy* já estudada, e considerando que a distinção entre os institutos levou em conta a estrutura e forma de aplicação e não a generalidade e especialidade da norma, *Virgílio Afonso da Silva* conclui que o “chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio”, na medida que a proporcionalidade “não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicada de forma constante, sem variações”.⁶⁸

Humberto Bergmann Ávila também reconhece que *Alexy* excluiu, com razão, a proporcionalidade do âmbito dos princípios: “[...] já que não entra em conflito com outras normas-princípios, não é concretizado em vários graus ou aplicado mediante criação de regras de prevalência diante do caso concreto, e em virtude das quais ganharia, em alguns casos, a prevalência”.⁶⁹

Ao identificar a proporcionalidade como regra e não como princípio⁷⁰, *Virgílio Afonso da Silva* deixa claro que a expressão “princípio da proporcionalidade” não tem o mesmo significado de “princípio” na distinção entre regras e princípios, na acepção da teoria de *Robert Alexy*.⁷¹

Razoabilidade e proporcionalidade são utilizados como sinônimos e predominantemente entendidas como instrumento de

⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 23-50.

⁶⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann, A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, p. 151-179.

⁶⁷ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 24.

⁶⁸ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 25.

⁶⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann, A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, cit., p. 169.

⁷⁰ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 26.

⁷¹ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 26.

controle contra excesso dos poderes estatais. *Virgílio Afonso da Silva* critica a invocação da proporcionalidade como instrumento de controle de excesso dos poderes estatais. O autor reconhece tal controle como a principal finalidade da regra da proporcionalidade, mas lembra que ela pode ser também instrumento contra a omissão ou ação insuficiente dos poderes estatais.⁷²

Virgílio Afonso da Silva explica:

“[...] proporcionalidade e razoabilidade não são sinônimos. Enquanto aquela tem estrutura racionalmente definida, que se traduz na análise de suas três sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), esta ou é um dos vários tipos dos quais o Supremo Tribunal Federal se serve, ou uma simples análise de compatibilidade entre meios e fins.”⁷³

Para *Virgílio Afonso da Silva*, a regra da proporcionalidade se diferencia da regra da razoabilidade não só pela origem, mas também pela estrutura. Quanto à origem da razoabilidade, o autor invoca *Wilis Santiago Guerra Filho*, para quem ela estaria em decisão judicial proferida em 1948, na Inglaterra, a decisão *Wednesbury*, segundo a qual seria irrazoável uma decisão que nenhuma autoridade razoável tomaria. O teste sobre a irrazoabilidade, no dizer de *Virgílio Afonso da Silva*, é muito menos intenso do que os testes que a regra da proporcionalidade exige.⁷⁴

Conforme *Virgílio Afonso da Silva*, a regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não traduz uma “simples pauta de que os atos estatais devem ser razoáveis”, nem uma “simples análise da relação meio-fim”. A regra da proporcionalidade tem, segundo o autor, uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes: “A análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, que são aplicados em uma ordem predefinida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade.”⁷⁵

⁷² SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 27.

⁷³ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 45.

⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 29.

⁷⁵ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 30.

Luís Roberto Barroso, que também utiliza o “princípio” da proporcionalidade e o da razoabilidade como sinônimos, entende que o princípio da proporcionalidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos, quando o instrumento utilizado é inadequado à finalidade perseguida.⁷⁶

Emprestando a lição de *Humberto Ávila*:

“O dever de proporcionalidade não é um princípio ou uma norma princípio [...]. Este, na verdade, estabelece uma estrutura formal de aplicação dos princípios envolvidos: o meio escolhido deve ser adequado, necessário e não excessivo [...]. Por isto, consiste num postulado normativo aplicativo, consiste numa condição normativa, isto é, instituída pelo próprio Direito para sua devida aplicação.”⁷⁷

Simpatiza-se com a forma de pensar de *Virgílio Afonso da Silva*, mas não se dará relevância para a distinção entre proporcionalidade e razoabilidade, ou para o fato da proporcionalidade se tratar de regra e não de princípio.

A regra da proporcionalidade pressupõe a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos, bem como a adequação e a necessidade destes meios para alcançar o fim pretendido. O pressuposto da adequação exige aptidão das medidas adequadas para a consecução do fim almejado; a necessidade ou exigibilidade pressupõe a existência de outro meio menos gravoso capaz de surtir os efeitos desejados.

Prosseguindo na análise dos elementos da proporcionalidade, *Virgílio Afonso da Silva* afirma que a análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito, sendo subsidiária a relação entre elas. Dada tal subsidiariedade, segundo o autor, somente nos casos mais complexos se procede à análise da proporcionalidade em sentido estrito⁷⁸. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, conforme *Virgílio*, “é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais”.⁷⁹

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto, O começo da história: a nova interpretação constitucional, p. 302-303.

⁷⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann, A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, p. 169.

⁷⁸ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 34.

⁷⁹ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 34.

A contraposição de princípios enseja a análise das circunstâncias do caso, para que o sopesamento de valores envolvidos permita estabelecer entre os princípios uma relação de preferência condicionada, de modo a permitir a menor limitação possível ao princípio que cederá espaço para que o outro prevaleça, cabendo aqui abrir espaço para discorrer sobre critérios para o sopesamento dos valores em conflito. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação se relaciona com a pertinência entre a medida e a consecução dos fins a que se almeja. No dizer de *Virgílio Afonso da Silva*: “Adequado não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentado.”⁸⁰

A necessidade diz respeito à escolha menos onerosa, ou seja, que em menor dimensão atinja e ofereça limitações aos valores em conflito. Nesse sentido, vem a definição de *Virgílio Afonso da Silva*: “Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objeto perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.”⁸¹

Virgílio Afonso da Silva distingue o exame da necessidade do exame da adequação, aquele “é um exame imprescindivelmente comparativo”, enquanto o da adequação “é um exame absoluto”⁸². A proporcionalidade em sentido estrito “consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”⁸³. Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade, e portanto seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que a fundamentem não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido.

O mesmo autor faz crítica no sentido de que a aplicação da regra da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal consiste apenas em um apelo à razoabilidade. Argumenta que nem sempre o recurso à regra

⁸⁰ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 36.

⁸¹ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 38.

⁸² SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 38.

⁸³ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 40.

da proporcionalidade é justificado nas decisões do STF. Quando alguma fundamentação é fornecida, é quase sempre mencionado o artigo 5º, LIV⁸⁴. “Ainda que o Supremo Tribunal Federal se refira expressamente ao princípio da proporcionalidade essa referência é tecnicamente incorreta, e deve ser entendida como referência à análise da razoabilidade.”⁸⁵

Para ilustrar, no STF viu-se confrontada a regra da proporcionalidade ao estudar a constitucionalidade da Lei n. 10.248/93 do Estado do Paraná. Tal lei, com o objetivo de proteger o consumidor, exigia que os botijões de gás fossem pesados na presença do comprador, evitando assim que possíveis variações de peso do produto vendido ou possíveis sobras de gás na embalagem devolvida fossem ressarcidos ou abatidos do preço do recipiente novo. Contra tal lei houve propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade⁸⁶ pela Confederação Nacional do Comércio contra o chefe do Poder Executivo estadual e contra a Assembleia Legislativa local. A autora, entre outros, alegou violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e o argumento foi aceito no STF. Quanto à adequação, segundo *Virgílio Afonso da Silva*, dever-se-ia indagar se a pesagem promoveria a defesa do consumidor; com base em parecer de órgão técnico, a resposta é negativa, vez que a pesagem é sensível, o que poderia acarretar desregulagem. Também a pesagem impediria que o consumidor adquirisse o produto em local distante do veículo.⁸⁷

⁸⁴ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 32.

⁸⁵ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 33.

⁸⁶ “Gás liquefeito de petróleo. Lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor. Arguição de inconstitucionalidade fundada nos artigos 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e parágrafos, 25, parágrafo 2º, e 238, além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos. Plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida. Acórdão. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos de votos, em deferir medida cautelar para suspender, até a decisão final da ação, os efeitos da Lei n. 10.248, de 14.01.1993, do Estado do Paraná.. Pretende-se mais a inconstitucionalidade material da lei por violação ao princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade.” (STF – ADI n. 855-2/PR, 2ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 01.07.1993).

⁸⁷ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 38.

Partindo da premissa de que a pesagem dos botijões é adequada, passa-se à análise da proporcionalidade, sob o ponto de vista da necessidade. Para saber se é necessária, há de ser identificado qual direito fundamental está sendo restringido para, após, indagar sobre medidas alternativas que da mesma forma protejam o consumidor e que em menor escala restrinjam o direito em questão. Sob o aspecto da necessidade, a autora da ação direta de inconstitucionalidade alegou restrição à liberdade de iniciativa, sob o argumento de que a produção de balanças exigiria o investimento em tecnologia e tal fato poderia levar as distribuidoras de gás à ruína financeira. Sugeriu-se a pesagem dos botijões por amostragem. Segundo *Virgílio Afonso da Silva*, “tal argumento não seria suficiente para decidir sobre a desnecessidade da medida”, vez que ela “não exclui o controle por amostragem, mas a ela se soma”. Ademais, “a exigência da pesagem tem, também, a finalidade de proteger o consumidor individualmente para que este não pague pelo que não recebeu” e “a pesagem seria mais eficiente do que o controle por amostragem”, de modo que a pesagem pode ser considerada como necessária, nos termos da regra da proporcionalidade.⁸⁸

Visto que a pesagem dos botijões na presença do consumidor pode ser adequada e necessária, passa-se à análise da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido, segundo *Virgílio Afonso da Silva*, há que se questionar se a proteção ao consumidor justificaria essa limitação à liberdade de iniciativa.⁸⁹

Partindo da premissa de que a grande maioria dos direitos fundamentais são princípios, no sentido defendido por *Alexy*, admite-se que tais princípios são mandamentos de otimização, isto é, devem ser realizados na maior medida possível, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas. A análise da proporcionalidade é exatamente a maneira de se aplicar tal dever de otimização ao caso concreto.

Nesta parte do trabalho, invocando a ponderação, procurar-se-á avaliar se as disposições que potencialmente podem restringir o direito à recomposição do dano, do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, revelam-se como medida justa, adequada, necessária e proporcional ao fim que se destina, isso em função de não haver reserva de jurisdição constitucionalmente prevista para a restrição em comento.

⁸⁸ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 40.

⁸⁹ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 41.

Em uma análise menos detida em matéria de indenização por equidade, constata-se inexistir conflito entre direitos fundamentais, mas sim uma regra infraconstitucional, do Código Civil, limitando um direito fundamental contemplado nos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal. Dado que a Constituição serve de fundamento de validade para a elaboração das normas infraconstitucionais, somente por meio de construção é que se pode aceitar uma norma infraconstitucional limitando a abrangência dos princípios constitucionais em comento. Essa construção, dentro do critério da proporcionalidade, admite a limitação dos direitos fundamentais, desde que a limitação tenha por fim proteger outro direito fundamental.

E na colisão de direitos fundamentais, o legislador infraconstitucional poderá, com base no princípio da proporcionalidade, limitar o raio de abrangência de um direito fundamental, visando a dar maior efetividade a outro direito fundamental. Pautando-se na adequação, na necessidade e na proporcionalidade, é possível limitar normas constitucionais definidoras de direitos. Nessa linha filia-se a tese de que o direito de ser indenizado na íntegra é direito fundamental que deve ser garantido aos cidadãos, principalmente em função dos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal. Destarte, é preciso que fique fixado que se considera o direito de indenizar integralmente, em conjunto com a dignidade do causador do dano de grande proporção, como direitos fundamentais, sujeitos a conflitarem e a terem a regra da proporcionalidade como elemento essencial para a solução desses conflitos.

Partir-se-á da premissa de que a questão da possibilidade de não indenizar integralmente atine à contraposição de princípios e não de regras, em que as circunstâncias determinarão a precedência de valores, sem aniquilar-lhes os fundamentos e não impedindo, por qualquer forma, sua aplicação em outros casos. Não se tratando o direito à indenização integral de direito absoluto, ele poderá ceder em face de outros interesses de maior relevância, como, por exemplo, a desejável consecução da dignidade da pessoa humana, além de outros que se poderia considerar em conflito, como o princípio da igualdade e o da unidade constitucional.

Estando em apreciação conflito entre princípios constitucionais, deverão ser analisadas as circunstancias para, à luz da proporcionalidade e da racionalidade, alcançar uma medida que se possa dizer justa, necessária e racionalmente justificável, de modo a estabelecer-se relação de prevalência condicionada entre ambos, para limitar e restringir cada um deles na menor parcela possível.

Transpondo o conteúdo acerca da interpretação para a indenização equitativa, temos que a indenização integral é princípio que deve ser realizado na maior medida possível, segundo as condições fáticas e jurídicas presentes. Em havendo colisão do princípio com o direito do autor do dano de grande monta, que poderá ver reduzido seu patrimônio, de modo a se ver colocado em situação atentatória a sua dignidade, que também é um princípio, a colisão entre os princípios há de ser resolvida. Após ponderação, o juiz decide por equidade e não manda recompor o prejuízo integral da vítima do dano. Isso não significa, porém, que “recompor o dano” tenha deixado de ser um dever do juiz. É que tanto o dever de indenizar integralmente como o dever de preservar a dignidade humana do defensor são deveres *prima facie*. Isso significa que, diante das possibilidades do caso concreto, o dever pode não se revelar um dever definitivo, realizável.

Nossa premissa parte de reconhecer o princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no artigo 1º, III, da Constituição Federal, como sendo o fundamento constitucional de restrição do valor da indenização, de modo que um sopesar entre esse valor e aquele que manda indenizar na íntegra, em vista do caso concreto, poderia autorizar a não reparação integral do dano, sendo certo que tal prerrogativa pertence exclusivamente ao Poder Judiciário.

Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco, ao tratarem da conexão entre Constituição e Código Civil, também ressaltam a importância para o direito privado do princípio constitucional da dignidade humana, sobretudo em matéria de responsabilidade civil:

“O modelo paradigmático de ligação intersistemática é o que ocorre entre a Constituição e o Código Civil, avultando-se aí em importância especial para o Direito Privado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Vazado em termos amplíssimo e incidente em todo o ordenamento, espraiando-se por todos os ramos do Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser densificado, tornando-se concreto e operativo em particulares domínios de casos. O campo dos danos à pessoa é exemplar, pela excelência do tratamento dado pelo Código ao instituto da responsabilidade civil. Conectando-se este instituto ao princípio constitucional, às cláusulas gerais e regras objeto do novo Código Civil, e ainda operando-se a ligação com instrumentos de índole processual, poderá ser utilizada a permanente e crescente reconstrução do modelo jurídico da responsabilidade civil por danos à pessoa, ou danos aos direitos de personalidade. Para tanto é necessário estabelecer conexão entre as normas do artigo 5º, V e X,

constitucional, as cláusulas gerais dos artigos 12, 21, 187 e as regras dos artigos 927 e seu parágrafo único e 944 do novo Código Civil.”⁹⁰

Consistindo os princípios em determinações de otimização a serem realizadas na maior medida possível, seu conflito não impõe uma escolha entre um deles e o afastamento, nem tampouco sua anulação, mas um juízo de ponderação, em que, analisando-se as circunstâncias, seja possível efetuar um sopesamento dos valores envolvidos, a consubstanciar-se em um critério de prevalência condicionada.

O propósito da ponderação é solucionar os conflitos da maneira menos traumática para o sistema como um todo, de modo que as normas em oposição continuem a conviver sem a negação de qualquer uma delas, ainda que em determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em intensidades diferentes. Para o presente trabalho, em particular, assume relevância a ponderação, quando atividades encetadas pelo legislador podem configurar limitações ao direito individual de ser indenizado na proporção do dano, restando questionar se tal limitação é proporcional e razoável, em vista dos resultados que se pretende atingir, a ensejar que se revele uma medida justa e compatível e ainda se sua aplicação não fere o núcleo essencial do direito limitado, caso em que sua inconstitucionalidade seria medida impositiva.

A correta aferição da proporcionalidade e razoabilidade passa pela aplicação dos critérios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito e é sob tais perspectivas que procederemos à análise da constitucionalidade do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil. O teste da adequação da medida que permite indenizar equitativamente diz respeito ao exame de sua aptidão para atingir o fim almejado, ou seja, consiste em aferir se o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido. O objetivo da exceção contida no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil é proteger o causador do dano de grande monta e evitar que ele venha a ser responsabilizado por consequência desproporcional a sua culpa, vindo a ser obrigado a recompor todo o prejuízo da vítima. É inegável que se a vítima tem o direito de ser indenizada e o causador do prejuízo não dispõe de outros bens que possam quitar esse débito, a indenização por equidade se apresenta como o único meio possível e adequado para a obtenção do resultado pretendido, que é a solução da dívida. Destarte, pode-se dizer

⁹⁰ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 126.

que a indenização por equidade é adequada, nos termos exigidos pela regra da proporcionalidade. Uma vez invocada a equidade, ela pode ser considerada medida adequada para promover o resguardo da dignidade da pessoa do agente.

Na análise da necessidade, tratar-se-á de contrapo-la à outra capaz de promover o mesmo objetivo com a mesma intensidade, mas que restrinja menos o direito da vítima. Para tanto, é necessário primeiramente questionar quais direitos são limitados: o direito da vítima que vai receber menos do que o prejuízo que experimentou. A alternativa é ver recomposto seu dano na íntegra e ver aquele que cometeu pequeno deslize ir à insolvência. Outra opção é considerar a indenização equitativa como medida necessária e indispensável para efetivar a garantia dos direitos do autor, que detém a mesma natureza do direito da vítima. É certo que a vítima não será indenizada na proporção daquilo que perdeu, mas também é certo que aquele que cometeu mera distração não tenha em sua atitude o motivo de sua ruína, sendo necessária a medida que reparte o prejuízo entre autor e vítima, tal qual aconteceria se um fato da natureza tivesse gerado o dano. Nesse sentido, a possibilidade de indenizar por equidade pode ser considerada como necessária, nos termos da regra da proporcionalidade, ainda que a medida alternativa de recompor integralmente pudesse beneficiar à vítima.

O teste da proporcionalidade em sentido estrito leva em conta os motivos que fundamentam a adoção da medida e se o peso deles é suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. Exige que o meio utilizado esteja em proporção com o objetivo almejado por um e a capacidade de suportar o ônus pelo outro. Para atendê-lo, é fixado um valor equânime, procedendo-se a uma proporcional distribuição do prejuízo, tanto em benefício da vítima, quanto do agressor. Por outro lado, a equidade permite que a dívida seja parcialmente quitada, o que atende não só aos interesses do credor, mas também aos objetivos da própria jurisdição, preservando o resultado útil do processo e a justiça das decisões, o que evidentemente vem conferir maior credibilidade à atuação judicial, sinalizando para a sociedade que a decisão tem que ser cumprida. Na análise da proporcionalidade em sentido estrito, deve ser questionado se a proteção do autor do deslize justificaria uma desproporcional condenação capaz de atentar contra a própria dignidade. A proteção do causador do dano parece ter um peso maior do que a recomposição da vítima.

O que ocorre é uma simples impossibilidade de aplicação do princípio da indenização integral para a solução de um problema concreto

em que há desproporção entre a culpa do agente e a gravidade do dano, o que não significa que, em outros casos, o mesmo princípio afastado não possa ser aplicado e, mais importante, que não possa, até mesmo, prevalecer sobre aquele princípio que, no primeiro caso, prevaleceu sobre ele. Desse modo, não se trata de desrespeitar o princípio da indenização integral, agasalhado no artigo 5º da Constituição Federal, mas, pelo contrário, de extrair a sua máxima efetividade, para que seja respeitada tanto em relação ao que experimentou o prejuízo, quanto em relação ao causador do dano, impedindo que favoreça apenas um, em detrimento do outro, interpretação insustentável, por colidir com o princípio da isonomia.

Vemos, portanto, na aplicação da indenização por equidade prescrita pelo parágrafo único do artigo 944 do Código Civil exemplo elucidativo da utilização da regra da proporcionalidade para solucionar conflito entre direitos fundamentais. Esclarece-se que a concepção adotada exige que se considere a efetividade da tutela jurisdicional como um direito fundamental, passível de conflitar com outro direito fundamental, sendo a solução para tal conflito a aplicação do princípio da proporcionalidade.

A necessidade de conferir efetividade a uma decisão judicial também está inserida no devido processo legal, previsto no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, já que a garantia do interesse processual não teria sentido se não se pudesse garantir também a efetividade do resultado que ele proporciona, sob pena de se condenar todo o sistema a uma situação de esterilidade e inoperância, à “meia garantia” dos meios e não dos fins, o que seria um contrasenso, além de desarrazoada a conclusão de que tal garantia só beneficiaria um dos lados (vítima) e não o outro (causador do dano). Assim, é imperioso concluir que a possibilidade da indenização que não recompõe o prejuízo é sustentada pela ponderação dos valores, viabilizada pela aplicação da proporcionalidade e razoabilidade, que compõem o conceito do devido processo legal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Este trabalho teve como objetivo principal analisar os aspectos da equidade relacionados à responsabilidade civil para a redução do valor da indenização, quando houver desproporção entre a culpa e o dano, presentemente prevista no artigo 944, parágrafo único, do Código Civil.

2. O artigo 5º, V e X, da Constituição Federal estabelece que os danos serão integralmente ressarcidos, mas o juiz, pautado no parágrafo

único do artigo 944, considerando o grau da culpa, poderá reduzir a indenização da vítima.

3. A solução dos interesses em conflito passa pelo sacrifício do interesse da vítima, na justa medida que possa acarretar a preservação do direito do autor do dano, tendo em vista que ambos possuem uma região de “intersecção”.

4. O disposto no parágrafo único, do artigo 944 do Código Civil será compatibilizado com o princípio da indenização integral do dano por meio de interpretação.

5. O trabalho de interpretação considerou haver distinção entre princípios e regras. Enquanto “os princípios expressam deveres e direitos *prima facie*, que poderão revelar-se menos amplos após o sopesamento com os princípios colidentes”, as “regras, ao contrário dos princípios, expressam deveres e direitos definitivos, ou seja, se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos”.

6. A questão da possibilidade de não indenizar integralmente atine à contraposição de princípios e não de regras, e a solução da colisão entre princípios passa pela análise das circunstâncias do caso concreto, implica sopesar valores conforme a situação que se considera.

7. O dano indenizável, conforme proposição tirada de algumas lições doutrinárias e da interpretação, seria o correspondente à ponderação entre o princípio que remete à ideal recomposição do prejuízo e o que dá fundamento a não deixar desamparado aquele que, por ato involuntário e mero deslize, provocou dano de grande proporção.

8. A regra da proporcionalidade pressupõe a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos, bem como a adequação e a necessidade desses meios para alcançar o fim pretendido.

9. O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser um dos fundamentos constitucionais de restrição do valor da indenização, de modo que um sopesar entre esse valor e aquele que manda indenizar na íntegra, em vista do caso concreto, pode autorizar a não reparação integral do dano.

10. É possível considerar a indenização equitativa como medida necessária e indispensável para efetivar a garantia dos direitos do autor, que detém a mesma natureza do direito da vítima. Nesse sentido, a possibilidade de indenizar por equidade pode ser considerada como

necessária, nos termos da regra da proporcionalidade, ainda que a medida alternativa de recompor integralmente possa beneficiar à vítima.

11. A possibilidade de indenizar por equidade constitui avanço do nosso ordenamento jurídico. Muitas vezes é preciso que se projete no universo do outro, com as referências do outro para compreender sua posição.

12. Na prática, a indenização integral nem sempre é justa e, de acordo com o grau de culpa e a extensão do dano, justifica-se a fixação da indenização valendo-se do critério da equidade.

13. Fica, portanto, a reflexão sobre a que interesses servem as defesas da inflexibilidade do direito à recomposição do dano no atual contexto social, quando em benefício da dignidade da pessoa humana ele já se mostrou legalmente relativizado.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado (Coord.). *IV Jornada de Direito Civil*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2007. 2 v.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. Distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil: curso de direito civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 361 p.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil anotado e legislação complementar*. São Paulo Atlas, 2004. 1955 p.
- BANDEIRA DE MELO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1979.
- BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 271-316.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

- BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 44, p. 24-27, out. 1994.
- CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed., 4. tiragem, rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. 439 p.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política?. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 221, p. 47-69, jul./set. 2000.
- CUNHA, Leonardo Nascimento. A aplicabilidade do art. 944, parágrafo único, do Código Civil de 2002 aos danos materiais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1343, 6 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9568>>. Acesso em: 20 dez. 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas. 1997.
- _____. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. *Vocabulário jurídico*. 26. ed., rev. e atual. por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. rev. atual. de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. *Os princípios gerais do direito e os standards jurídicos no Código Civil*. 2007. 316 p. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-23032008-183352/publico/TESE.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2010.
- _____. Singelas proposições acerca da publicização do direito civil e o reflexo privatista no direito público. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DO ESTADO, 33., 2007, Porto Seguro, BA. *Teses...* Salvador, BA: Associação dos Procuradores do Estado da Bahia (APEB); Associação Nacional dos Procuradores de Estado, 2007. v. 2, p. 366-389.

- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 4. ed. rev. e acrescida da jurisprudência correspondente a cada título e da parte geral do anteprojeto de Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. v. 1.
- FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Responsabilidade civil: indenização por equidade no novo Código Civil. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz (Coords.). *Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Magister, 2007.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *Responsabilidade civil*. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. Responsabilidade Civil. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 57/58, p. 45-71, jan./dez. 2002.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago, O princípio da proporcionalidade em direito constitucional e em direito privado no Brasil. *Mundo Jurídico*, 9 out. 2005. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=701>. Acesso em: 18 jun. 2008.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade presumida*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- _____. Responsabilidade presumida: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz (Coords.). *Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Magister, 2007. p. 149-174.
- MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 7. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1961.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 3.
- _____. *Responsabilidade civil*. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2001. Notas 29 e 46.

- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1976. v. 1, t. 1.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed., 3. tiragem. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003.
- _____. O proporcional e o razoável. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.
- STOCO, Rui. Responsabilidade civil no Código Civil francês e no Código Civil brasileiro: estudos em homenagem ao bicentenário do Código Civil francês. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 831, p. 11-58, jan. 2005.
- _____. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DIREITOS HUMANOS, ESTADO CONTEMPORÂNEO E INCLUSÃO JURÍDICA

Human rights, contemporary state and juridical inclusion

Marcus Vinicius Ribeiro¹

RESUMO

Este artigo tem por objetivo estudar o conceito de Estado e suas funções e a aplicação dos direitos humanos na sociedade contemporânea. O trabalho reflete também sobre o conceito de justiça e as possibilidades de promover uma inclusão jurídica da população excluída de direitos.

Palavras-chave: Acesso à Justiça; Direitos Humanos; Estado Contemporâneo; Inclusão Jurídica.

ABSTRACT

This work aims at analysing the concept of State and its functions as well as the implementation of the human rights in the contemporary society. It reflects about the concept of justice and the possibilities to improve a juridical inclusion of people not reach by legal rights.

Keywords: Access to Justice; Contemporary State; Human Rights; Juridical Inclusion.

1 INTRODUÇÃO

O homem deve ser considerado o mais importante de todos os valores protegidos pelo direito. Aliás, o direito só existe em função dele e para ele. Dessa concepção é que nasceu a ideia de pessoa: “A pessoa é o valor-fonte de todos os valores.”²

¹ Defensor Público do Estado de São Paulo. Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Especialista em Direitos Humanos pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Ibirapuera e da UniAnchieta. São Paulo - SP – Brasil. *E-mail:* <ribeiro.marcusvinicius@yahoo.com.br> Texto recebido em 03.08.2010 e aprovado em 04.10.2010.

² REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 211.

Assim sendo, a dignidade é uma qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e “certos de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim deveriam) em meta permanente da humanidade e do estado de direito”.³

2 DIREITOS HUMANOS

“Direitos humanos” é uma expressão vaga e difícil de ser definida. Mais importante que a definição é a ideia em si, até porque ela geralmente é tautológica ou redundante: “direitos humanos são os que cabem ao homem enquanto homem” ou “são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer a todos os homens”. Dessa forma, o que deve ficar claro é que o homem, enquanto ser humano possui certos direitos que devem ser respeitados e garantidos e ninguém, nem mesmo o Estado – e principalmente ele, que existe para garantir seu bem-estar – pode violar. Todos os homens são titulares desses direitos e nem eles próprios podem os alienar.⁴

*José Joaquim Gomes Canotilho*⁵ identifica que as expressões *direitos humanos* e *direitos fundamentais* são frequentemente usadas como sinônimos. Mas, segundo sua origem e o respectivo significado, podem ser distinguidas pelo fato dos direitos humanos serem direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista), enquanto os direitos fundamentais são os direitos do homem, “jurídico-institucionalmente” garantidos e limitados “espaço-temporalmente”.

Destarte, direitos humanos e direitos fundamentais se referem à mesma gama de direitos, sendo que os primeiros estão mais ligados a um aspecto filosófico e de direito natural, enquanto os derradeiros a sua previsão constitucional.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 27.

⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 17.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. 1993. p. 517.

*René Cassin*⁶ definiu a ciência dos direitos humanos como um ramo particular das ciências sociais, que tem por objetivo estudar as relações entre os homens, em função da dignidade humana, determinando os direitos e faculdades necessários para o desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.

Por seu turno, *Jorge Miranda*⁷ entende por direitos fundamentais

“os direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material”.

O fundamento para a existência dos direitos humanos (ou direitos fundamentais) está justamente nessa historicidade, vez que seu reconhecimento não se deu através de doutrinas ou teorias, mas com conquistas sociais que se afirmaram através de lutas e revoluções no decorrer dos tempos, promovidas por diversas gerações de oprimidos e excluídos; e, a cada momento, foi se reivindicando proteção de níveis mínimos de igualdade, democracia e existência digna como condição para a sobrevivência pacífica.

Parte da doutrina divide os direitos humanos em fases. Em um primeiro momento, surgiram os chamados direitos humanos de primeira geração, ligados à ideia das liberdades do indivíduo, ou seja, a possibilidade dele viver sem interferência dos detentores do poder estatal. O Estado tinha uma obrigação meramente negativa: não poderia interferir na vida pessoal do indivíduo para impedir que ele fosse atingido em seus direitos mais elementares, como o direito à vida, à propriedade, à intimidade, à vida privada, à igualdade, à liberdade de expressão, à dignidade etc.

Posteriormente, foi percebido que não bastava evitar que o Estado ofendesse as liberdades do indivíduo, ele deveria proporcionar níveis mínimos de subsistência digna e evitar que as pessoas se ofendessem. Surgiram então os chamados direitos humanos de segunda geração, que contemplam uma conduta positiva por parte do Estado. Assim, passou-se a exigir ação do poder público. São esses os chamados direitos sociais,

⁶ CASSIN, René, Declaração Universal dos Direitos Humanos apud BIDARD CAMPOS, Germán J. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991. p. 53.

⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. v. 4, p. 7.

protegidos por um Estado que se convencionou chamar de “Estado de bem-estar” (*welfare state*).

Por seu turno, os direitos humanos de terceira geração contemplam a proteção dos chamados interesses difusos ou coletivos, ou seja, não visam a proteger um indivíduo isoladamente, mas uma coletividade de indivíduos postos na mesma situação. São direitos dessa espécie: o direito de viver em um ambiente não poluído, de respeito ao patrimônio histórico e cultural, garantias ao consumidor etc. Essa modalidade de proteção se tornou necessária porque a proteção isolada do indivíduo passou a não ser mais suficiente, pois certos feitos ofendem uma quantidade de pessoas, determinável ou indeterminável, postas na mesma situação jurídica, e a proteção individual já não bastava.

Cogita-se em uma quarta modalidade de direitos humanos que estaria ligada à ideia de manipulação do patrimônio genético do indivíduo, à bioética e ao biodireito, devido aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, com produção de alimentos transgênicos, manipulação de embriões ou genes humanos que podem ser usados indevidamente etc.⁸

É preciso ressaltar, entretanto, que as matrizes dos direitos humanos foram construídas por uma classe dominante. Vale dizer: segundo a ética do homem (ser masculino) branco, cristão, ocidental e proprietário. Assim, é possível afirmar que os direitos humanos são direitos burgueses e que acabam por justificar e perpetuar o modelo de Estado liberal burguês. Até mesmo os direitos sociais são direitos compensatórios para manter a dominação da grande massa.

De qualquer forma, em qualquer modelo de estado, essas necessidades dos seres humanos devem ser respeitadas. É certo que a humanidade partilha de alguns valores comuns que devem ser garantidos, mas outros variam com o lugar e no tempo. Com efeito, a liberdade, a igualdade e a dignidade do homem são ideais a se perseguir em qualquer local ou em qualquer época. Outros mudam com a cultura e o tempo. E mais, mesmo o que se entende por tais direitos pode mudar conforme o entendimento de cada um.

A ideia de que o homem nasce livre e igual em dignidade e direitos é básica para a proteção dos direitos humanos, mas a proteção efetiva somente se dará com a previsão legal. Uma coisa é o direito que se tem,

⁸ BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos*, p. 6.

outra é o que se gostaria de ter. Para saber qual o direito que se tem, deve ser examinado o ordenamento jurídico (direito positivo), mas para saber o direito que se gostaria de ter e buscar razões para futuras consagrações, o direito natural é imprescindível.

Marcelo Neves afirma:

“Os direitos humanos têm muito pouco a ver com o consenso ou condições discursivas ideais para a busca do consenso. Ao contrário, a ideia de direitos humanos emerge no contexto do dissenso estrutural que advém com o surgimento da sociedade moderna, dissenso este (insisto) tanto à integração sistêmica conflituosa entre as esferas de comunicação com pretensão de autonomia e à heterogeneidade de jogos de linguagem, quanto à divergência de valores, expectativas e interesses das pessoas e grupos.”⁹

3 ESTADO

Existem vários conceitos de Estado. *C. H. Titus* chegou a enumerar mais de 145 definições. Até sua formação e surgimento são controvertidos, pois uma corrente teórica o confunde com a própria história da humanidade, apontando sua existência desde os agrupamentos mais primitivos, e outra defende que ele surgiu após determinado período, antes do qual a sociedade humana existiu sem ele.¹⁰

*Dalmo de Abreu Dallari*¹¹, por exemplo, define Estado como uma ordem jurídica soberana, que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território. Nesse caminho, parte do pressuposto de que quando o homem decidiu viver em comunidade, tornou-se necessário estabelecer certas regras de conduta para que um indivíduo não ofendesse os demais em seus respectivos interesses, e o Estado, então, foi a forma criada para organizar a humanidade politicamente. Ele se tornou a sede do poder político e alguns entendem que um se confunde com o outro, ou ainda que o segundo é o instrumento do primeiro.

Na medida que alguns indivíduos estabelecem quais são as regras a serem seguidas, quem está incumbido de executá-las e de que forma,

⁹ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 514.

¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do estado*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 41 e ss. e 50 e ss.

¹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu, *O futuro do estado*, p. 49.

além de solucionar as controvérsias caso elas ocorram, aparece a ideia de poder. A respeito, *Max Weber*¹² define poder como toda a possibilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências. Entretanto, *Michel Foucault*¹³ adverte que “este poder se sente mais do que se possui, não é privilégio adquirido ou conservado da classe dominante, mas efeito de conjunto de suas posições estratégicas – efeito manifestado às vezes reconduzido pela posição dos que são dominados”.

Em outra obra, *Foucault*¹⁴ esclarece que não existe um poder, mas relações de poder em uma sociedade, que são extraordinariamente numerosas, múltiplas e ocorrem em diferentes níveis, apoiando-se umas nas outras e contestando-se reciprocamente. O autor afirma que a tecnologia do poder não teve origem em um indivíduo nem em um grupo determinável de indivíduos que teriam decidido aplicá-la para servir aos seus interesses, mas que foi inventada e organizada a partir de condições locais e de urgência particulares.¹⁵

Desse modo, as relações de poder são complexas: ocorre uma verdadeira microfísica, pois não existe um centro do poder, um núcleo de forças, mas uma rede múltipla de elementos diversos que se articula de acordo com uma série de complexas engrenagens com grande força de inércia.¹⁶

O poder é distribuído pelas normas jurídicas a agentes que, ao cumprirem suas funções, agem, sem perceber, como parte dessa grande engrenagem. Os indivíduos, por ideal, para conseguirem notoriedade, para se integrarem ao grupo social, ou mesmo para garantirem a sobrevivência na coletividade, são obrigados a agir disciplinadamente, conforme as regras de conduta estabelecidas e acabam, assim, fazendo parte desse complexo “maquinário”. Esse conjunto de forças políticas criou várias regras que formam o ordenamento jurídico, ou seja, o conjunto de normas que regem o convívio em sociedade.

Nessa sociedade de controle e vigilância, surgiu a noção de infração e o Estado tomou para si o direito de punir quem não agisse de acordo

¹² WEBER, Max. *Conceitos sociológicos fundamentais*. Lisboa: Edições 70, 1997. p. 81.

¹³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 26.

¹⁴ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2001. p. 153.

¹⁵ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 16. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001. p. 221-222.

¹⁶ FOUCAULT, Michel, *Microfísica do poder*, p. 252-254.

com as regras de conduta impostas. Isso porque, enquanto na Antiguidade o dano que um indivíduo causava a outro interessava apenas a ele, nessa nova concepção, a infração consiste em uma ofensa à ordem estabelecida, ao Estado, à lei e a toda sociedade, e não apenas em um dano cometido por uma pessoa contra outra. Em outras palavras, a teoria do direito de punir do Estado busca uma “sociedade de vigilância”, fundamentada na função geral da sociedade de criar regras de conduta que os indivíduos devem obedecer, sob pena de punição por parte dos agentes estatais.

O direito é a ciência que estuda esse ordenamento e está de tal forma associado ao Estado que um supõe o outro e não se pode analisá-los separadamente: o primeiro depende do segundo para ser aplicado e esse último assegura seu poder de coerção e organiza as condições de vida em sociedade por meio daquele.¹⁷

Assim, para *Celso Bastos*¹⁸, Estado “é o resultado de uma longa evolução na maneira de organização do poder”, cujos elementos são, conforme afirma *Canotilho*¹⁹, o território, a população e a politicidade. O território é entendido como o espaço físico em que o poder político é exercido; a população corresponde aos indivíduos que compõem a comunidade; a politicidade, por sua vez, constitui os fins buscados e definidos em termos políticos.

A ideia de Estado está ligada a uma sociedade política em que existam regras que possibilitem o convívio harmônico entre os indivíduos. Estado de direito é o que está amparado em um ordenamento jurídico e prima pelo cumprimento da lei, ou seja, o Estado cria suas leis e também se submete a elas. No Estado democrático de direito, além do “império da lei”, há o respeito às finalidades humanistas. Nele é valorizada a dignidade da pessoa humana, e a titularidade do poder na comunidade só pode ser exercida com o consentimento expresso e a colaboração permanente da população. A sociedade justa que se pretende é o Estado democrático de direito, aquele que se funda em regras jurídicas justas, criadas com a participação da população e que respeita a pessoa humana em seus valores mais elementares, tratando-a com dignidade.

¹⁷ ASSIER-ANDIEU, Louis. *O direito nas sociedades humanas*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 20.

¹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 5.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, p. 14.

4 GLOBALIZAÇÃO E EXCLUSÃO SOCIAL

A globalização, para *Rubens Bayardo* e *Monica Lacarrieu*²⁰, em sentido estrito, corresponde a uma etapa do capitalismo que visa à maior acumulação e centralização do capital, tendo adquirido maior força, envergadura e alcance. Ela levou ao surgimento de estados supranacionais, que buscam constituir-se em novos polos de poder econômico e político.

*Eugenio Raúl Zaffaroni*²¹ adverte que a expressão globalização é ambígua, pois é empregada tanto para designar o poder em si mesmo, quanto para referir-se à ideologia que o pretende legitimar. Como poder, designa um novo momento do poder planetário, cujas principais características são: a revolução tecnológica, especialmente comunicacional; a redução do poder regulador estatal, que invoca a necessidade de favorecer o mercado mundial; a concentração de capital; o surgimento de empresas transnacionais, detentoras dessa concentração de capital, que procuram, cada vez mais, maiores rendimentos, com redução de custos e corte de pessoal; a redução do poder político dos Estados, especialmente nos países periféricos; o uso do emprego e do salário na tentativa de auferir maiores lucros, gerando desemprego e arrocho salarial; a perda da capacidade dos Estados em mediar capital e trabalho; a fragilização dos sindicatos; a especulação financeira, com formas cada vez mais limítrofes entre o lícito e o ilícito; a existência de “paraísos fiscais” e ausência de medidas no sentido de extingui-los ou controlá-los; a criação de incentivos fiscais pelos Estados, na tentativa de atrair capitais, que enfraquecem o poder público e fazem a carga tributária cair sobre a população de menor renda.

É evidente que com o fortalecimento da iniciativa privada e a maior concentração de poder por particulares detentores de capital, o poder público perde, substancialmente, sua força, seja ao elaborar as normas de conduta, ao executá-las ou em seu dever de evitar e pacificar conflitos.

Conforme nota *José Eduardo Faria*²², a globalização relativizou alguns dos conceitos e das premissas mais importantes do direito como:

²⁰ BAYARDO, Rubens; LACARRIEU, Monica. Globalización y identidad cultural, apud ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Globalização e estado contemporâneo*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 47.

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. In: PIERANGELI, José Henrique (Org.). *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. v. 1, p. 12.

²² FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 7-9.

a soberania, legalidade, hierarquia das leis, igualdade formal, cidadania, equilíbrio dos poderes, segurança e certeza das relações individuais e direitos subjetivos. Integrando mercados em grande velocidade e aumentando a circulação de bens, serviços, capitais, tecnologias e informações, gerou uma nova realidade social. Além disso, “exigiu novos padrões de responsabilidade, controle e segurança”; “mudou o perfil na escala de conflitos”; “tornou crescentemente ineficazes as normas e os mecanismos processuais tradicionalmente utilizados pelo direito positivo para reprimi-los”; “generalizou e acentuou os contrastes de pobreza e riqueza, miséria e opulência, centro e periferia. Enfraqueceu e subverteu os marcos de referência social até então prevalentes, baseados na família, no trabalho e na comunidade”.

Isso tudo gerou um grande dilema para o direito já que, se permanecer fiel a sua integridade lógica e racional, corre o risco de não acompanhar a dinâmica dos fatos e, caso deixe de tentar controlar e disciplinar todos os setores do convívio social, corre o risco de sacrificar sua identidade ou de se desfigurar.²³

Além disso, a globalização apagou da sociedade os espaços geográficos, com políticas estatais, em tese, soberanas. O capital ficou concentrado em empresas transnacionais que ganham grande mobilidade na busca de lucros fáceis, cada vez maiores e imediatos. O Estado encontra-se fragilizado e incapacitado para garantir os direitos sociais e minimizar as desigualdades econômicas.

*Ulrich Beck*²⁴ defende que a globalização “significa também: ausência de Estado mundial; mais concretamente: sociedade mundial sem Estado mundial e sem governo mundial”.

*Ignácio Ramonet*²⁵ adverte que, em uma economia global, o papel do Estado não era confortável, já que ele não controlava o câmbio, nem os fluxos de capital, de informação ou mercadorias e, apesar de tudo, continuava “a ser responsabilizado pela formação dos cidadãos e pela ordem pública interna, duas missões muito dependentes da situação geral da economia”.

²³ FARIA, José Eduardo, op. cit.

²⁴ BECK, Ulrich. Que és la globalización? apud FRANCO, Alberto Silva Globalização e criminalidade dos poderosos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 31, p. 108, jul./set., 2000.

²⁵ RAMONET, Ignácio. *Geopolítica do caos*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 57.

Por sua vez, *Oscar Vilhena Vieira*²⁶ nota que a “retórica do capitalismo internacional” gerou benefícios muito maiores às economias centrais do que a nossa periferia, que tem servido apenas de mão de obra e infraestrutura barata. Ele afirma: “Aceitar incondicionalmente a retórica da globalização e promover as reformas por ela exigida é cometer um suicídio político”.

Para alcançar o almejado lucro cada vez mais fácil e rápido, os grupos privados transnacionais, detentores do capital e do poder econômico, utilizaram-se do progresso tecnológico e da velocidade na circulação das informações. Manipularam a opinião pública por meio da imposição de um pensamento único, amplamente difundido pela mídia, e aproveitaram-se das informações recebidas para buscar um lucro ainda maior. A circulação de informações ocorre, basicamente, em três setores: a informática, a telefonia e os meios de comunicação de massa (especialmente a televisão).

A realidade do poder mundial na atualidade escapa amplamente dos Estados. A globalização implicou, então, a emergência de novos poderes, entre eles os meios de comunicação de massa, que aparecem como um dos mais temíveis. Por meio deles, grupos mais poderosos que os Estados nacionais apoderaram-se do bem mais precioso da democracia: a informação. Foram criadas a “doutrina do pensamento único” e a “polícia da opinião pública”.²⁷

Essa realidade da sociedade globalizada fez surgir novas situações: de um lado, um aumento da chamada criminalidade de rua, por diversos fatores, tais como a incapacidade do Estado, por sua fragilidade, em conter a violência; o surgimento de uma enorme população excluída na sociedade que não tendo o que perder parte para a criminalidade e o descrédito das instituições. Por outro lado, surgiu e se fortaleceu uma criminalidade dita organizada que, para sua ação ilícita, aproveita-se dos mesmos meios facilitadores que os detentores do poder econômico usam para alcançar lucros. Aliás, um grande número de condutas consideradas ilícitas anteriormente passaram a ser entendidas como política de mercado para essas grandes corporações e certas operações financeiras que não interessam a elas foram criminalizadas. Grandes empresas fraudam lucros contábeis visando à valorização de suas ações na bolsa de valores.

²⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena; SUNFELD, Carlos Ari (Orgs.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 47.

²⁷ RAMONET, Ignácio, *Geopolítica do caos*, p. 71-73.

Empresas são criadas em “paraísos fiscais”, com o objetivo de “lavar dinheiro” ou ao não recolhimento de tributos etc. Além disso, existe uma tendência de criminalização de movimentos populares que pretendam a contestar tal ideologia.

Outras consequências também podem ser são notadas. O meio ambiente é cada vez mais afetado. Qual será o limite entre as práticas lícitas das empresas transnacionais e dos meios ilícitos da “criminalidade organizada”?

Observa-se, outrossim, “o incremento de bolsões de marginalidade nas sociedades ocidentais, os movimentos migratórios e a conformação daquelas como sociedades crescentemente multiculturais; a globalização das comunicações e, com ela, em ampla medida, também da cultura”.²⁸

É importante frisar, como fez *Pierre Bourdieu*²⁹, que “de modo geral, o neoliberalismo faz voltar, sob as aparências de uma mensagem muito chique e muito moderna, as ideias mais arcaicas do patronato mais arcaico”. Nesse contexto, o discurso das elites é um discurso de acomodação, que finge acreditar que o fenômeno social pelo qual passamos é um processo imposto e irreversível, ao qual todos devem adaptar-se para sobreviver. Todavia, sabemos que, na verdade, são elas as responsáveis pela atual situação.

Vemos atualmente um desdobramento do Estado que mantém, de um lado, as garantias sociais apenas para os privilegiados e, de outro, um estado repressor, “policialesco”, para o povo. Conforme frisa *Pierre Bourdieu*³⁰, “em suma, a globalização não é uma homogeneização, mas ao contrário, é a extensão do domínio de um pequeno número de nações dominantes sobre o conjunto das praças financeiras internacionais”. Ocorre que talvez esse pequeno número de nações possa estar perdendo o controle para grupos macroeconômicos.

Grandes fusões vêm ocorrendo com frequência e pode não estar distante o momento em que seremos obrigados a consumir artigos de primeira necessidade produzidos por uma única empresa. Isso, sem contar com o desemprego e arrocho salarial provocados pelo domínio

²⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 98.

²⁹ BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos: táticas para evitar a invasão neoliberal*. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 49.

³⁰ BOURDIEU, Pierre, *Contrafogos: táticas para evitar a invasão neoliberal*, p. 45 e 54.

de grandes grupos capitalistas. Conseqüentemente, várias garantias individuais e sociais conquistadas lentamente, ao longo do tempo, estão sendo esquecidas ou combatidas, sob os pretextos mais diversos, sempre com discursos que pregam modernidade, competitividade, flexibilidade, confiança dos mercados e adaptação à nova realidade do mundo globalizado.

A fragilidade do Estado contribuiu para o surgimento de grupos paraestatais que implantam, de forma violenta e sob a força das armas, verdadeiros “estados alternativos”, sendo que, nesses casos, a lei dificilmente consegue ser aplicada. Essa, infelizmente, já é a realidade de parte das periferias de nossas grandes cidades, haja vista os morros cariocas e algumas favelas paulistas. Também em outras partes do planeta, bolsões de miséria vêm se formando, especialmente na África e América Latina.

Diante dos fatos, não é impróprio cogitar que, na verdade, a globalização não pretendeu mundializar o alto padrão de vida dos países do primeiro mundo, mas sim explorar os mais pobres. Se nos valermos de alguns dados estatísticos, veremos que eles demonstram uma desproporcionalidade significativa na grande nação global, em que poucos têm muito e muitos não têm nada.

Com efeito, apenas 20% da população mundial que vive no Hemisfério Norte (EUA, Europa etc.) são responsáveis por 80% da produção industrial do planeta, e apenas quatro cidadãos norte-americanos (Bill Gates, Paul Allen, Warren Buffett e Larry Elisson) possuem, juntos, uma fortuna equivalente a mais de 40 nações pobres, com população de cerca de 600 milhões de habitantes. Outro dado significativo é o fato de que 447 bilionários são detentores de renda equivalente à metade da população mundial.³¹

Contudo, mesmo nos países ricos, o fenômeno da globalização, difundido pelo neoliberalismo, pretendeu aumentar o poder econômico apenas dos mais abonados, arrochando salários, diminuindo conquistas sociais das classes média e popular e aumentando a desigualdade social. Sobre as conseqüências da globalização nesses países, *Pierre Bourdieu* esclarece que ela:

“[...] é um mito no sentido forte do termo, um discurso poderoso, uma ‘ideia-força’, uma ideia que tem força social, que realiza a crença. É

³¹ *O Estado de S. Paulo*, de 24 jan. 2001, p. A2.

a arma principal das lutas contra as conquistas do *welfare state*, os trabalhadores europeus, dizem, devem rivalizar com os trabalhadores menos favorecidos do resto do mundo. Para que isto aconteça, propõe-se como modelo, para os trabalhadores europeus, países em que o salário mínimo não existe, onde operários trabalham 12 horas por dia por um salário que varia entre 1/4 e 1/15 do salário europeu, onde não há sindicatos, onde as crianças possam trabalhar etc. E é em nome deste modelo que se impõe flexibilidade, outra palavra-chave do liberalismo, isto é, o trabalho noturno, o trabalho nos fins de semana, as horas irregulares de trabalho, coisas inscritas desde toda a eternidade nos sonhos patronais.”³²

Diante desse ponto de vista, ratificamos que a globalização, na verdade, não é apenas a extensão do domínio de um pequeno número de nações dominantes, mas, especialmente, de suas instituições financeiras privadas mais fortes, sobre o conjunto dos mercados internacionais. Com isso, conseguem diminuir salários, garantias e direitos trabalhistas, bem como os demais direitos individuais, coletivos e especialmente os sociais, arduamente conquistados pelo cidadão.

Isso tudo, evidentemente, traz como consequência o aumento da criminalidade e da violência urbana, interferindo diretamente em algumas das principais causas do problema: a miséria, a desesperança e a injustiça social.

As privatizações, outra consequência das ideias neoliberais, também acarretam a perda das conquistas coletivas, visto que muitas vezes geram o desperdício do patrimônio público, quando entregam à iniciativa privada apenas aquilo que dá lucro. Dessa forma, o bem-estar social do cidadão é subordinado aos interesses capitalistas e o Estado vai perdendo sua força, ficando na dependência de empresas que atrelam funções sociais à lucratividade.

Nesse universo, as conquistas sociais são muitas vezes apresentadas como conservadorismo do Estado e privilégios de algumas pessoas em detrimento das demais. Ora, o restante da população, em vez de pleitear as mesmas garantias, fica inconformado com o que entende ser uma regalia, querendo, assim, que os supostamente “privilegiados” passem a ter o mesmo tratamento ruim dos demais, e não o inverso.

Com o modelo de estado neoliberal, criou-se o mito que o modelo de estado de bem-estar de alguns países da Europa, caracterizado por

³² BOURDIEU, Pierre, *Contrafogos: táticas para evitar a invasão neoliberal*, p. 48.

políticas sociais fortes e altos índices de proteção do cidadão, não poderia ser “exportado”. O modelo a ser seguido seria o modelo liberal norte-americano.³³

Recentemente, a crise do capital e das bolsas de valores, falências e concordatas de grandes corporações fez ressurgir a ideia do Estado como meio de proteção social. É evidente que grandes capitalistas podem até lucrar com a situação, mas o Estado ressurgiu como garantidor de índices mínimos de segurança dos indivíduos.

“O neoliberalismo revelou suas debilidades. Não garantiu o crescimento, aumentou as desigualdades sociais e vulnerabilidade, a insegurança e a incerteza na vida das classes populares”, e, além disso, fomentou uma cultura consumista, de indiferença com o outro e com a degradação ecológica.³⁴

Quando nossa Constituição foi promulgada, grande parte do resto do mundo estava discutindo um Estado mínimo. Nós, na contramão da história, inserimos um grande rol de direitos fundamentais e pretendemos criar um Estado preocupado com a proteção social. Talvez, agora, isso nos faça mais preparados para enfrentar a crise da economia mundial.

5 INCLUSÃO JURÍDICA

O jurista, que sempre foi um crítico do modelo social, presente nas grandes conquistas, tem um importante papel para garantir e fazer valer direitos básicos do indivíduo, no esclarecimento da população acerca de quais são as reais mudanças pretendidas pela globalização e suas consequências na vida de cada um, pois muitos podem não ter o conhecimento jurídico-filosófico necessário para compreendê-las em toda a sua amplitude.

Alguns entendem que a mudança de paradigma e a justiça social somente serão alcançadas pela política, ou seja, pela mudança na estrutura do Estado e do poder. Porém, mesmo nesse modelo de estado capitalista, é possível garantir uma vida digna aos indivíduos com a obediência dos direitos humanos da população excluída e grupos vulneráveis, usando os mecanismos já existentes no ordenamento jurídico.

³³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 16.

³⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa, *Para uma revolução democrática da justiça*, p. 23.

Com efeito, devido às diversas interpretações possíveis para os direitos humanos, que são necessariamente conflituosos, a decisão judicial com razoabilidade no argumento e valoração adequada do caso concreto pode possuir um caráter inclusivo, especialmente quando o nível extrajudicial não foi suficiente para atender à expectativa dos socialmente excluídos.

A inclusão social passa hoje pela inclusão jurídica, pois a dignidade da pessoa humana agregou uma série de direitos que podem ser exigidos judicialmente. A inclusão jurídica é o conjunto de ideias e medidas que visa à estruturação de uma ordem jurídica justa. “É a garantia última que têm os cidadãos, como gênero, de verem o seu patrimônio jurídico considerado.”³⁵

Existe uma grande distância entre os direitos concedidos pela legislação e os efetivamente respeitados. Conforme nota *Boaventura de Sousa Santos*:

“Na passagem de regimes autoritários para regimes os democráticos, as sociedades periféricas e semiperiféricas, passaram pelo que designo curto-circuito histórico, ou seja, pela consagração no mesmo texto constitucional de direitos que nos países centrais foram conquistados num longo processo histórico [...]. É verdade que a constitucionalização de um conjunto tão extenso de direitos sem respaldo de políticas públicas e sociais consolidadas, torna difícil a sua efetivação, mas não é menos verdade que este catálogo amplo de direitos abre espaço para uma maior intervenção judicial a partir do controlo da constitucionalidade do direito ordinário.”³⁶

Além disso, mais adiante, o autor observa que “temos mesmo vindo a assistir, em alguns países, a um deslocamento da legitimidade do Estado: do Poder Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário”³⁷. O neoliberalismo contribuiu para isso. Por um lado, porque a exigência dos mercados reclamava por um Judiciário mais célere e eficiente, que garantisse a previsibilidade dos negócios, a cobrança das dívidas e a garantia dos direitos de propriedade. De outra parte, com o Estado (Executivo) mais frágil e a ausência de políticas públicas adequadas para a garantia do bem-estar dos indivíduos (em especial os direitos sociais

³⁵ FONSECA, Paulo Henriques da. *A decisão judicial e a inclusão jurídica*. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/hermeneutica_paulo_da_fonseca.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2010.

³⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa, *Para uma revolução democrática da justiça*, p. 20.

³⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa, *Para uma revolução democrática da justiça*, p. 21.

e econômicos), os tribunais transformaram-se em um instrumento importante para fazer reivindicar direitos e aspirações. Isso tudo em um grande paradoxo. Os cidadãos, ao tomarem consciência de seus direitos, vão buscar a satisfação no Judiciário, que foi fortalecido nos últimos tempos para que os capitalistas garantissem seus negócios.

É bom que se frise que a inclusão jurídica não se limita ao mero acesso aos tribunais, mas sim em viabilizar o acesso a uma ordem jurídica justa a todos. Uma legislação justa é um dos pressupostos. Meios alternativos de resolução de conflitos também devem ser estimulados. Para ser atingido o fim proposto, são necessários visibilidade e discussão, positividade, interpretação adequada e efetivação dos direitos.

Na visibilidade e discussão são de grande valia certas iniciativas, como as escolas de direito, em que especialistas levam informações para a população e tomam contato com as principais necessidades das pessoas. Programas, como o que foi implementado no Rio Grande do Sul e em São Paulo, conhecido como “promotoras legais populares”, que consistiu em capacitar mulheres na área do direito, também são importantes, assim como a capacitação jurídica de líderes comunitários. Os meios de comunicação de massa, que tanto serviram e servem para levar a doutrina do pensamento único neoliberal, se bem utilizados, também podem ser úteis, além dos “teatros populares” e de rua.

A população bem informada poderá acompanhar a atuação dos parlamentares na elaboração das leis que atendam as suas necessidades. Aliás, no processo de positividade dos direitos, desde iniciativas de *advocacy* feitas por organizações não governamentais (sérias) e até monitoramento do processo legislativo por militantes de direitos humanos podem auxiliar.

A lei deve ser clara e bem redigida. *Mauro Cappelletti e Bryant Garth*³⁸ advertem que o direito precisa ser simplificado: “Se a lei é mais compreensível, ela se torna mais acessível às pessoas comuns. No contexto do acesso à justiça, a simplificação também diz respeito à tentativa de tornar mais fácil que as pessoas satisfaçam as exigências para a utilização de determinado remédio jurídico.”

O Poder Judiciário e a justiça convencional não devem ser os únicos locais onde as pessoas possam obter a solução de conflitos. Existem outras possibilidades, como mediação e arbitragem, além de experiências

³⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 156.

como a justiça restaurativa (que se baseia em um procedimento pela qual a vítima, o infrator e outras pessoas afetadas por um crime, com a presença de mediadores ou facilitadores em reuniões coletivas e círculos decisórios, dialogam e procuram uma solução consensual) e programas como o Justiça Comunitária, implementado no Distrito Federal, com apoio do Tribunal de Justiça local, Ministério da Justiça e PNUD, entre outros, em que são prestigiados procedimentos alternativos ao processo judicial clássico.

Mas, quando for necessária a justiça convencional, é preciso facilitar o ingresso do cidadão. Na verdade, deve ser levada justiça aos cidadãos e não simplesmente estes à justiça. É evidente que deve ser utilizado o Judiciário quando não existir outra forma de solucionar uma controvérsia, mas apenas fazer com que as pessoas nele ingressem sem qualquer assistência, intelectual ou material, ou desconhecendo seus procedimentos ou peculiaridades, não resolve o objetivo do Estado de tornar as relações interindividuais justas.

Assim, deve-se possibilitar que todos os indivíduos possam buscar seus direitos em juízo, quando necessário. Todas as pessoas devem ter assegurado o direito a uma tutela jurisdicional efetiva, direito de pleitear o que deseja, à defesa, a um devido processo legal.

É preciso ser garantido às pessoas que não possuam condições financeiras o direito de ir a juízo solucionar o conflito ocorrido. Porém, essas pessoas não possuem recursos para arcar com custas judiciais, honorários de profissionais, transporte até o fórum e demais necessidades, além de, muitas vezes, sequer terem conhecimento do direito que possuem e da legislação vigente.

*José Renato Nalini*³⁹ relata experiência existente no Tribunal de Justiça de Paris, em que são distribuídos panfletos à população, ensinando a litigar ou a obter informações sobre o acesso à justiça. Além dessa, outra atividade mencionada é a de vários estados norte-americanos que publicam *booklets*. Existem algumas iniciativas do tipo no Brasil, mas esbarram na falta de orçamento.

O problema de garantir a todos os cidadãos o efetivo acesso à justiça com os recursos a ele inerentes, se é dificultoso nos países desenvolvidos, no Brasil, a dificuldade é muito maior, pois a exclusão atinge a maioria

³⁹ NALINI, José Renato. O Juiz e o Acesso à Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 55.

da população. Até mesmo a chamada “classe média” se vê entre dois obstáculos, que a deixa distante do Poder Judiciário: ela não preenche os requisitos exigidos para que possa se servir das defensorias públicas e assistência jurídica gratuita, mas também não tem poder econômico suficiente que a permita custear uma demanda no Judiciário ou obter o acompanhamento de profissionais qualificados. A isso, acrescenta-se que grande parte da população não sabe como ingressar em juízo e não possui a documentação necessária.

Para um efetivo acesso à justiça, além da proteção dos interesses individuais de cada cidadão, mister se faz ainda a tutela dos interesses difusos e coletivos. Com efeito, interesses difusos são os transindividuais indivisíveis de pessoas indeterminadas, ligadas por circunstância de fato, enquanto que os coletivos são os transindividuais indivisíveis de grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por uma relação jurídica básica.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Além das conclusões parciais que não serão retomadas e de outras que o leitor possa chegar por si, é importante ressaltar que mesmo com os meios já existentes no ordenamento jurídico, é possível melhorar a vida da população. Os chamados direitos humanos, que são reflexo do princípio da dignidade do ser humano, devem ser garantidos a todas as pessoas.

No Estado contemporâneo, que tanto viola esses direitos humanos, é possível reivindicá-los, fazendo uso dos próprios meios que podem ofendê-los. Os meios de comunicação de massa que servem para multiplicar a doutrina do pensamento único neoliberal podem também servir para esclarecer a população sobre seus direitos mais elementares, bem como sobre a maneira de reivindicá-los. O enfraquecimento do Executivo provocado pela doutrina neoliberal fez com que o Poder Judiciário aparecesse como um meio de se exigir políticas públicas e ações afirmativas e o Judiciário, ao ser fortalecido para os grandes capitalistas garantirem seus negócios e propriedade, pode servir para o indivíduo buscar seus direitos violados.

REFERÊNCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Globalização e estado contemporâneo*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

- ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990.
- ASSIER-ANDIEU, Louis. *O direito nas sociedades humanas*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROS, Sérgio Resende de; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coords.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BIDART CAMPOS, Germán J. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurelio Nogueira. Reimpr. da 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.
- _____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.
- BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- _____. *Sobre a televisão*. Tradução de Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CARRIÓ, Genaro R. *Los derechos humanos y su protección*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990.

- DALLARI, Dalmo. *Elementos de teoria geral do Estado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. *O futuro do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DELPÉRÉE, Francis. O direito à dignidade humana. In: BARROS, Sérgio Resende de; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coords.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 151-162.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.
- FERRAZ, Tércio Sampaio. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 2001.
- FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Traducción y notas de derecho español por Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 16. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001.
- _____. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2001.
- _____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.
- FONSECA, Paulo Henriques da. *A decisão judicial e a inclusão jurídica = The judicial decision and juridical inclusion*. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/hermeneutica_paulo_da_fonseca.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2010.

- FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 102-136, jul./set. 2000.
- GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Tradução de Galeano de Freitas. 49. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2001.
- HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Traducción de Patricia S. Ziffer, Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1998.
- _____. Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 25-30, jul./set. 1998.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- JEANNEAU, Benoit, *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Dalloz, 1978.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- LARENTZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Tradução para o espanhol Alfredo G. Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1983.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- LOTUFO, Renan. *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos humanos e cidadania: uma nova concepção introduzida pela Constituição Federal de 1988. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 55/56, p. 239-307, jan./dez. 2001.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. v. 4.

- MONTORO, André Franco. Cultura dos direitos humanos. In: SÃO PAULO (estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Direitos humanos: legislação e jurisprudência*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2000. v. 1, p. 19-29. (Série Estudos, n. 12).
- _____. *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *Introdução à ciência do direito*. 23. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e os tratados internacionais*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- _____. Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. In: SÃO PAULO (estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: legislação e jurisprudência*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2001. p. 71-104. (Série Estudos, n. 13).
- PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Scientifiche Italiane, 1991.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- RAMONET, Ignácio. *Geopolítica do caos*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.
- _____. *A tirania da comunicação*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. *Lições preliminares de direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- RIBEIRO, Marcus Vinicius. O acesso à justiça penal no Estado Democrático de Direito. *Revista Direito Escrito*, n. 1, jul./dez. 2002.
- _____. *Crimes de imprensa*, São Paulo: BH Editora, 2006.
- _____. *Direitos humanos e fundamentais*. 2. ed. Campinas: Russell, 2009.
- _____. *A suspensão condicional do processo na ação penal privada*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

- RIBEIRO, Marcus Vinicius; BOTELHO, Julio César (Orgs.). *Temas relevantes do direito*. São Paulo: Lúmen, 2002. v. 2.
- ROUSSEAU, Dominique. *Les libertes individuelles et la dignité de la personne humaine*. Paris: Montchrestien, 1998.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. 5. ed São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: SÃO PAULO (estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: legislação e jurisprudência*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2001. p. 19-69. (Série Estudos, n. 13).
- TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- VIEIRA, Oscar Vilhena; SUNDFELD, Carlos Ari (Orgs.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

WEBER, Max. *Conceitos sociológicos fundamentais*. Lisboa: Edições 70, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar, 1989.

_____. La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. In: PIERANGELI, José Enrique. (Org.). *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. v. 1.

A REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DA FAZENDA PÚBLICA PERANTE A JUSTIÇA DO TRABALHO: UMA ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DA ADVOCACIA PÚBLICA

*The State Advocacy and its role constitutionally guaranteed of legal
representative of governmental units before the labor court*

Cintia Byczkowski¹

RESUMO

Este artigo trata a respeito da representação judicial das pessoas jurídicas de direito público interno exercida exclusivamente, conforme previsão expressa da Constituição Federal, pelos advogados públicos. Partindo dessa premissa, o trabalho analisa o equívoco na exigência do comparecimento de preposto da Fazenda Pública perante a Justiça do Trabalho, quando presente em audiência o Procurador Público, bem como, nesse caso, a ilegalidade da aplicação dos efeitos da revelia e da pena de confissão ao ente público.

Palavras-chave: Administração Pública; Fazenda Pública; Justiça do Trabalho.

ABSTRACT

This paper approaches the legal representation of the Brazilian Governmental Units which, according to the Brazilian Federal Constitution, must be exclusively performed by the state attorneys. From this premise, the work analyses the error of requiring the presence of any treasury agent at the Labor Court when is present in the hearing the state attorney and, in this case, the illegality of applying to the public body the penalties of default and confession.

Keywords: Labor Court; Public Administration; Treasury.

¹ Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo - SP - Brasil. E-mail: <cbycz@yahoo.com.br> Texto recebido em 23.08.2010 e aprovado em 20.09.2010.

1 INTRODUÇÃO

O texto trata da representação judicial das pessoas de direito público perante a Justiça do Trabalho, e o interesse no tema surgiu diante do problema enfrentando por alguns procuradores do Estado de São Paulo que atuam principalmente perante as varas do trabalho vinculadas ao Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, em que parte dos juízes, em especial nas varas do trabalho de Jundiaí e Campinas, exigem a presença em audiência de preposto representando a Fazenda Pública estadual, uma vez que não aceitam o fato de que a Fazenda Pública seja representada em juízo, conforme determina a Constituição Federal, bem como a legislação infraconstitucional em vigor, pelo Procurador do Estado

O objetivo desta pesquisa, portanto, é demonstrar que a representação da Fazenda Pública em juízo pelos advogados da União e procuradores do Estado e do Distrito Federal é atribuição expressamente reconhecida pelo legislador constituinte que, na Constituição de 1988, previu a advocacia pública como função essencial à Justiça e lhe atribuiu, de forma exclusiva, a capacidade de representação judicial dos entes federados a que pertencem.

As informações para a elaboração deste trabalho tiveram como fonte predominante a pesquisa bibliográfica, com a revisão dos principais doutrinadores nas áreas do Direito Administrativo, Direito Constitucional e Direito do Trabalho, além de consulta à legislação vigente e a textos acadêmicos relacionados com os assuntos abordados, que pudessem acrescentar informações importantes para o trabalho final. Em que pese ter sido realizada pesquisa jurisprudencial, na época da elaboração do texto, logrou-se encontrar apenas um acórdão tratando especificamente do tema, fato que embora a princípio possa denotar ser o problema de abrangência restrita, de modo que a discussão ora travada tenha pouco interesse prático, acreditamos que o baixo índice de julgados, analisando a questão da representação das pessoas jurídicas de direito público na Justiça do Trabalho, longe de estar relacionado com a inexistência do problema, decorra antes da falta de iniciativa por parte dos advogados públicos de defenderem isoladamente em suas bancas e perante os juízos trabalhistas em que atuam o papel de representantes judiciais exclusivos do ente público a que pertencem.

Assim, acreditamos que para a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, conforme se verá ao longo deste texto, o tema é de extrema

importância, especialmente aos procuradores do Estado que atuam na justiça trabalhista, na qual acreditamos que o problema do não reconhecimento da função do procurador do Estado como representante judicial da Fazenda Pública do Estado de São Paulo existe, mas encontra-se latente, merecendo por parte da instituição melhor reflexão. Em suma, o objetivo desta pesquisa é demonstrar que, conforme reconhecido pela Constituição Federal, são os advogados públicos os únicos e verdadeiros representantes do ente público em juízo e que qualquer atitude contrária ao exercício dessa função é inconstitucional e deve ser, desse modo, combatida.

2 AS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO

2.1 A manifestação de vontade das pessoas jurídicas

Conforme expresso pelo Código Civil, são dois os tipos de pessoas: as naturais, também conhecidas como pessoas físicas, e as jurídicas, sendo as primeiras compostas basicamente, nos termos do artigo 2º, pelos seres humanos nascidos com vida e as segundas, conforme estabelece o artigo 40, compostas pelas pessoas de direito público interno (União, estados, Distrito Federal, territórios, municípios, autarquias, demais entidades de caráter público criadas por lei, nos termos do art. 41) ou externo (os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo Direito Internacional Público, nos termos do art. 42), e de direito privado (associações, sociedades, fundações, organizações religiosas e partidos políticos, nos termos do art. 43).

Todas as pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas, são dotadas de direitos dos quais são titulares, ou possuem a capacidade de adquirirem direitos, figurando numa relação ou situação jurídica. Para manifestar sua vontade, no entanto, as pessoas jurídicas dependem sempre das pessoas naturais, já que, sendo uma realidade abstrata, só existem em decorrência das relações humanas.

As pessoas jurídicas, desse modo, derivam da manifestação de vontade de uma ou mais pessoas, sem que isso implique na perda da sua existência autônoma como titulares de direitos e obrigações de forma independente, de modo que seus atos não se confundem com os praticados pelas pessoas naturais que a compõem ou dirigem.

2.2 A manifestação de vontade e a responsabilização das pessoas jurídicas de direito público

As pessoas jurídicas de direito público, desse modo, quando o fazem diretamente, expressam a suas vontades, a princípio, através de seus órgãos, que são unidades representativas de competências ou de parcelas de atribuições. Os órgãos públicos, por sua vez, atuam por intermédio dos seus agentes públicos, mas com eles não se confundem, assim como, isoladamente, não são os agentes públicos capazes de representar a pessoa jurídica a que pertencem, embora sejam dela parte integrante.²

A vontade, entretanto, manifestada pelo agente público, por meio dos seus órgãos, irá formar a vontade da própria Administração, de modo que, para explicar as relações do Estado, como pessoa jurídica que é, com os seus agentes, como pessoas físicas que são, surgiram várias teorias: a teoria do mandato, a teoria da representação e a teoria do órgão.

Pela teoria do mandato o agente público, como pessoa física, age como mandatário da pessoa jurídica. A teoria do mandato, no entanto, não esclarece como o Estado, sem vontade própria, pode conferir poderes a outrem, outorgando-lhe um mandato.

A teoria da representação, por sua vez, sustenta que a vontade dos agentes públicos exprime a vontade da Administração, porque assim definido em lei, ou seja, as pessoas físicas operam em nome do Estado, suprimindo, desse modo, a insuficiência da vontade do Estado. A figura do agente público se assemelha a do curador ou a do tutor do direito civil mas, se apenas o agente público representa a vontade do Estado, como é possível identificar a vontade do Estado distinta e independente da vontade do agente? Esclarece, nesse sentido, *Marçal Justen Filho*:

“O instituto da representação não se aplica aos agentes públicos, porque isso produziria um problema invencível. Se o agente público fosse um representante do Estado, isso significaria a existência de dois polos jurídicos distintos. Haveria o estado-representado e o sujeito-representante, o que colocaria o problema de identificar a vontade estatal representada.”³

² MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. *A teoria dos órgãos públicos e o § 8º do artigo 37 da Constituição Federal*. Disponível em: <<http://www.unifor.br/notitia/file/1682.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 580.

Por outro lado, de acordo com *Maria Sylvia Zanella Di Pietro*, a teoria da representação, assim como a teoria do mandato, tem outro inconveniente: “(...) quando o representante ou mandatário ultrapassasse os poderes da representação, a pessoa jurídica não responderia por esses atos perante terceiros representados.”⁴

Portanto, essa definição de “papéis” acerca das relações jurídicas que ligam o Estado, pessoa jurídica, aos agentes públicos, pessoas físicas, que agem em seu nome, somente se torna clara a partir da teoria do órgão público, concebida pelo alemão *Otto Gierke*, e que veio a substituir as teorias do mandato e da representação.

De acordo com a teoria do órgão, “a pessoa jurídica manifesta a sua vontade por meio dos órgãos, de tal modo que quando os agentes que os compõem manifestam a sua vontade, é como se o próprio estado o fizesse”⁵. A pessoa jurídica age, portanto, por si mesma, e o órgão, não sendo um ente autônomo, é apenas uma parte da pessoa jurídica. A vontade estatal, no entanto, é formada e manifestada por meio da atuação de pessoas físicas. Essas pessoas físicas, contudo, como esclarece *Marçal Justen Filho*, não são, no rigor técnico, representantes do Estado, ainda que, na terminologia usual, haja referência à condição de representante⁶; são elas, na verdade, parte integrante do Estado, e os atos por elas praticados são atos do órgão e, portanto, imputáveis à Administração. Substitui-se, desse modo, a ideia de representação pela ideia de imputação.⁷

2.3 A representação judicial das pessoas jurídicas de direito público

Em que pese os órgãos públicos serem capazes de expressar a vontade da pessoa jurídica dentro das atribuições que exercem, sendo seus atos imputáveis à Administração, não se pode dizer que, ainda que dentro das suas atribuições, tenham a capacidade de representá-la. Toda a pessoa

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 479.

⁵ *Ibidem*, loc. cit.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de direito administrativo*, p. 580.

⁷ “Vale dizer que existem limites à teoria da imputabilidade ao Estado de todas as atividades exercidas pelos órgãos públicos; para que se reconheça essa imputabilidade é necessário que o agente esteja investido de poder jurídico, ou seja, de poder reconhecido pela lei ou que, pelo menos, tenha a aparência de poder jurídico, como ocorre no caso de função de fato. Fora dessas hipóteses, a atuação do órgão não é imputável ao Estado.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, p. 301).

jurídica, seja pública ou privada, como sujeito de direitos e obrigações, para expressar seus interesses perante a justiça, deve ser representada, ativa e passivamente, nos atos judiciais e extrajudiciais, pelos seus representantes legais e esta representação é feita de acordo com o artigo 12 do Código de Processo Civil, segundo o qual:

“Artigo 12 - Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

I - a União, os estados, o Distrito Federal e os territórios, por seus procuradores;

II - o município, por seu prefeito ou procurador;

III - a massa falida, pelo síndico;

IV - a herança jacente ou vacante, por seu curador;

V - o espólio, pelo inventariante;

VI - as pessoas jurídicas, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores;

VII - as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens;

VIII - a pessoa jurídica estrangeira, pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil (art. 88, parágrafo único);

IX - o condomínio, pelo administrador ou pelo síndico.” (grifos nossos)

No caso da representação judicial, é importante que se destaque haver dois tipos de representação: uma que se refere à capacidade postulatória, que diz respeito à *representação para atuar em juízo*, ou seja, a representação técnica, exercida exclusivamente por advogado; e outra, relacionada com a capacidade de ser parte, isto é, com a *representação de estar em juízo*, em nome do representado.

No caso das pessoas jurídicas de direito público, ambas as representações são exercidas por seus procuradores, exceção feita aos municípios em que não haja Procuradoria instituída, quando então serão representados pelos seus prefeitos. No caso especificamente dos Estados-membros, a representação legal foi, inclusive, erigida à matéria constitucional, já que, segundo estabelece o artigo 132 da Constituição Federal:

“Artigo 132 - Os procuradores dos estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.”

Assim, aos procuradores do Estado competem ambas as representações (a *representação para atuar em juízo* e a *representação de estar em juízo*). Destarte, o Estado, ao se apresentar perante o Poder Judiciário para demandar ou ser demandado, o faz por intermédio do procurador do Estado, que desempenha ambas as representações, isto é, possui a capacidade postulatória concomitantemente com a capacidade de representar o Estado em juízo.

Assim esclarece *Leonardo José Carneiro da Cunha*:

“Na verdade, a procuradoria judicial e seus procuradores constituem um órgão da fazenda pública. Então o advogado público quando atua perante os órgãos do Poder Judiciário é a fazenda pública presente em juízo. Em outras palavras, a fazenda pública se faz presente em juízo por seus procuradores. Segundo clássica definição feita por Pontes de Miranda, os advogados públicos apresentam a Fazenda em juízo, não sendo correto aludir-se a representação. Com efeito, ‘o órgão torna presente, portanto apresenta a respectiva pessoa jurídica de cujo organismo faz parte. Esta é a razão pela qual não se haverá de exigir a outorga de mandato pela União e demais entidades de direito público e seus respectivos procuradores’. Já se vê que, uma vez investido no cargo ou função, o procurador público adquire a representação (leia-se apresentação) da fazenda pública, estando incluídos nesta representação os poderes gerais para o foro.”⁸

Conforme esclarece *Patrícia Helena Massa*:

“A esse propósito, inclusive, há autores que entendem que as funções do advogado público transcendem o âmbito de mero agente. Nesta linha, Diogo de Figueiredo Moreira Neto aponta que cada Procurador do Estado é um ‘órgão individual’, seguindo a nomenclatura de Marcelo Caetano, com sua natureza institucional ligada ao cargo, desempenhando com independência técnico-profissional suas atribuições, conforme constitucional e infraconstitucionalmente fixadas. Nessa medida, não se lhe podem acometer funções que obstem ou reduzam ou distorçam o exercício de suas atribuições na forma do constitucionalmente determinado. O mesmo autor frisa a necessidade de distinguir-se ‘órgão’ de ‘agente’, posto que o ‘órgão’ é caracterizado pela sua função de exprimir uma vontade imputável à pessoa coletiva, dotado de independência e inviolabilidade, enquanto que o ‘agente’ é mero colaborador do órgão, atuando na formação da vontade a manifestar pelos órgãos, ou a dar execução às decisões destes, sob sua direção e fiscalização. Na qualidade de órgão, o Procurador do Estado

⁸ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2008. p. 20.

é a manifestação do estado presente no controle externo, perante o Judiciário, postulando seus interesses, assim como é a manifestação do estado, presente no controle interno, demonstrando o direito aplicável à administração.”⁹

Não obstante, a representação política do ente público fique a cargo da sua autoridade máxima, ou seja, o chefe do Poder Executivo – o presidente da República no caso da União, os governadores no caso dos estados e do Distrito Federal, e os prefeitos no caso dos municípios – resta claro que sua representação judicial é incumbência da Advocacia pública, seja através dos advogados da União ou dos procuradores estaduais, distritais ou municipais, a quem o legislador pátrio atribuiu a exclusividade na competência de representar a pessoa jurídica, além de defender, do ponto de vista técnico, os direitos dos seus respectivos entes em juízo.

3 A ADVOCACIA PÚBLICA

3.1 A formação histórica da Advocacia Pública no Brasil

A noção de formação e evolução histórica da Advocacia Pública é um importante elemento para a compreensão de como se deu a conquista das funções e atribuições dessa carreira no processo de desenvolvimento do Estado democrático em nosso país. Nesse sentido, na busca da origem da Advocacia Pública brasileira, necessário se faz remontar à história de Portugal, antes mesmo do descobrimento do Brasil, onde, dentre o corpo de fidalgos colaboradores, escolhidos pelo rei para auxiliá-lo nos assuntos principais do Estado, estava o procurador dos feitos da Coroa, que tinha múltiplas atribuições, como a de defesa judicial dos interesses da monarquia, exercendo as funções de defensor da Coroa, da fazenda e do fisco, e também as de promotor de justiça. Suas características e atribuições podem ser lidas nas Ordenações Afonsinas, nas quais o procurador da Coroa recebia a denominação de “procurador dos nossos feitos” e era descrito como homem que “[...] seja letrado, e bem entendido, para saber [...] alegar as coisas e razões, que a nossos direitos pertencem [...]. Seja bem diligente em seu ofício para fazer tirar as inquirições que

⁹ MASSA, Patrícia Helena. O papel do advogado público na administração democrática e o controle de legalidade. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 47/48, p. 115-123, jan./dez. 1997. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev7.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

forem dadas da nossa parte [...] para que se possa provar o direito que a Nós pertence”.¹⁰

Como cargo público baseado em relações de protecionismo e favoritismo, o título de procurador da Coroa era reservado, assim como as demais figuras da organização administrativa e judiciária integrantes do estamento burocrático, às pessoas que concentravam poder e prestígio perante o rei. A estrutura patrimonialista da administração pública portuguesa, com o advento das grandes navegações marítimas, era reproduzida nas suas colônias.

No Brasil, a administração fazendária era comandada pelo provedor-mor, a quem destacavam-se atribuições jurídicas, podendo avocar para si os feitos e causas que dissessem respeito à fazenda real. Ligado ao provedor-mor, embora a ele não estivesse subordinado, havia o procurador dos feitos da Coroa, a quem era atribuída a função de representar os interesses reais em causas fazendárias, ou seja, competia-lhe a defesa em juízo dos interesses econômicos do rei. Importante ressaltar que a administração colonial sempre esteve predominantemente voltada aos interesses financeiros e patrimoniais da Coroa, de modo que todo sistema administrativo e corpo de funcionários estavam a serviço dos interesses pessoais de um grupo diretamente ligado ao rei.¹¹

“Cabe ressaltar que não havia, em todo o período colonial, o que entendemos hoje por separação de poderes, com autonomia entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Ao contrário, como esclarece Caio Prado Júnior, em Formação do Brasil contemporâneo, as funções se confundiam. E mais: inexistia clareza nas instâncias judiciárias e administrativas, com jurisdição e circunscrição obscuras e com superposição de poderes, gerando permanente conflito de competência.”¹²

¹⁰ Ordenações Afonsinas, Livro I, Título IX, fac-símile da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra no ano de 1792, p. 71 e segs., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, Portugal, s/d., apud SCHUBSKY, Cássio (Coord.). *Advocacia pública*: apontamentos sobre a história da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo; Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008. p. 28.

¹¹ SCHUBSKY, Cássio (Coord.), *Advocacia pública*: apontamentos sobre a história da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, p. 28-32.

¹² SCHUBSKY, Cássio (Coord.), *Advocacia pública*: apontamentos sobre a história da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, p. 32-33.

No Brasil Império foram reorganizadas as funções de advocacia dos interesses do Estado, quando desapareceu a figura do procurador da Coroa, que foi substituída pelas funções do procurador fiscal, cuja competência era a de fiscalizar a execução das leis da fazenda e de promover o contencioso da Fazenda Pública, e do procurador da fazenda, a quem cabia promover a execução dos créditos da fazenda real¹³. Surgiu também nessa mesma época a função de procurador fiscal provincial, que participava das atividades contenciosas ou consultivas administrativas, na defesa dos interesses do Estado, com as mesmas atribuições do procurador fiscal do tesouro, e cujas normas no âmbito do Império se aplicavam às Províncias.¹⁴

No Brasil Império também, mais especificamente em 1822, por sugestão de José Bonifácio de Andrada e Silva, organizou-se o Conselho dos Procuradores Gerais das Províncias do Brasil, órgão que funcionava como uma espécie de assessoria jurídica e legislativa do Imperador, mas que se destacou na atividade de consultoria jurídica. Embora tenha tido curta duração (de junho de 1822 a abril de 1823), o Conselho dos Procuradores Gerais foi o embrião do Conselho de Estado, que funcionou ao longo de todo o período imperial como órgão de consultoria jurídica e assessoria técnico-legislativa do Estado e da Administração Pública.¹⁵

Não obstante sua origem remota, fato é que a história da Advocacia Pública como instituição com funções exclusivas e bem definidas é relativamente recente. Durante quase todo o século XX, as atividades de procurador de Estado e de procurador de Justiça ainda se confundiam, tendo a Advocacia Pública no Brasil sido prevista de maneira autônoma no âmbito constitucional pela primeira vez na Carta Magna de 1988, o que não significa dizer que surgiu com ela, já que antes do seu advento, era prevista pela legislação infraconstitucional. Como esclarece *Fides Angélica Omatti*, “a advocacia pública tem origem comum e conjunta ao hoje denominado Ministério Público, na expressão de Diogo Moreira

¹³ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Os Procuradores da Fazenda Nacional*. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/458/OS_PROCURADORES_DA_FAZENDA_NACIONAL>. Acesso em: 20 nov. 2010.

¹⁴ SCHUBSKY, Cássio (Coord.). *Advocacia pública: apontamentos sobre a história da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado de São Paulo; Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008. p. 36.

¹⁵ SCHUBSKY, Cássio (Coord.). *Advocacia pública: apontamentos sobre a história da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado de São Paulo; Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008. p. 36-38.

Neto ‘advocacia da sociedade’, responsável por fiscalizar a aplicação da lei e curar os interesses difusos e coletivos (art. 129, CF)”.¹⁶

Percebeu-se, no entanto, principalmente nos Estados-membros, talvez por estarem mais próximos dos fatos e das pessoas com eles envolvidas, a necessidade de distinguir a função imparcial de *custos legis* (fiscal da lei) da atividade dotada de certa dose de parcialidade de defesa do estado como parte no processo. Alguns Estados-membros, nesse sentido, décadas antes da Constituição Federal, já vinham especializando a atividade da defesa judicial dos interesses da Administração Pública em conflito com os particulares, bem como as funções de consultoria jurídica. Por fim, o legislador constituinte de 1988, ao incluir a advocacia pública dentre as funções essenciais da Justiça, nos artigos 131 e 132, veio definitivamente a referendar a opção pela distinção de funções.¹⁷

Assim, nos Estados-membros foram constitucionalmente reconhecidas as procuradorias do Estado e, no âmbito da União, através da Lei Complementar n. 73/93, organizou-se Advocacia da União, que reuniu a Procuradoria da Fazenda Nacional, responsável até então exclusivamente pelas matérias tributárias, as consultorias jurídicas, que eram desempenhadas na cúpula do Poder Executivo e nos diversos ministérios, e a atividade de defesa judicial da União Federal, que até então era exercida pelo Ministério Público Federal.

Vê-se, portanto, que a formação do estado democrático brasileiro inclui dentre suas conquistas o surgimento de uma Advocacia Pública como uma carreira autônoma e órgão essencial tanto à justiça como à Administração Pública, no exercício de funções tanto de defesa quanto de representação judicial do ente público, de maneira independente da representação política temporariamente exercida pelo governante eleito.

3.2 As atribuições do advogado público

A Lei Maior consagrou a advocacia como função essencial à Justiça, determinando em seu artigo 133 que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Por outro lado, de acordo

¹⁶ OMMATI, Fides Angélica. Advocacia pública: algumas reflexões. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2111>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

¹⁷ OMMATI, Fides Angélica, Advocacia pública: algumas reflexões, cit.

com o artigo 3º, parágrafo 1º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil:

“Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da defensoria pública e das procuradorias e consultorias jurídicas dos estados, do Distrito Federal, dos municípios e de suas respectivas entidades de administração indireta e fundacional.”

Vê-se, portanto, que ao advogado público foram impostos dever de obediência tanto aos preceitos e prerrogativas estabelecidos na Lei Orgânica do Estado a que pertence, como ao estatuto de disciplina geral da sua profissão, de modo que, em que pese a hierarquia administrativa a que está submetido como servidor público de carreira, não deve deixar de exercer sua profissão com liberdade e isenção. Na qualidade de agente público, ademais, o advogado público deve também obediência aos princípios constitucionais que disciplinam a atuação da administração pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, da CF), o que não lhe retira, de maneira alguma, qualquer parcela de independência e liberdade no exercício profissional, mas, pelo contrário, reforça-lhe essas garantias, posto que seu objetivo é antes de mais nada a defesa do interesse público, em especial o interesse da coletividade.

Sobre a distinção entre o que se entende por interesse público da Administração e da coletividade, esclarecem *Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira e Ana Paula Andrade Borges de Faria*:

“A doutrina italiana apresenta a divisão do interesse público entre primário e secundário. O interesse público primário é o interesse da coletividade, pode ser identificado com o interesse da sociedade, é o interesse do bem geral, ou da observância da ordem jurídica a título de bem tratar o interesse da coletividade. Já o interesse público secundário é aquele do Estado enquanto administração, ou seja, ‘o modo como os órgãos governamentais veem o interesse público’. Nem sempre o primeiro coincide com o segundo. Caso haja incompatibilidade entre eles os interesses públicos secundários não são atendíveis, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, sob pena da Administração Pública ‘trair sua missão própria razão de existir’.”¹⁸

¹⁸ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FÁRIA, Ana Paula Andrade Borges de. A independência e a autonomia funcional do procurador do estado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2527>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

Assim, as atribuições do advogado público vão além daquelas que competem a todos os advogados, ou seja, o patrocínio judicial ou extrajudicial em situações conflitivas dos interesses do seu “cliente” que, do ponto de vista imediato, é a Administração Pública. Ao advogado público incumbe também toda a atividade de promoção das condições jurídicas necessárias para o desenvolvimento das competências do órgão ou da entidade que representa, tendo em vista o interesse público ou o interesse da coletividade, seu “cliente” mediato.

É nesse sentido que afirma *Omati*:

“Diz-se advocacia pública aquela que aconselha ou patrocina interesses de pessoas jurídicas de direito público, interesses em que prevalece não a vontade do agente, mas a da coletividade consagrada no ordenamento constitucional ou legal (conf. SESTA, Mário Bernardo. A advocacia de estado. Posição institucional. Revista de Informação Legislativa, n. 117, p. 191). Por tal circunstância, são esses interesses superiores aos dos particulares e indisponíveis pelos respectivos gestores, configurando regime jurídico que extrapola os limites administrativos para impregnar o regramento processual [...]”¹⁹

Resta claro, desse modo, que a função do advogado público, em realidade, não se esgota no patrocínio dos direitos e interesses do patrocinado, mas vai além, uma vez que o advogado público encarna em si a figura de representante do poder público como gestor dos interesses jurídicos do ente a que pertence, personificando perante o Poder Judiciário a própria pessoa jurídica de direito público interno. Nessa condição, o legislador constituinte, nos artigos 131 e 132 da Constituição Federal, ao conceder, respectivamente, à Advocacia Geral da União e aos procuradores do Estado o exercício da representação judicial da União e dos estados e Distrito Federal, referendou no nível constitucional a função já atribuída pelo Código de Processo Civil, que estabelece em seu artigo 12, inciso I: “Serão representados em juízo, ativa e passivamente: I - a União, os estados, o Distrito Federal e os territórios, por seus Procuradores [...]”

Ademais, é interessante notar que o legislador constituinte, ao reservar à Advocacia Pública seção exclusiva e distinta da advocacia em geral, quis destacar a diferença entre ambas, diferenças que vão além do tipo de “cliente” para quem atuam, já que, se assim não fosse, bastaria incluir a Advocacia Pública num artigo dentro da seção III do Capítulo IV do Título IV da Constituição Federal, tal qual foi feito com

¹⁹ OMMATI, Fides Angélica, Advocacia pública: algumas reflexões, cit.

a defensoria pública. A diferença mais importante parece ser exatamente aquela expressa na própria Constituição, ou seja, a de que ao advogado público não cabe apenas a defesa, mas, mais do que isso, compete-lhe a representação judicial do ente público a que pertence.

A União é, desse modo, representada judicialmente pela Advocacia Geral da União, à qual, conforme estabelece a Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993, competem as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. A União será representada judicialmente pela Procuradoria da Fazenda Nacional, subordinada tecnicamente ao Advogado Geral da União, se a causa ostentar natureza tributária ou fiscal ou se tratar de execução fiscal. Em todos os demais tipos de demanda, a representação será feita pela Advocacia Geral da União.²⁰

Os estados são representados judicialmente pelos procuradores do Estado que, ao contrário do que ocorre com a União, não tem sua representação dividida entre advogados e procuradores da Fazenda, de modo que qualquer outra distribuição de atividades é feita sempre no âmbito interno, e essa divisão não afeta de modo algum a atuação no processo, que pode ser feita indistintamente por qualquer procurador do Estado, independentemente do setor em que se encontra alocado. No Distrito Federal, assim como ocorre com os estados, a representação compete aos procuradores Distritais.

Os municípios, por sua vez, contrariamente ao que ocorre com a União e os estados, e de acordo com o que estabelece o artigo 12, II, do Código de Processo Civil, são representados em juízo por seu procurador ou por seu prefeito. Note-se que o legislador, nesse caso, optou por cometer a representação dos municípios, igualmente aos prefeitos e não somente aos procuradores, ciente de que nem todas as cidades estariam aparelhadas com o cargo de procurador, ou seja, com procuradorias formadas por um corpo de advogados de carreira, aprovados mediante concurso público, de modo que, nesse caso, deverá o prefeito, a quem a lei confere a representação do município, quando houver a necessidade de demandar ou for demandado em juízo, constituir advogado, outorgando-lhe, através de procuração *adjudicia*, os poderes para defender tecnicamente a municipalidade no caso concreto. Interessante nesse caso é notar que, conforme será melhor explorado adiante, o legislador somente nos casos dos municípios concedeu a possibilidade de que a representação em juízo

²⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *A Fazenda Pública em Juízo*, p. 21 et seq.

fosse feita pelo chefe do Poder Executivo, e o fez de forma expressa, o que deixa claro que excluiu a possibilidade de que, nos casos da União, dos estados e do Distrito Federal, essa representação pudesse ser feita por qualquer outra pessoa que não seus procuradores, ainda que seja pelo presidente da República ou pelos governadores. Resta notar ainda que, diferentemente do que ocorre com os advogados da União e os Procuradores de Estado, ao prefeito não é permitido, ainda que seja ele advogado regularmente inscrito na OAB, acumular as funções de representante e advogado do município perante o juízo, pois conforme esclarece *Leonardo José Carneiro da Cunha*:

“Há quem defenda a possibilidade de, sendo o prefeito advogado regularmente inscrito na OAB, a defesa municipal ser feita por ele mesmo, comparecendo em juízo na sua pessoa. Com o devido respeito a esse entendimento e sem embargo da autoridade doutrinária de quem o defende, parece não ser possível ao prefeito, ainda que seja advogado regularmente inscrito na OAB, promover, ele mesmo, a defesa dos interesses do município. É que, segundo o art. 28, I, do Estatuto da OAB, a função de chefe do Poder Executivo é incompatível com o exercício da advocacia, estando suprimida, enquanto durar o mandato eletivo, a capacidade postulatória. Logo, o prefeito pode receber citação, mas deverá constituir advogado para representar o Município, caso não haja cargo próprio de procurador judicial.”²¹

No caso das autarquias e fundações públicas, por sua vez, é comum que seja atribuída a sua representação aos procuradores do Estado ou do município. É o que ocorre, por exemplo, com o Estado de São Paulo, cuja Constituição estadual, no artigo 99, inciso I, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 14 de abril de 2004, confere aos seus procuradores a representação autárquica²². Caso isso não ocorra, a representação poderá ser confiada, de acordo com a norma criadora, ao seu dirigente máximo ou a procuradores autárquicos ou das fundações. No âmbito federal, com o artigo 11-A da Lei n. 9.028, de 12 de abril de 1995, acrescido pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, a Advocacia Geral da União ficou autorizada a assumir, através de suas procuradorias, a representação das autarquias e fundações públicas no caso de ausência de procurador ou advogado, ou quando eles se encontrarem impedidos.

²¹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *A Fazenda Pública em Juízo*, p. 26.

²² “Artigo 99 - São funções institucionais da Procuradoria Geral do Estado: I - representar judicial e extrajudicialmente o Estado e suas autarquias, inclusive as de regime especial, exceto as universidades públicas estaduais;”

“A representação judicial exercida pela Advocacia Geral da União na forma dos artigos 11-A e 11-B da Lei n. 9.028/1995, acrescentados pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, poderá ser gradualmente assumida pela Procuradoria-Geral Federal, conforme ato do Advogado Geral da União. Significa, então, que as autarquias e fundações federais devem, gradativamente, ser representadas pelos procuradores federais, que integram a procuradoria geral federal, vinculada à Advocacia Geral da União.”²³

Ao advogado público reservou nosso ordenamento jurídico, desse modo, não apenas a função de advogado do ente público, mas atribuiu-lhe a prerrogativa exclusiva de personificar perante o Judiciário a pessoa jurídica de direito público que representa.

4 A JUSTIÇA DO TRABALHO

4.1 A evolução histórica do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho

A grande maioria das atividades laborais, durante um longo período da história da civilização, especialmente no Ocidente, estiveram associadas à noção de força física e carregaram o sentido pejorativo de castigo e escravidão, tendo sempre sido reservadas às classes mais pobres ou aos cativos. A ideia de trabalho não tinha o significado de realização pessoal, sendo que aos estratos superiores das sociedades eram reservadas as atividades intelectuais e políticas, como na Grécia Antiga, por exemplo.

Durante a Idade Média, e mais especificamente a partir do século XII, essa visão tradicional passou por mudanças significativas. Surgiram as chamadas corporações de ofício, destinadas a regulamentar o processo produtivo artesanal nas cidades com mais de 10 mil habitantes. Nelas os *mestres*, que eram os proprietários das oficinas, ensinavam seu ofício aos *aprendizes* que, via de regra, trabalhavam nas corporações a partir dos 12 anos de idade, sem receber pelo trabalho remuneração, até que viessem se tornar *companheiros* ou *jornaleiros*, fase intermediária para se alcançar a condição de mestre, que dependia para tanto de submeter-se a uma prova bastante difícil. Estavam, no entanto, dispensados de qualquer exame ou avaliação de obra os *companheiros* que viessem a se casar com a filha ou a viúva do mestre, bem como os filhos do mestre. As corporações de ofício

²³ CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *A Fazenda Pública em Juízo*, p. 29.

foram, no entanto, suprimidas com a Revolução Francesa de 1789, pois eram consideradas incompatíveis com a ideia de liberdade.²⁴

Com o advento da Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra no século XVIII, e o impacto econômico e social decorrente dos avanços tecnológicos observados no processo produtivo, criaram-se novas modalidades de relação entre capital e trabalho. Ao introduzir a máquina no processo de produção dos bens e deflagrar o êxodo rural, causando a progressiva concentração de pessoas nas grandes cidades, a Revolução Industrial acabou dando origem a uma classe assalariada oposta a outra bem menor de empresários, despontando assim a ideia de emprego no lugar do trabalho, no qual os trabalhadores empenhavam sua força física em troca de salário. Diante do aumento da oferta da mão de obra e da constante busca, por parte dos empresários, da diminuição dos custos de produção, ocorreu um constante aviltamento dos salários pagos aos trabalhadores, bem como se mantiveram por décadas precárias condições de trabalho. Os trabalhadores, por sua vez, desamparados de meios legais, uniam-se na busca de melhorias nas condições de trabalho e de salários, fomentando, assim, os conflitos trabalhistas, que tiveram na formação dos sindicatos e nas greves importantes instrumentos de pressão.

Inicialmente, o Estado mantinha-se distante daquelas disputas, não intervindo na solução dos conflitos trabalhistas entre empregados e empregadores; mas, diante dos prejuízos advindos da paralisação das atividades produtivas decorrentes dos movimentos grevistas, viu-se o Estado compelido a interceder na solução dos conflitos, através da criação de normas e da mediação obrigatória, passando a indicar um árbitro para julgar os conflitos entre as partes envolvidas nas relações de trabalho. São esses os primórdios da justiça trabalhista, que desenvolveu-se de modos e em períodos diferentes em cada um dos países.

Conforme esclarece *Sérgio Pinto Martins*:

“A primeira Constituição que tratou do tema (Direito do Trabalho) foi a do México, em 1917. O art. 123 da referida norma estabelecia jornada de oito horas, proibição de trabalho de menores de 12 anos, limitação da jornada dos menores de 16 anos a seis horas, jornada máxima noturna de sete horas, descanso semanal, proteção à maternidade, salário mínimo, direito de sindicalização e de greve, indenização de dispensa, seguro social e proteção contra acidentes do trabalho. A segunda Constituição a versar sobre o assunto foi a Weimar, de 1919. Disciplinava a participação dos trabalhadores nas empresas,

²⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 3-5.

autorizando a liberdade de coalizão dos trabalhadores; tratou, também, da representação dos trabalhadores na empresa. Criou um sistema de seguros sociais e também a possibilidade de os trabalhadores colaborarem com os empregadores na fixação de salários e demais condições. Daí em diante, as Constituições dos países passaram a tratar do Direito do Trabalho e, portanto, a constitucionalizar os direitos trabalhistas.”²⁵

O direito do trabalho no Brasil, diferentemente do que ocorreu em outros países, não surgiu como uma resposta à luta de classes, já que o Estado, de certa forma antecipando-se, motivado pelas transformações sociais ocorridas à época na Europa, acabou por elaborar legislação trabalhista, sobretudo no período do governo de Getúlio Vargas que, desde 1930, passou a promulgar diversas leis trabalhistas esparsas, fortemente influenciadas pelas diretrizes fascistas do código italiano.²⁶

Antes da Consolidação das Leis do Trabalho, cujo texto original surgiu em 1943, em plena vigência do Estado Novo, o Direito do Trabalho, como ramo do direito privado, integrava o Código Civil de 1916 que dele, no entanto, pouco se ocupava, fazendo referência às questões trabalhistas em apenas cerca de 22 artigos, tratando do assunto sob o enfoque da “locação de serviços”.²⁷

Em 1932 foram criadas as Comissões Mistas de Conciliação e as Juntas de Conciliação e Julgamento, as primeiras para conciliar os conflitos coletivos e as segundas para dirimir os conflitos individuais por meio do acordo; ambas, porém, sem nenhuma autonomia administrativa ou jurisdicional e dependentes da Justiça comum para a execução de seus acordos.

Apenas com a Constituição Federal de 1934, que contemplou pela primeira vez expressamente os direitos trabalhistas, é que a Justiça do Trabalho foi efetivamente prevista, sendo certo, no entanto, que acabou por ser implantada apenas em 1939, tratando-se, inicialmente, de uma instituição autônoma em relação ao Poder Executivo, mas de cunho estritamente administrativo, que não fazia parte do Poder Judiciário.

A Justiça do Trabalho, como o próprio Direito do Trabalho no Brasil, foi criada, como dissemos anteriormente, sob inspiração do

²⁵ MARTINS, Sérgio Pinto, *Direito do trabalho*, p. 8.

²⁶ MALTA, Cynthia Guimarães Tostes. *Evolução do direito do trabalho*. Disponível em: <<http://br.oocities.com/cynthiamalta/dirtrab.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

²⁷ MALTA, Cynthia Guimarães Tostes, op. cit.

sistema italiano da *Carta Del Lavoro* de 1927, de cunho corporativista. Inicialmente foram criados dois órgãos pertencentes ao Poder Executivo: as Juntas de Conciliação e Julgamento, criadas para solucionar os conflitos individuais, e as Comissões Mistas de Conciliação, com função de dirimir os conflitos coletivos e, de início, somente os empregados sindicalizados tinham acesso às Juntas e Comissões Mistas. Foi somente com o advento da Constituição de 1934 que foi instituída a Justiça do Trabalho, sem ainda ser, como já mencionado, um órgão do Poder Judiciário.

Apenas com do Decreto-Lei n. 1.237, de 2 de maio de 1939, regulamentado pelo Decreto n. 6.596, de 12 de dezembro de 1940, é que a Justiça do Trabalho passou a ser um órgão autônomo em relação ao Poder Executivo e capaz de executar as suas próprias decisões, sem a necessidade de ingresso na Justiça comum.

Finalmente, com a Constituição de 1946 é que a Justiça do Trabalho foi definitivamente inserida no Poder Judiciário, de modo que aos seus Juízes foram estendidas as garantias asseguradas aos magistrados em geral, como a vitaliciedade, a inamovibilidade, a irredutibilidade de vencimentos e o ingresso por meio de concurso.

Até 1999, a Justiça do Trabalho permaneceu com as Juntas de Conciliação e Julgamento que, como suas predecessoras, eram formadas por um juiz togado e dois juízes classistas, sendo sempre um representante do sindicato patronal e outro do sindicato dos empregados. A Emenda Constitucional n. 24/99 extinguiu, no entanto, a representação classista, transformando as juntas de conciliação em varas do trabalho, como órgãos monocráticos e não mais colegiados.

Nota-se, pela trajetória histórica da Justiça do Trabalho, que sua origem como órgão mediador influenciou a sua vocação em promover a conciliação entre empregado e empregador, constituindo-se este como um dos principais objetivos perseguidos pelo processo trabalhista. Essa característica de órgão prioritariamente conciliador entre empregados e empregadores, alicerçada em bases sindicais, sempre muito marcante na Justiça trabalhista, é ainda hoje bastante presente e acaba por influenciar em certa medida a distorção de uma parte da magistratura do trabalho na visão do Estado como reclamado em demanda trabalhista. O ente público, diante das suas peculiaridades, porque não concilia, não confessa, não possui direitos disponíveis, não pressupõe um contrato social que informe quem o representa em juízo e possui uma série de prerrogativas que o diferenciam dos demais empregadores empresários, acaba sendo incompreendido e causa certo estranhamento ao juízo trabalhista.

4.2 O Direito do Trabalho: definições e fontes

O Direito do Trabalho recebe da doutrina diversas definições, ora levando-se em conta os sujeitos das relações jurídicas que regula, sendo esse o critério subjetivista ou teoria subjetiva, outras vezes enfatizando o seu objeto, o que constitui o critério objetivista ou teoria objetiva.

O critério subjetivista busca a definição segundo os tipos de trabalhadores aos quais serão aplicadas as normas de Direito do Trabalho, ou seja, os destinatários da norma. Não é qualquer trabalhador que pode ser amparado pelas normas trabalhistas. Estão, por exemplo, excluídos do Direito do Trabalho os funcionários públicos e os trabalhadores autônomos, embora sejam eles espécies do gênero trabalhadores. O Direito do Trabalho ocupa-se somente com o empregado, que é o trabalhador sem autonomia, vez que subordinado na sua atuação ao empregador.

O critério objetivista, por seu turno, baseia a definição nas matérias reguladas pelo Direito do Trabalho. De acordo com a teoria objetiva, ocupa-se o Direito do Trabalho em estudar o trabalho subordinado.

Há também parte significativa da doutrina brasileira que se baseia no critério misto, buscando na definição a combinação dos critérios anteriores, para tanto levando em conta o sujeito e a matéria disciplinada pelo Direito do Trabalho.²⁸

Dentre os autores adeptos do critério misto, é possível citar *Sérgio Pinto Martins*, para quem “Direito do Trabalho é o conjunto de princípios, regras e instituições atinentes à relação de trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que lhe são destinadas”.²⁹

Assim também segundo *Amauri Mascaro do Nascimento*: “Direito do trabalho é o ramo da ciência do direito que tem por objeto normas jurídicas que disciplinam as relações de trabalho subordinado, determinam os seus sujeitos e as organizações destinadas à proteção desse trabalho, em sua estrutura e atividade”.³⁰

²⁸ NORONHA NETO, Francisco Tavares. Noções fundamentais de direito do trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 904, 24 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7686>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

²⁹ MARTINS, Sérgio Pinto, *Direito do trabalho*, p. 16.

³⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 143.

O Direito do Trabalho é, portanto, a princípio, o ramo do direito que irá regular a chamada “relação de emprego”, que é a que se estabelece entre o empregado e o empregador, entre os quais há uma relação de trabalho pessoal, subordinado, remunerado e não eventual.³¹

Via de regra, porém, como se pode verificar nas definições acima transcritas, é importante para o conceito do Direito do Trabalho a sua finalidade, que é a de melhoria tanto das condições de trabalho, como das condições sociais do trabalhador, deixando claramente transparecer a origem histórica desse ramo do direito, como já acima tratado, surgido como conquista da classe assalariada, na correção das distorções sociais decorrentes das mudanças no modo de produção devidas à Revolução Industrial.

Como ramo jurídico autônomo, o Direito do Trabalho contempla legislação e doutrina, bem como institutos e princípios próprios, distintos dos institutos e princípios do Direito Civil e demais ramos do direito. Mais do que isso, possui jurisdição própria, com um órgão especializado do Poder Judiciário, que se organiza e funciona através de normas processuais próprias. Inclusive porque a medida da autonomia de determinado ramo do direito está diretamente relacionada com a existência de princípios próprios, legislação específica, objeto próprio e um número razoável de estudos doutrinários a seu respeito.³²

Já o Direito Processual do Trabalho, embora estabeleça a forma como o Direito do Trabalho vai ser exercitado em juízo, não é parte integrante dele, mas sim um ramo do Direito Processual. Nesse sentido, conforme definição de *Sérgio Pinto Martins*: “Direito Processual do Trabalho é o conjunto de princípios, regras e instituições destinados a regular a atividade dos órgãos jurisdicionais na solução dos dissídios, individuais ou coletivos, pertinentes à relação de trabalho.”³³

³¹ Leis especiais, no entanto, integraram ao Direito do Trabalho duas outras formas de trabalho individuais, que não se podem caracterizar como relações de emprego, são elas: o trabalho temporário e o trabalho avulso.

³² SCHIAVI, Mauro. *Os princípios do direito processual do trabalho e possibilidade de aplicação subsidiária do CPC quando há regra expressa da CLT em sentido contrário*. Disponível em: <http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/schiavi_principios_dpt.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2010.

³³ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 28. ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2008. p. 18.

Como todos os demais ramos do direito, contudo, tanto o Direito do Trabalho quanto o Direito Processual do Trabalho têm como fonte comum a Constituição, a lei e os costumes. Possuem, porém, outras fontes que lhes são peculiares, como ocorre com as sentenças normativas³⁴, as convenções e os acordos coletivos, os regulamentos de empresa e os contratos de trabalho. Não obstante suas diversas fontes, certo é que as normas trabalhistas, assim como as demais, também encontram o seu fundamento de validade na norma superior, que não devem contrariar, sob pena de considerar-se inválida a norma inferior. Desse modo, todas as normas de Direito do Trabalho ou do Processo do Trabalho irão retirar seu fundamento de validade final da própria Constituição. Conforme assevera *Martins*, “pode-se dizer, para justificar as fontes de Direito, que as normas de maior hierarquia seriam o fundamento de validade das regras de hierarquia inferior. As normas jurídicas têm hierarquias diversas, porém compõem um todo, que se inicia com a Constituição”.³⁵

A mesma hierarquia se observa em relação aos princípios do direito e do processo do trabalho, que deverão, também, serem avaliados de acordo com a posição hierárquica em que se encontram dentro do sistema, de modo que alguns serão prevalecentes sobre outros, porque mais abrangentes e importantes.

Segundo a moderna teoria geral do direito, ensina *Schiavi*:

“[...] os princípios de determinado ramo do direito têm que estar em compasso com os princípios constitucionais do processo. Por isso deve o intérprete estudar determinado princípio ou norma infraconstitucional, realizar a chamada filtragem constitucional, isto é, ler a norma infraconstitucional com os olhos da Constituição Federal. Neste sentido ensina Marcelo Lima Guerra: ‘Em toda a sua atuação jurisdicional, a atividade hermenêutica do juiz submete-se ao princípio da interpretação conforme a Constituição, no seu duplo sentido de impor que a lei infraconstitucional seja sempre interpretada, em primeiro lugar, tendo em vista a sua compatibilização com a Constituição, e, em segundo lugar, de maneira a adequar os resultados práticos ou concretos da decisão o máximo possível ao que determinam os direitos fundamentais em jogo’. No mesmo sentido, manifesta-se Willis Santiago Guerra Filho: ‘Princípio da interpretação conforme a Constituição, que afasta interpretações contrárias a alguma das

³⁴ Sentença normativa constitui-se nas decisões dos tribunais regionais do trabalho ou do Tribunal Superior do Trabalho no julgamento de dissídios coletivos.

³⁵ MARTINS, Sérgio Pinto, *Direito processual do trabalho*: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros, p. 30.

normas constitucionais, ainda que favoreça o cumprimento de outras delas. Determina, também, esse princípio, a conservação de norma, por inconstitucional, quando seus fins possam se harmonizar com preceitos constitucionais, ao mesmo tempo em que estabelece como limite à interpretação constitucional as próprias regras infraconstitucionais, impedindo que ela resulte numa interpretação *contra legem*, que contrarie a letra e o sentido dessas regras’.”³⁶

4.3 Os princípios que norteiam o Direito do Trabalho e o processo trabalhista

Como ramos autônomos do direito, o Direito do Trabalho e o Direito Processual do Trabalho possuem princípios que lhes são próprios. Alguns princípios, no entanto, são comuns ao direito em geral, dentre os quais são exemplos os princípios da legalidade, da dignidade da pessoa humana, da boa-fé nos contratos, do contraditório e da ampla defesa, da motivação das decisões, da imparcialidade do juiz, da publicidade e da inafastabilidade da jurisdição, entre outros. Dentre os princípios próprios do Direito do Trabalho e do processo trabalhista, que lhes conferem autonomia e suporte, destaca-se o princípio protetor ou da proteção tutelar.

Para a finalidade deste trabalho, elegeu-se para tecer comentários o princípio protetor, com suas subdivisões, conforme a seguir exposto

4.3.1 O princípio da proteção

De acordo com o princípio protetor, na Justiça do Trabalho as regras serão interpretadas de forma mais favorável ao empregado, que é sempre tido como a parte mais fraca numa relação de emprego. Enquanto que no processo civil parte-se do pressuposto de que as partes são iguais, no processo do trabalho a ideia é a de que as partes são desiguais e que o empregado precisa da proteção da lei.

O princípio da proteção pode ser desmembrado em três:³⁷

1) O *in dubio pro operario*, segundo o qual, na dúvida, deve-se aplicar a solução mais favorável ao trabalhador. Esse princípio, no

³⁶ SCHIAVI, Mauro, *Os princípios do direito processual do trabalho e possibilidade de aplicação subsidiária do CPC quando há regra expressa da CLT em sentido contrário*, cit.

³⁷ MARTINS, Sérgio Pinto, *Direito do trabalho*, p. 61.

entanto, comporta moderação, já que, de acordo com o que estabelece o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, é importante que se observe a quem cabe o ônus da prova no caso concreto.

2) O da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, que pode ser entendido em três frentes: a) a elaboração das normas: novas leis devem dispor de maneira mais benéfica ao trabalhador; b) a hierarquia das normas: na ocorrência de mais de uma norma a ser aplicada no caso, prevalecerá aquela que for mais favorável ao trabalhador, exceção feita às normas de caráter proibitivo; c) a interpretação das normas: deverá prevalecer sempre a interpretação da norma que for mais benéfica ao empregado.

3) O da aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador, de acordo com o qual as conquistas dos trabalhadores não poderão ser modificadas para pior, de modo que o direito adquirido não pode ser modificado para impingir-lhe condição desfavorável.

No caso específico do Estado como empregador celetista, seja como contratante ou simples tomador de serviços, concorrerão com os princípios que regem a atuação da Administração Pública aqueles que norteiam as relações de emprego, de modo que é necessário sopesar no caso concreto, através de mecanismos e instrumentos de razoabilidade e proporcionalidade, qual deverá prevalecer. Não se deve, entretanto, perder-se de vista que a importância em aplicar-se corretamente os princípios constitucionais que regem a Administração Pública e os que regem o Direito do Trabalho encontra-se justamente em não permitir que sejam criados direitos em desacordo com a previsão legal, assim como não sejam cometidos abusos em nome de uma suposta prevalência de interesses, seja com base na supremacia do poder público, ou na proteção do trabalhador.

5 AS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO PERANTE A JUSTIÇA DO TRABALHO

5.1 O aumento da demanda contra a Fazenda Pública na Justiça do Trabalho

Nas últimas décadas, mais especificamente a partir dos anos 1970, foram difundidas por todo o mundo teorias de reforma da gestão do Estado, sendo a de maior destaque a originária na Grã Bretanha (*New Public Management*), com importantes efeitos na forma de administração dos recursos humanos no âmbito do setor público. Com vistas a uma maior eficiência no uso dos recursos disponíveis no sistema, foi dada

ênfase à necessidade de promover a separação das funções públicas entre um ente contratador e um ente prestador contratado, ou seja, um modelo baseado na separação institucional entre funções de direção (ou gestão) e funções de prestação de serviços. Esse modelo veio a constituir-se numa referência para todos os países da América Latina, inclusive o Brasil, onde foi introduzido pelo ex-ministro da Administração e Reforma do Estado Luiz Carlos Bresser Pereira, já na década de 1990, durante o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso. Esse modelo tem motivado, desde então, a progressiva separação entre as funções de gestor e executor, através do instrumento dos contratos de gestão, nos quais são estabelecidas metas e compromissos diversos de parte a parte. A opção adotada em nosso país, no entanto, diferentemente da proposta britânica de reforma, pautou-se na introdução de entidades privadas no exercício das funções de executor das políticas públicas, enquanto ao setor público se tem reservado a função de gestor.³⁸

O novo modelo de gestão do Estado, portanto, implementado no Brasil desde a década passada, a partir de uma adaptação do modelo britânico, tem se baseado na terceirização dos serviços públicos. Embora iniciada no âmbito federal, a terceirização como opção de gestão de políticas públicas e do pessoal do setor público foi largamente disseminada pelos demais entes federativos, que a adotaram visando, além da melhoria da qualidade na prestação de serviços públicos, a administrar o contingenciamento orçamentário e dispor de uma maior liberdade para enfrentar as dificuldades no processo de contratação e demissão de pessoal empregado diretamente pela Administração Pública, além de trabalhar para diminuir futuros déficits na previdência pública.

Paralelamente ao processo de terceirização foi observada também, em alguns setores, dentre os quais podemos destacar os serviços de educação e saúde, uma tendência à flexibilização das relações de emprego, fundadas em relações precárias de trabalho, regidas por contratos temporários.

Sem a intenção de tecer juízos de valor acerca da terceirização dos serviços públicos ou da opção pelos contratos precários de serviço temporário – ainda que o tema possa merecer maior reflexão, mas não sendo esse o objetivo deste trabalho – cumpre apenas observar que o novo

³⁸ NOGUEIRA, Roberto Passos. *Os recursos humanos e as políticas de gestão do estado*. Disponível em: <http://www.nesp.unb.br/polrhs/Temas/os_rh_e_as_polits_de_gestado.htm>. Acesso em: 20 nov. 2010.

formato de gestão das políticas públicas baseado nesse modelo parece ter sido a principal razão do aumento verificado na demanda do ente público perante a Justiça do Trabalho. O estado, portanto, da tradicional posição de mediador dos conflitos e regulador das relações entre empregados e patrões, que exerceu desde os primórdios da justiça trabalhista até bem recentemente, se vê agora na posição de parte no processo como empregador reclamado, o que implica uma dinâmica de reconhecimento e acomodação enfrentada tanto por parte do Poder Executivo, quanto do judiciário trabalhista.

5.2 A Fazenda Pública como reclamada no processo trabalhista

O aumento observado nas causas envolvendo os entes públicos perante a Justiça do Trabalho acabou impondo à Administração Pública, mais especificamente às suas procuradorias, uma série de providências, que vão desde o aumento no quadro funcional, até a especialização interna das atividades dos procuradores, com a criação de setores exclusivamente voltados às demandas trabalhistas, visando ao aprimoramento da defesa dos interesses do Estado. Por outro lado, também por parte da Justiça do Trabalho foram observadas, nos últimos anos, inovações de procedimentos, principalmente com a finalidade de adequação dos serviços burocráticos a essa nova demanda.

Esse “recém-chegado” empregador reclamado, entretanto, embora com todas as peculiaridades que lhe são inerentes e o distinguem dos demais, não tem recebido por uma parte da magistratura trabalhista a devida distinção. Um dos problemas enfrentados pelas pessoas jurídicas de direito público é o não reconhecimento, por parte de alguns juízes, da função dos procuradores públicos como verdadeiros e únicos representantes da Fazenda Pública em juízo, exigindo, mesmo quando presente o seu procurador, o comparecimento nas audiências de um preposto, em geral um servidor público administrativo com carta de preposição assinada por outro servidor público administrativo hierarquicamente superior. Essa atitude dos juízes trabalhistas, que na maioria das vezes não tem sido combatida com a devida veemência por parte da Advocacia Pública em geral, não é observada na Justiça comum, seja ela estadual ou federal, na qual o procurador público desempenha perante o Judiciário, sem oposição ou indevidas consequências, tanto a função de advogado quanto a de representante do Estado. Não se ouve falar, por exemplo, da exigência por parte do magistrado estadual, em ação na qual se pleiteia contra o Estado uma indenização por danos materiais

ou morais que um aluno de estabelecimento de ensino público alega ter sofrido, a presença do diretor da escola ou qualquer outro representante daquela instituição, como representante da Fazenda Pública. A exigência, desse modo, de que o procurador do Estado ou advogado da União compareça em audiência trabalhista em que a Fazenda Pública atua como reclamada, acompanhado de um servidor público administrativo munido de carta de preposição, soa tão absurda quanto soaria a exigência de que o sócio-gerente de uma empresa contra a qual é movida uma ação trabalhista tivesse que comparecer acompanhado de um funcionário da sua própria empresa. Não há dúvida de que o sócio-gerente representa a pessoa jurídica de direito privado da qual é dono, porque assim estabelece o contrato social da empresa e assim preconiza a legislação adjetiva.

Para evitar a insegurança jurídica diante da possibilidade de ver decretada a revelia e a pena de confissão no processo em que defende a Fazenda Pública perante a Justiça do Trabalho, ainda que possível através dos recursos próprios reverter mais adiante a decisão, anulando-se o processo nas instâncias superiores, grande parte dos procuradores e advogados da União acabam por agir de forma conivente com a equivocada exigência do juiz trabalhista, solicitando ao órgão ou secretaria a quem o reclamante esteve vinculado, a indicação de um funcionário para atuar como preposto. A atitude que em realidade se trata de uma simulação, de fato, evita maiores desgastes e eventuais riscos jurídicos, porém, reforça, perante o judiciário trabalhista, a ideia de que há a necessidade da indicação de um preposto para exercer função que legalmente não lhe pertence.

5.3 A revelia

Não é de hoje que o instituto processual da revelia tem desafiado a doutrina e a jurisprudência, mas não se conhecia a revelia nos primórdios do Direito Romano, no qual ao autor era conferida a possibilidade de obrigar, mediante o emprego de força física (*manus injectio*), o réu a comparecer em juízo. Ao réu, portanto, não era permitida a atitude de permanecer sem reação em relação à pretensão do autor, tanto que não bastava o simples comparecimento. Era exigido que o réu atuasse, pois, ainda que presente em juízo, permanecesse indefeso, o magistrado poderia conceder ao autor o direito de imissão na posse da coisa litigiosa ou na herança. A força física, ainda no direito romano, foi substituída pela multa pecuniária, e mais adiante, em fins do período republicano, já mais próximo da ideia de revelia que vigora atualmente, é que a força

física e a pena pecuniária foram substituídas pelo instrumento processual da sucumbência da parte inerte, tanto fosse ela o réu com a vitória do autor na ação, quanto fosse ela o autor, com a absolvição do réu.³⁹

A origem da revelia, como se percebe, é identificada com a ideia de contumácia ou rebeldia. Em que pese, no entanto, ainda hoje serem os termos revelia e contumácia usados por inúmeros e reconhecidos doutrinadores como sinônimos, tecnicamente não se confundem. Contumácia é a ausência das partes à audiência e revelia diz respeito ao não comparecimento do réu para defesa. Para alguns, contumácia é gênero, do qual a revelia é espécie.⁴⁰

Revelia é, portanto, o estado de contumácia do réu que não apresenta no momento oportuno nenhum tipo de defesa à demanda contra ele movida e tem como efeitos: a) a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor; b) o julgamento antecipado da lide e, c) a ausência de intimação do réu para os demais atos processuais.

A revelia, no entanto, não se observa apenas ante a ausência de contestação, pois dentre os tipos de resposta possíveis, embora o mais comum seja a contestação, há também a reconvenção ou exceção, que caracterizam, tal qual aquela, o atendimento do réu ao chamado para vir a juízo, afastando-se, com elas a revelia.

De fato, determina o artigo 319 do Código de Processo Civil que: “Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”. A ausência de contestação, portanto, por parte do réu, conforme se pode inferir da leitura do artigo 319 do Código de Processo Civil, implica a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, uma vez que não contestando os fatos afirmados na inicial, presume-se ter com eles concordado. Trata-se, no caso, de aplicação de um dos efeitos da revelia e não do seu conceito propriamente dito.

³⁹ SANTOS, Sintia Menezes. *Revelia*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2221/Revelia>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

⁴⁰ SCHIAVI, Mauro. *A revelia no processo do trabalho: legalidade, justiça, equidade e princípio da proporcionalidade em confronto com as Súmulas 74 e 122 do C. TST*. Disponível em: <http://www.calvo.pro.br/artigos/mauro_schiavi/mauro_schiavi_revelia_processo_trabalho.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2010

5.3.1 A revelia na Justiça do Trabalho

A legislação trabalhista, por sua vez, também, trata da revelia no artigo 844 da Consolidação das Leis do Trabalho, que prescreve: “O não comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.”

Assim, numa leitura rápida da Consolidação das Leis do Trabalho, diferentemente do que ocorre na justiça comum, a revelia na Justiça do Trabalho ocorreria no caso de ausência do reclamado à audiência, independentemente da apresentação ou não de defesa porque, conforme se verifica, o legislador celetista optou por prestigiar a conciliação, tanto que não mencionou a não apresentação de defesa como causa da revelia, consignando apenas, no artigo 847 da Consolidação das Leis do Trabalho: “Não havendo acordo, o reclamado terá vinte minutos para aduzir sua defesa, após a leitura da reclamação, quando esta não for dispensada por ambas as partes.”

Seria possível, portanto, na Justiça do Trabalho a não apresentação de defesa sem que isso implicasse em revelia? Em outras palavras, estaria na Justiça do Trabalho o réu, desde que presente em audiência, dispensado de contestar os fatos alegados na inicial, cabendo nesse caso exclusivamente ao autor prová-los? Se levado ao pé da letra e de forma isolada o texto da Consolidação das Leis do Trabalho, isso seria perfeitamente possível, já que a revelia, de acordo com a legislação laboral, somente ocorreria quando do não comparecimento do reclamado em audiência, e o legislador, no caso, não fez nenhuma referência específica à não apresentação de defesa. Ocorre, entretanto, não ser concebível essa interpretação, de modo que, nos termos do artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, cabe a aplicação subsidiária da legislação processual civil. Não se trata, porém de omissão, mas sim de nítida confusão entre os institutos da revelia e da confissão ficta, pois enquanto o primeiro diz respeito à ausência de defesa, o segundo diz respeito à ausência da parte ao depoimento pessoal, impossibilitando desse modo o autor de obter a confissão expressa.⁴¹

Nem a confissão, nem a revelia, entretanto, são penalidades, já que não visam a punir o réu que se manteve inerte, tanto é que o juiz poderá

⁴¹ OLIVEIRA, Thiago Leal de. A revelia na Justiça do Trabalho. Análise do conceito de revelia e da ampla defesa na aplicação da Súmula n. 122 do TST. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2.083, 15 mar. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12403>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

ao final absolvê-lo, pois conhece o direito, e não deverá deixar de aplicá-lo pelo simples fato de não ter sido alegado em sede de defesa. O que o juiz desconhece e busca tomar conhecimento através do contraditório são os fatos aos quais deverá aplicar o direito. Ao réu, em observância ao princípio da ampla defesa, é conferida uma faculdade de contestar o feito que, se não observado, leva à revelia.

Verifica-se, assim, que em que pese entendimento contrário esposado pela Súmula n. 122 do TST, a ausência do representante legal ou do preposto do reclamado à audiência não poderá implicar em revelia, se presente seu advogado devidamente constituído e este apresentar contestação. Não admitir essa possibilidade só é possível quando se defende a aplicação exclusiva da Consolidação das Leis do Trabalho, que pelo seu artigo 844 levaria à conclusão de que o instituto da revelia na Justiça do Trabalho possui definição distinta, qual seja, a de ausência do réu em audiência e, portanto, como já anteriormente mencionado, na Justiça do Trabalho, a ausência de defesa não implicaria ao réu nenhuma consequência, já que não há previsão legal nesse sentido.

Há, ademais, que se levar em conta o nítido ânimo de defesa pela parte que se ocupou de constituir advogado, concedendo-lhe procuração para elaborar contestação e juntar documentos que comprovam a sua versão dos fatos. Não se pode admitir que seja prestigiada a formalidade em detrimento da garantia constitucional à ampla defesa e ao contraditório, devendo a norma infraconstitucional ser analisada com reservas e valorada sob as luzes do princípio da proporcionalidade. Não parece ser razoável que o desejo do legislador celetista em prestigiar a oralidade e celeridade, bem como a oportunidade de conciliação, quando previu medidas para estimular o comparecimento das partes em juízo, justifique a inobservância do princípio do devido processo legal.

5.3.2 A revelia e as pessoas jurídicas de direito público

De todo o modo, no caso das pessoas jurídicas de direito público, a aplicação dos efeitos da revelia e da confissão, seja na justiça comum, seja na justiça trabalhista, encontra obstáculos legais intransponíveis, e portanto o tema deve ser apreciado com maior cautela. Conforme prescreve o artigo 320, inciso II, do Código de Processo Civil, não são aplicáveis os efeitos da revelia quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis. Nesse sentido também é o artigo 351 do mesmo diploma legal que determina que não vale como confissão a admissão em juízo de fatos relativos a direitos indisponíveis.

Como já anteriormente mencionado, de acordo com o princípio da indisponibilidade do interesse público, o administrador não pode agir segundo sua vontade, devendo se restringir ao regulado no ordenamento jurídico. Ao agente público é defeso, portanto, dispor do patrimônio público gerido, sendo imprescindível a autorização legal para que possa transigir, acordar, desistir ou confessar em juízo.

Assim, em que pese o teor da Orientação Jurisprudencial n. 152 da Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, não há como admitir-se que seja decretada contra pessoa jurídica de direito público a revelia ou, muito menos, a confissão ficta por impedimento legal, como expresso nos artigos 320, inciso II, e 351 do Código de Processo Civil. Não bastasse isso, como bem observa *Luiz Claudio Portinho Dias*:

“[...] é preciso considerar que a superioridade do interesse público sobre o particular é pressuposto de uma ordem social estável, funcionando como verdadeira salvaguarda dos administrados contra eventuais abusos individualistas. A supremacia do interesse público não é um privilégio da Administração, mas sim uma garantia dos administrados de que o seu patrimônio comum será gerido de acordo com as finalidades eleitas pela coletividade. Decorre disso a impossibilidade de reconhecer direitos contra pessoas jurídicas de direito público, com base em meras alegações, sem que se comprove robustamente os fatos constitutivos que lhe possibilitem o exercício.”⁴²

5.4 O advogado público e a função de preposto na Justiça do Trabalho

O artigo 1º do Provimento n. 60 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil estabelece: “É defeso ao advogado funcionar no mesmo processo simultaneamente como patrono e preposto do empregador”. Do mesmo modo, o artigo 23 do código de ética e disciplina dos advogados impõe: “É defeso ao advogado funcionar no mesmo processo, simultaneamente, como patrono e preposto do empregador ou cliente.”

Com base nesses dispositivos é que alguns juízes trabalhistas, ainda que admitam serem os advogados públicos os representantes judiciais da fazenda pública, contestam a possibilidade de exercerem em audiência concomitantemente a função de representante e de advogados

⁴² DIAS, Luiz Claudio Portinho. Efeitos da revelia contra pessoa jurídica de direito público. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/849>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

dos interesses do Estado. Contrapondo-se a essa posição cumpre, desde logo, ressaltar que como norma interna, nem o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e tampouco o provimento supracitado, vinculam o Poder Judiciário trabalhista. Ademais, não há que se falar que a representação da Fazenda Pública, na condição de reclamada perante a Justiça do Trabalho, possa ferir o código de ética dos advogados, uma vez que, conforme já anteriormente dito, tanto o procurador do Estado quanto o advogado da União não são em relação aos entes a que pertencem prepostos, mas sim o próprio Estado em juízo.

Assim como não há óbice ao empregador ou ao empregado, quando forem advogados, de exercerem sua própria defesa, além de se fazerem presentes como partes em juízo, também não poderá haver a mesma objeção em relação ao advogado público, pois ele não funcionará como preposto e sim como parte, representante legal do ente federado no exercício da sua própria defesa.

Por outro lado, nos termos do artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho, que consubstancia o princípio do *jus postulandi*, empregados e empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final. Do mesmo modo, de acordo com o artigo 839, “a”, da Consolidação das Leis do Trabalho, em função do *jus postulandi*, reclamante e reclamado poderão atuar sem a presença de advogado em todas as instâncias trabalhistas, de modo que não há sentido que no caso, quando presente respectivo procurador, ao qual seja reconhecida a função de representante do ente público, seja negada a possibilidade de atuar em defesa do ente que representa.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A administração pública, quando atuando diretamente, desempenha suas funções através de pessoas físicas, que são os agentes públicos, que se dividem em servidores públicos, agentes políticos e particulares em colaboração com a administração.

2. Como todas as demais pessoas jurídicas, também as de direito público manifestam sua vontade por meio das pessoas físicas que a integram, ou seja, os agentes públicos. A atuação deles é feita por intermédio dos órgãos públicos que compõem a administração e cujos atos lhe são imputáveis. Embora parte da Administração Pública e capazes de expressar a sua vontade, os seus órgãos não possuem a capacidade de representá-la em juízo. A capacidade de representação, tanto para atuar em juízo, quanto de estar em juízo, segundo estabelece o artigo 12 do

Código de Processo Civil, cabe, no caso da União, estados e Distrito Federal, aos seus procuradores.

3. Ainda que a representação política seja atribuição do chefe do Poder Executivo, a Administração Pública que, segundo o princípio da legalidade, tem sua atuação condicionada ao que estabelece a lei, é representada judicialmente pela Advocacia Pública, a qual o legislador pátrio incumbiu com exclusividade essa competência.

4. É uma conquista do estado democrático brasileiro a existência de uma Advocacia Pública autônoma e que atua de forma independente da representação política temporariamente exercida pelos governantes eleitos. Nesse sentido, o legislador constituinte consagrou a Advocacia Pública como função essencial à Justiça, diferenciando-a da advocacia dos interesses privados, ao atribuir-lhe, além da função de patrocínio dos interesses públicos, a de representação em juízo da própria pessoa jurídica de direito público, conforme expresso no artigo 132 da Constituição Federal.

5. A representação judicial das pessoas jurídicas de direito público exercida por seus advogados públicos, uma vez que prevista constitucionalmente, ocorre também na Justiça do Trabalho, não obstante parte da magistratura trabalhista, nem sempre acostumada a deparar-se com o Estado ocupando o polo passivo de uma reclamação trabalhista, confunda a função de representação com a de preposição e não aceite o exercício concomitante dos advogados da União e procuradores de Estado como representantes e advogados da Fazenda Pública.

6. Não obstante autônomos em relação aos demais ramos do direito, tanto o Direito do Trabalho quanto o processo do trabalho encontram-se subordinados aos princípios e normas constitucionais, hierarquicamente superiores, não devendo, por esse motivo, de modo algum contrariá-los. Assim, sendo a representação judicial das pessoas de direito público função exercida exclusivamente pelos seus advogados públicos, conforme estabelece a Constituição Federal, não há possibilidade de, ainda que com base em princípios do Direito do Trabalho ou do processo do trabalho, deixar de ser reconhecida pelos juízes trabalhistas essa função, sendo totalmente arbitrária a exigência de comparecimento de preposto, quando presente em audiência o advogado da União ou o procurador do Estado ou distrital.

7. Se por um lado a exigência do comparecimento de um servidor público munido de carta de preposição, em geral assinada por outro funcionário público hierarquicamente superior, para exercer a função de preposto da Fazenda Pública perante o juízo trabalhista, é desarrazoada,

já que não encontra nenhum respaldo ou justificativa legal, por outro lado, a aplicação de revelia e da confissão do ente público também se mostra inaceitável, já que, conforme prescreve o artigo 320, inciso II, do Código de Processo Civil, não são aplicáveis os efeitos da revelia, quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis e tampouco é válida como confissão a admissão em juízo de fatos relativos a direitos indisponíveis, tal qual determina o artigo 351 do mesmo diploma legal. Diante da indisponibilidade do interesse público, não há como admitir-se que seja decretada contra pessoa jurídica de direito público a revelia ou, muito menos, a confissão ficta por impedimento legal.

8. Parece, assim, ter se demonstrado ao longo deste texto que a representação da pessoa jurídica de direito público interno é função constitucionalmente reconhecida com exclusividade aos advogados da União e procuradores do Estado e distritais. Desse modo, ainda que diante das inseguranças jurídicas que possam ser enfrentadas ao se levar a questão às instâncias superiores, parece que o tema merece melhor atenção por parte da Advocacia Pública, pois não se trata apenas de um mero procedimento que possa ser adaptado às condições da Justiça do Trabalho, mas, antes de tudo, do exercício de uma prerrogativa concedida ao advogado público que, diante de todos os princípios que regem a Administração Pública, é irrenunciável.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- DIAS, Luiz Claudio Portinho. Efeitos da revelia contra pessoa jurídica de direito público. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/849>>. Acesso em: 20 nov. 2010.
- FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FARIA, Ana Paula Andrade Borges de. A independência e a autonomia funcional do Procurador

- do Estado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2527>>. Acesso em: 20 nov. 2010.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MALTA, Cynthia Guimarães Tostes. *Evolução do direito do trabalho*. Disponível em: <<http://br.oocities.com/cynthiamalta/dirtrab.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2010.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 28. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.
- MASSA, Patrícia Helena. O papel do advogado público na administração democrática e o controle de legalidade. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 47/48, p. 115-123, jan./dez. 1997. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev7.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. *A teoria dos órgãos públicos e o § 8º do artigo 37 da Constituição Federal*. Disponível em: <<http://www.unifor.br/notitia/file/1682.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2010.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- NASCIMENTO, Artur Gustavo Azevedo do. A Fazenda Pública como parte no Juizado Especial. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 84, set. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4211>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

- NOGUEIRA, Roberto Passos. *Os recursos humanos e as políticas de gestão do Estado*. Disponível em: <http://www.nesp.unb.br/polrhs/Temas/os_rh_e_as_polits_de_gestado.htm>. Acesso em: 20 nov. 2010.
- NORONHA NETO, Francisco Tavares. Noções fundamentais de direito do trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 904, dez. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7686>>. Acesso em: 20 nov. 2010.
- OLIVEIRA, Thiago Leal de. A revelia na Justiça do Trabalho: análise do conceito de revelia e da ampla defesa na aplicação da Súmula n. 122 do TST. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2.083, mar. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12403>>. Acesso em: 20 nov. 2010.
- OMMATI, Fides Angélica. Advocacia pública: algumas reflexões. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2111>>. Acesso em: 20 nov. 2010.
- SANTOS, Sintia Menezes. *Revelia*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2221/Revelia>>. Acesso em: 20 nov. 2010.
- SCHIAVI, Mauro. *Os princípios do direito processual do trabalho e possibilidade de aplicação subsidiária do CPC quando há regra expressa da CLT em sentido contrário*. Disponível em: <http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/schiavi_principios_dpt.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2010.
- _____. *A revelia no processo do trabalho: legalidade, justiça, equidade e princípio da proporcionalidade em confronto com as Súmulas 74 e 122 do C. TST*. Disponível em: <http://www.calvo.pro.br/artigos/mauro_schiavi/mauro_schiavi_revelia_processo_trabalho.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2010.
- SCHUBSKY, Cássio (Coord.). *Advocacia pública: apontamentos sobre a história da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. Coordenação editorial e texto de Cássio Schbsky. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo; Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008.
- SERESUELA, Nívea Carolina de Holanda. Princípios constitucionais da Administração Pública. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3489>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 62, de 9.11.2009. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Roberta Pappen da. Algumas considerações sobre o princípio da proporcionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 565, 23 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6198>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Os procuradores da Fazenda Nacional*. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/458/OS_PROCURADORES_DA_FAZENDA_NACIONAL>. Acesso em: 20 nov. 2010.

OS ROMANOS E O DIREITO.
ISTO É: FUNDAMENTOS E FORMAS DO DIREITO NA
CONCEPÇÃO ROMANA

*The people of Rome and the law. Or: background and ways of
law in a Roman concept*

Alessandro Corbino¹

RESUMO

O direito romano foi uma experiência única, modelo para muitas outras experiências históricas, ao propor a composição do equilíbrio possível (e, portanto, aceito) às várias instâncias que estão na base da disciplina social. Os romanos não inventaram o direito como instrumento de regulação social, mas quiseram que seus especialistas fossem expostos a uma verificação social cotidiana, de modo a serem reconhecidos pela eficácia. O direito era visto como o resultado que um especialista sabe retirar de uma regra: o significado aplicativo que ela contém. Não é a regra que disciplina as atividades humanas, mas o significado dela. O direito era um fato de relevância política das regras, que são, sobretudo, de costume; não são verdades eternas, mas somente universais, sempre superáveis e reformáveis. O estudo histórico leva à reflexão do quão preocupante é a distância que nosso tempo parece manter da visão cultural que os romanos tiveram do fenômeno jurídico e da conseqüente percepção da potencial capacidade do direito de governar a complexidade social.

Palavras-chave: Direito Romano; Interpretação; Linguística; Política; Regra.

ABSTRACT

Roman law was a unique experience, a model for many other historical experiences. It has proposed the composition of the possible balance (accept) to the various instances which are at the basis of social discipline. Romans did not invent the law as an instrument of social regulation, but they expect that their experts were exposed to a daily social verification in order to recognized their effectiveness. The law was seen as the result that

¹ Professor Titular da Universidade de Catânia. Sicília - Itália. *E-mail:* <acorbino@lex.unict.it>. Texto recebido em 20.03.2009.

a specialist knows how to extract from a rule: the application meaning that it contains; rule does not order human activities but its significance does. The law was a fact of policy relevance of the rules, which are mainly custom. They are not eternal truths, but only universal, always surmountable and retreading. Historical study leads to reflections on how worrisome is the distance that our time seems to keep from the Romans' cultural view about the legal phenomenon and the perception of the right's potential capacity to rule the social complexity.

Keywords: Interpretation; Linguistic; Politics; Roman Law; Rule.

1. Uma ideia muito divulgada – e sobre a qual, recentemente, também chamou atenção o título de um elegante e apreciado volume de *Aldo Schiavone* – é aquela segundo a qual os romanos teriam “inventado” o direito, no sentido de que eles teriam, em primeiro lugar, dado corpo a uma ideia de direito como fruto de um saber específico, cientificamente cultivado. A existência de uma *scientia iuris* teria diferenciado a experiência romana de qualquer outra, fundando as sortes do seu direito na história.

Essa avaliação historiográfica capta com certeza um dos aspectos centrais da visão romana do direito, mas, merece, segundo minha humilde opinião, algumas ponderações.

As razões pelas quais o direito romano configurou-se como experiência única, propondo-se como modelo para muitas outras específicas experiências históricas que nele se inspiraram – mais ou menos explicitamente – não podem se restringir ao simples fato dele ter sido objeto de uma elaboração confiada a uma classe de especialistas.

2. Certamente, não há dúvida de que os romanos tiveram sempre uma elevada consciência (maior do que se possa verificar em outros lugares) da irredutibilidade do direito à regra e da importância autônoma que assume, portanto, o seu significado (mais que sua ordem) para o fim da disciplina dos fatos.

Isso é provado pela terminologia adotada. Regras e direito são fatos indicados com expressões linguísticas que não coincidem. Ao passo que as regras representam – dependendo das suas respectivas modalidades de constituição – o que os romanos denominam *leges* e *mores*, o direito é expresso por um sinal linguístico diferente. Este é *ius*, “outro”, portanto, em relação às regras vigentes. Obviamente, trata-se de um “outro” que intimamente depende daquelas, mas que, todavia, com aquelas não coincide ou, pelo menos, não coincide necessariamente.

Uma significativa circunstância nos informa acerca disso.

Com *ius*, os romanos não indicam tão somente o “direito”, mas também o “caldo”. Lembram-nos diretamente disso *Catão* e *Apício*. Ressaltam-nos isso *Plauto* e *Cicerone*, por meio de suas ironias sobre o tema. Para o comediógrafo, as juras dos amantes são *ius confusucium*, um caldo de elementos espertamente mesclados para deixá-los irreconhecíveis e, portanto, não invocáveis. Para o orador, que se referia aos abusos do governador na administração da justiça na Sicília, do edito de Verre descendia *ius verrinum*, “direito de Verre”, justamente, mas também, “caldo de porco” (consequentemente, um alimento não propriamente refinado), segundo o significado concorrente que a expressão pode se revestir.

Essa identidade de expressão não deve causar estranheza.

O caldo é resultado, como é bem sabido, de uma operação culinária de extração de um líquido de uma substância (uma carne ou um vegetal), que se realiza por meio de uma especial atividade técnica: o cozimento dela por modalidades que permitem precisamente a produção de um “caldo”, do líquido que permanece. A sua qualidade pode ser refinada ou grosseira, dependendo da qualidade da substância tratada, mas também da habilidade do cozinheiro.

O direito é também fruto de uma operação prática parecida (ou seja, voltada ao alcance de um resultado específico, concretamente útil). É o resultado, da mesma forma, de uma atividade de extração: desta vez, exercida partindo de uma realidade conceitual (a regra existente), com uma técnica também conceitual, voltada a dela extrair seu significado utilizável.

Ius pode bem indicar, portanto, o fruto de duas operações idênticas, mesmo que diferentes sob a ótica do objeto ao qual estão voltadas e do resultado que elas geram. Como o caldo é aquilo que o cozinheiro, utilizando sua habilidade, sabe extrair de uma carne ou de um vegetal, assim o direito é o resultado que um especialista (por meio de sua habilidade adquirida) sabe retirar de uma regra: o significado aplicativo que ela contém.

3. O que ainda deve ser ressaltado não é somente esse peculiar fato linguístico.

Segundo nossa visão, deve-se de fato revelar o papel absolutamente preeminente reconhecido pelos romanos – na disciplina dos fatos e das atividades humanas – ao *ius*, comparado às regras que permitem a produção dele. Seu ordenamento é constituído pelo *ius civile*, não pelas *leges* e pelos *mores* da cidade; sua referência é feita ao “*ius*” *praetorium*,

não ao *edictum* do pretor; é ainda ao “*ius*” *gentium*, não às *leges* e aos *mores* vigentes nas populações civis. A atividade ordenadora do magistrado é “*iuris*” *dictio*, não *regularum* “*dictio*”. E assim por diante.

Na visão dos romanos, portanto, não é a regra que disciplina as atividades humanas, mas o seu significado. Em primeiro plano não estão, portanto, *leges*, *mores* e outros atos reguladores aos quais foi eventualmente atribuída, ao longo do tempo, igual função normativa, mas está o *ius*. O que os romanos utilizam não são diretamente aqueles atos reguladores. O que eles utilizam são – como ressalta *Gaio* – os “*iura*” *populi Romani*.²

Diferentemente dos outros, os romanos (como a linguagem adotada evidencia) viram no “direito” um fato de relevância “política” significativa (no sentido do interesse da *polis*) das “regras”. Isso não significa que o tenham “inventado”. A percepção da não consciência entre regra e seu significado é um dado de experiência geral: onde existem regras, existem intérpretes delas; onde se deve aplicar uma regra, é necessário que se realize a atividade interpretativa que dá concreta possibilidade de se fazer referência a ela. Eles se preocuparam, porém, em regulá-lo (isso sim, com maior atenção do que em outros lugares).

E, todavia, não perceberíamos completamente o sentido de sua experiência, se nos limitássemos a esse dado puramente exterior.

Importante, decisivo, pelo fato de ser representativo de sua visão, não foi o fato de ter dado evidência ao direito e de tê-lo regulado, mas sim a maneira como aquela evidência foi dada (a linguagem utilizada) e a maneira como ele foi regulado.

Ter utilizado – com o conjunto de fatores evocativos que ela contém – a expressão “*ius*” permitiu, de fato, aos romanos fixar uma ideia de “direito” não puramente formal. Assim, como as modalidades pelas quais eles disciplinaram produção e aplicação, condicionaram, por sua vez, os conteúdos substanciais do seu direito, orientando-os para uma direção que teria justificado a especial relevância histórica que ele teria assumido sucessivamente.

4. O ter visualizado no “direito” uma operação técnica assimilável (e, portanto, descritível com o mesmo sinal linguístico) àquela que exerce

² Gai. 1.2: *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium.*

o cozinheiro quando prepara o caldo, não é um fato isento de importantes indicações.

Primeiramente: entre regra e direito há uma relação necessária (como entre substância, carne e vegetal e caldo; sem a primeira não poderia existir a segunda, como aconteceria se quiséssemos extrair caldo de ossos). Não pode haver direito se não houver regra que o contenha. Portanto, sem uma “indicação política” (assim é sempre, de fato, a regra da qual se pode extrair direito: um elemento fundamental, que é o conjunto de legitimação da atividade normativa, e de “limite”, dentro do qual ela deve ser contida), a enunciação de um critério de ordem não poderia ter força de “direito”.

Sucessivamente: não pode haver bom “direito” se a operação não for confiada a um especialista. Como é o “cozinheiro” (um especialista, assim definido pela habilidade adquirida) que dá prestígio ao caldo, assim é o “jurista” (*iurisperitus*, o especialista que elabora a regra) que dá prestígio ao “direito”. Qualquer sujeito pode atribuir significado a uma regra, assim como qualquer um poderia se arriscar na cozinha. Mas, somente o *expert* dará ao significado que ele extrairá da regra valor de “direito”. Ele não fará disso um “caldo”, um “*ius*” qualquer, mas um resultado de prestígio. Portanto: da mesma forma que a “regra” é essencial, assim é essencial, para a produção do direito, o “intérprete”. Como a cidade deve dar atenção à criação da regra (que é efetivamente tarefa coletiva), assim ela deve dar igualmente atenção a sua interpretação, à atribuição à regra do significado que constitui o pressuposto aplicativo indispensável dela.

Não é portanto a “forma” que vale. Não basta a consciência da diversidade do direito comparado com a regra. É preciso muito mais. É preciso – partindo daquela consciência – preocupar-se em fazer com que os que extraem “direito” das regras sejam os capazes de atribuir a ele uma função prática, útil, de prestígio.

É por isso que os romanos não se preocuparam somente em regular a atividade interpretativa, confiando-a a intérpretes treinados, ou intérpretes profissionais (como sempre foram, certamente, para eles os “juristas”, assim reconhecidos pela coletividade). Isto aconteceu – e ainda acontece, em certa medida – em outras experiências (basta pensar no papel dos mandarins na China ou no das castas sacerdotais hebraicas ou islâmicas; como também se pode pensar na relevância atribuída à interpretação das cortes supremas judiciárias dos países modernos e aos vínculos que delas derivam).

A visão dos romanos nos explica as razões pelas quais eles sempre classificaram os “juristas” não como *experts*, reconhecidos em função de seu saber “isolado” do mundo e do tempo, mas como *experts* de um saber fundado na experiência do mundo e do tempo.

Os “juristas” foram para os romanos os que se revelaram “*experts*” – porque dedicados com sucesso à boa prática – das coisas divinas e humanas.³

Era-se “jurista” pelo fato de ser “outro”: sacerdote (*expert* nas práticas religiosas necessárias para manter constante a benevolência dos deuses sobre a cidade), mas também pessoas de reconhecida sabedoria, porque acostumadas ao exercício (ao lado das sacerdotais) também das funções políticas. O sacerdote romano não era – como eficazmente escreveu *Schulz* – “homem de Deus”. Ele era pessoa de alto escalão social. Tinha acesso aos sacerdócios quem tinha uma posição econômica (alcançada, com o sucesso militar e social, pelos próprios ascendentes) que lhe permitia o desenvolvimento de atividades públicas e quem prestasse também serviços meritórios à cidade, em tempos de paz e de guerra. Tornava-se sacerdote, via de regra, após ter sido magistrado (revestindo-se, aliás, ao mesmo tempo, com as duas funções).

Esse pressuposto substancial necessário para ser considerado jurista (e para que, conseqüentemente, a relativa atividade interpretativa pudesse ser considerada produtiva de “direito”) conservou-se para sempre. Mesmo quando não se demonstrou mais indispensável, como antes, a concorrente qualidade sacerdotal.

O jurista pôde se tornar, conseqüentemente, um “laico”. Todavia, somente se gozasse do reconhecimento público de sua reconhecida competência em matéria de relações humanas.

O jurista – como escrito por *Bretone* – não dedicava todo seu tempo ao direito. O jurista era um cidadão considerado um conhecedor de um setor do saber e da vida social, pois estava socialmente qualificado pelas suas atividades públicas progressas.

O sinal distintivo do jurista era o ser “*consultus*”, ter a própria residência frequentada por aqueles que a ele se voltavam livremente para dele receberem conselho desinteressado (por isso, gratuito). E eram *consulti* os que se destacavam no exercício de cargos públicos, que davam prova de seu saber fazer.

O direito é ciência prática. Disciplina as atividades dos homens. Deve dar indicações que garantam o seu sucesso ou, pelo menos, uma regulamentação aceita (em relação aos objetivos: sejam eles relações pessoais e familiares satisfatórias, relações econômicas equilibradas,

³ D. 1.1.10.2 (Ulp. 1 *reg.*): *Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.*

relações de negócios reciprocamente úteis). Portanto, uma eficaz identificação dela pode advir somente de quem soube se destacar (pelo apreço geral alcançado) no difícil exercício das funções públicas.

Essa é uma característica que nunca deixará de existir.

Não há época – na experiência romana – na qual a qualidade de “jurista” não tenha dependido de uma legitimação “política” (quero dizer, expressa pela coletividade diretamente ou por meio dos mesmos órgãos do governo). Historicamente, várias foram as modalidades dessa legitimação (não excluindo a atribuição de relevância exclusiva do pensamento de somente alguns juristas entre todos, até a indução de fragmentos selecionados dele em coletâneas públicas oficiais). Mas, era constante a necessidade de que essa legitimação existisse para que se pudesse atribuir valor de “direito” ao resultado da atividade interpretativa das regras vigentes.

Mesmo quando os acontecimentos políticos impedirem a obtenção de indicadores de sucesso, como aqueles do tempo antigo (e obrigarem, portanto, a dar um peso sempre mais relevante ao juízo expresso sobre a competência pelos próprios competentes), o jurista nunca será reconhecido pelos romanos, se a sua competência (ao menos também) não for reconhecida publicamente. Ele sempre será o “cozinheiro” das habilidades “conhecidas” e não aquele das habilidades “afirmadas”.

5. Não estão em discussão o fato dos romanos terem percebido – ao longo de toda a sua experiência – uma relevância autônoma do “direito” (além das regras que o fundam) e a necessidade, portanto, de uma atenção institucional particular (distinta daquela reservada à produção das regras) aos modos de elaborá-lo.

Assim como não é discutível a especial qualidade que à *scientia iuris* souberam assegurar os instrumentos utilizados e os métodos praticados pelos seus seguidores. Está sob os olhos de todos a atenção com a qual os juristas romanos construíram, ao longo do tempo, um refinado vocabulário técnico (de palavras e conceitos); promoveram e cultivaram uma metodologia (a casuística) particularmente orientada ao favorecimento (pela atenção aos particulares que ela comporta) de uma satisfatória solução das questões abordadas; elaboraram um horizonte temporal de referência (com sua atenção à tradição) capaz de assegurar uma grande estabilidade às soluções adotadas. Todas essas circunstâncias permitiram (aos romanos) tornar verificáveis (e, portanto, eleváveis à dignidade científica) os processos interpretativos propostos.

Seria, em suma, absurdo não reconhecer a especial importância atribuída por eles ao “direito”.

Mas isso não autoriza – como eu dizia – afirmar que o “direito” tenha sido uma invenção dos romanos. Muito menos, deve desviar nossa atenção do que foi o verdadeiro *proprium* de sua experiência.

6. O que tornou o direito dos romanos um fato singular não foi a concepção de sabedoria, que está na base de sua criação. Um fato que permanece, afinal, exterior e comum, de certa forma também a outras experiências.

O direito dos romanos se propõe como uma expressão histórica especial, por uma série de razões de ordem mais substancial, que vão além dos modos de sua construção e elaboração científica.

A essência é definida por dois pontos. Por um lado, os fundamentos substanciais sobre os quais os romanos consideraram que o direito deveria se reger, com a conseqüente universalidade derivada de grande parte dos princípios que o inspiraram. De outro lado, o posicionamento da concreta experiência do direito (a prática que dele se tinha) no interior de um circuito no qual assumia relevo central – tanto com a finalidade de sua individualização, como com a finalidade de sua concreta aplicação –, a busca de um constante equilíbrio entre fatores sociais de inspiração, fatores políticos constitutivos e fatores técnicos formadores.

Nada está, em outras palavras, mais distante da visão romana do direito que a doutrina pura.

O direito romano é fruto de uma visão não constituída por neutralidades, mas sim por precisas e avaliáveis orientações. Como *hominum causa constitutum*⁴, ele deve ser expressão dos valores gerais que estão na base da vida da comunidade cidadã (deve ser, portanto, elaborado, como lembramos, por pessoas que souberam demonstrar-se atuantes, eficazes e apreciadas por aqueles valores), porém, deve ser capaz, também, de se renovar continuamente, para ser constantemente capaz de demonstrar a disciplina mais adequada à situação a ser regulada.⁵

7. Começemos pelo primeiro aspecto (fatores sociais de inspiração).

⁴ D. 1.5.2 (Herm. 1 *iuris epit.*): *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris, ordinem edicti perpetui secuti et his proximos atque coniunctos applicantes titulos ut res patitur, dicemus.*

⁵ D. 1.2.2.13 (Pomp. *lib.sing. enchir.*): *Post originem iuris et processum cognitum consequens est, ut de magistratuum nominibus et origine cognoscamus, quia, ut exposuimus, per eos qui iuri dicundo praesunt effectus rei accipitur: quantum est enim ius in civitate esse, nisi sint, qui iura regere possint? post hoc dein de auctorum successione dicemus, quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci.*

O direito é a expressão de regras que são sobretudo de costume. Ele nasce portanto (primeiramente e na forma mais extensa possível) dos *mores*, circunstância que lhe assegura um natural e espontâneo consenso difundido. É a expressão do pensamento “social” praticado; não é a expressão do pensamento dos atuais “governantes” da comunidade política (que, na realidade, dele recebem limites).

Vários princípios constitutivos originaram-se dos *moribus*, como a *patria potestas*, a exclusão de mulheres e escravos da *civilia officia*, a exclusão de determinadas coisas do *commercium*, as limitações de capacidade impostas ao *prodigus* e ao *furiosus*. É *more civitatis* condenar por mau exercício da tutela. Mas é, na verdade, o inteiro complexo da disciplina das relações pessoais econômicas e privadas que se formou *moribus* no tempo.

O apelo à *leges* (regras introduzidas ou adotadas por vontade da parte, que é também uma maioria da assembleia) é um fato que permaneceu – por muitos séculos – excepcional. Não somente quando elas ainda eram deliberações da assembleia (como, efetivamente, as *leges* dos comícios), mas até quando elas se tornaram a expressão direta da vontade da autoridade de governo (como quando se identificaram nas *constitutiones* dos *principes*, ou seja, na manifestação direta da sua vontade normativa).

Em muitas matérias (particularmente nas de interesse privado), os *mores* continuaram, ainda no principado, sendo a principal e mais extensa fonte de direito. As *constitutiones* intervêm frequentemente para circunscrever e para orientar o significado, mas raramente estabelecem diretamente a regra.

Quando isso acontece, a circunstância é explicitamente destacada pela jurisprudência.

É por isso que o direito poderá parecer aos romanos – expressão do *bonum* e do *aequum*.⁶ – segundo uma formulação que não por acaso reflete um pensamento já visto em *Cicerone*, que retorna exaltada em *Celso* e *Ulpiano* e que podemos reencontrar em primeiro plano ainda com *Justiniano*, que até mesmo a coloca no início de seus *Digesta*.

Não ficarei aqui percorrendo todas as leituras dessa conhecidíssima definição (à qual dedicaram sua atenção romanistas de todos os tempos

⁶ D. 1.1.1pr. (Ulp. 1 *inst.*): *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi.*

e latitudes e, recentemente, prestigiados estudos, dentre os quais, de *Wolfgang Waldstein, Pietro Cerami, Filippo Gallo, Pasquale Voci*). Não teríamos o tempo e nem seria, acredito, útil.

Limitar-me-ei a observar o evidenciado recentemente também por *Filippo Gallo*. O *bonum* e o *aequum* – ainda que formulados em abstrato, aliás, pelo fato de serem formulados em abstrato – pareciam, aos que os evocavam, valores indicáveis na sua totalidade, portanto para a universalidade de seu conteúdo. “O binômio – nos dizeres de Gallo – exprime o fim perseguido pelo homem com o complexo das atividades nas quais se exerce a específica *ars* dita *ius*, fim que consiste na concreta atuação do *bonum et aequum* nas relações que se dão na convivência humana”. Isso, portanto, só pode ser concebido com atenção a um conteúdo idôneo. Não é verdade que o direito possa ter qualquer conteúdo. Ele deve se direcionar ao que parece no geral “*bonum*” (deve estar conforme ao que merece reconhecimento geral) e “*aequum*” (expressão de uma avaliação que parece indiscutível, por ser similar àquela que revela a correspondência observada em uma paisagem, quando os dois pesos se equilibram).

O direito – observa Gallo (é esse o sentido da definição de Celso) – não poderia ser representado por comportamentos contrários ao sentimento comum, como o extermínio de um povo ou a supressão das recém-nascidas dadas à luz após a primeira; nem poderia justificar comportamentos absurdos, como construir casas sem fundações ou sem janelas, ou a imposição de manter o guarda-chuva fechado quando chove e aberto quando não chove. É a lei, portanto – escreve o autor – que deve se subordinar ao direito. Não ele à lei.

E sabemos, por outro lado, sem apelar aos sistemas superiores e aos direitos humanos, como os romanos sempre destacaram a concreta atenção que o jurista deve prestar (nas pequenas coisas antes que nas grandes), ao *bonum* e ao *aequum*.

Seriam, assim, contrárias ao *bonum*, por exemplo, a pretensão de conduzir água de uma *fons* não *perennis* ou mesmo de águas perenes mas submersas, tais que não possam *defluere extra terram*, ou a adoção de regulamentos das águas entre vizinhos que pressuponham um fluxo em subida ou uma disciplina dos acordos que pressuponham qualidade da coisa (que forma o seu objeto) diferente das próprias (como a sua utilidade ou indivisibilidade). E, seriam contrárias ao *aequum*, soluções jurídicas que imponham ônus desnecessários (como uma forma para a conclusão de uma compra e venda ou de uma locação, quando não necessária) ou que não considerem todas as possíveis ocorrências, como quando – devendo-se considerar as cautelas que devem ser mantidas em favor de um nascituro

acerca da herança paterna – se avaliasse a situação sem considerar o fato de que o parto em gestação poderia ter se revelado múltiplo, ou não se considerasse que ele poderia ter sido (segundo a experiência da época) não somente gemelar, mas também plurigemelar, e, todavia, não além de certo limite (que para os romanos era de três nascimentos).

A formulação de *Celso* não era, em suma, uma pura “*Leerformel*”. Tinha um transparente conteúdo de preceito substancial.

Um esclarecimento é, na minha visão, ainda necessário (pelo fato de ser particularmente indicativo da visão romana das coisas).

O *bonum* e o *aequum* de *Cicerone*, *Celso* e *Ulpiano* não tinham o mesmo conteúdo concreto que teriam tido para Justiniano, segundo o qual, o direito não deve perseguir (o primado pertence, de fato, ao *ius naturale*; aos *naturalia iura*, são para ele destinados a ser *firma atque immutabilia*) somente o que tem significado de bom, mas o que esse significado possui de “sempre”.⁷

Ao passo que para o imperador cristão os valores de referência devem ser universais também no tempo (assim devem ser sempre), para os romanos das épocas anteriores (aquelas nas quais sua visão do direito nasceu e se difundiu), a universalidade dos valores aos quais o direito deve se conformar é uma universalidade “histórica”, relativa. Ela se constitui pela correspondência necessária do direito com o sentimento comum (dos homens, não dos romanos) do tempo no qual ele encontra sua forma de expressão.

O direito – por ser universal (e, portanto, aceitável por todos aos quais se propõe como critério de disciplina das relações que os alcançam) – deve ser (obviamente, de forma tendenciosa: deve, em suma, visar a esse objetivo) a expressão de valores aceitáveis pela generalidade. Não de um específico – e circunscrito – conjunto (os governantes do momento ou a ocasional maioria de uma assembleia).

⁷ D. 1.1.11 (Paul. 14 *ad Sab.*): *Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale. altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile. nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium. praetor quoque ius reddere dicitur etiam cum inique decernit, relatione scilicet facta non ad id quod ita praetor fecit, sed ad illud quod praetorem facere convenit. alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur, appellatione collata ab eo quod fit in eo ubi fit. quem locum determinare hoc modo possumus: ubicumque praetor salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur.*

O direito dos romanos não propõe a verdade eterna (geral, portanto, ao longo do tempo), mas somente a universal (geral, portanto somente no espaço e, conseqüentemente, de acordo com os pontos de vista observáveis no tempo e, então, sempre superável e reformável).

É somente por isso que nele poderão encontrar expressão o direito de condenar à morte as filhas recém-nascidas sucessivas à primeira e a proibição depois de o fazer, a áspera severidade antiga da *patria potestas* e seu sucessivo dever que consiste *in pietate* e não *in atrocitate*, a proibição do divórcio (sem justificativa) e a sua ilimitada liberdade, a necessidade da *mancipatio* para transferir as *res pretiosiores* e a aptidão da *traditio* para o fim, a possibilidade de usucapir as servidões e a proibição de o fazer sucessivamente, a necessidade de concordar a *lex vendendi* na penhora e sua natural inclusão no acordo constitutivo do direito sucessivamente. E assim por diante.

É somente em razão dessa visão “histórica” do *bonum* e do *æquum* (e assim do direito) que os romanos puderam aceitar com tranquilidade também a escravidão em seu ordenamento (em respeito justamente à universal – que não significa unânime – convicção de sua justificação, que se teve em todos os tempos de sua experiência: desde a mais antiga até a de Justiniano).

A ditar ou modificar o direito não servirão, portanto, na visão romana, as leis (que poderão fazê-lo somente excepcionalmente), mas a mudança nas convicções difundidas, que as destituirá de fundamento substancial e imporá a revisão das formas.

Há – nesse modo de entender o direito – uma indicação para os governantes, cuja importância é extraordinária, entendida no sentido de desmotivar qualquer visão ideológica dele.

Dizer que o direito é atividade técnica (*ars*) que visa a dar atenção ao *bonum et æquum* nas relações *humans* indica, em sua simplicidade e abstração, duas diretrizes para a criação do direito (historicidade dos valores de referência e necessidade, todavia, de uma percepção deles como gerais), que – se observadas – garantem uma solidez política extraordinária: colocam-no em constante e necessária relação com as expectativas de imparcialidade e de afastamento das prepotências que em todas as sociedades a ele se voltam.

Disso advém um critério de orientação para os políticos (que o fundam, determinando de quais regras esse deva ser deduzido) e para os técnicos (que o elaboram, dando-lhe concreta expressão de atuação), que conecta suas atividades e condiciona seus conteúdos relativos.

8. Vamos aos fatores políticos fundamentais.

O direito é conteúdo normativo contido em um ato político, que pode ser a expressão de espontâneas avaliações genéricas (*mores*), mas pode ser também a expressão de uma vontade qualificada (a de um órgão, ou seja, da coletividade à qual ela tenha atribuído autoridade para emanar enunciados com valor vinculante genérico e denominados assim *leges*).

Quando o ato fundamental é formal (*lex*), é essa característica que dá corpo ao direito (são relevantes quem o emana e os procedimentos a serem observados). Quando ele é, ao contrário, sem forma (como acontece com os *mores*), surgem delicados problemas de individuação (quando uma prática é *mos* com valor vinculante e quando ela é, ao contrário, somente manifestação de um costume lícito, a cuja eventual falta de conformidade, a coletividade resta indiferente?). Mas fica o fato que somente aqueles comportamentos que estão definidos por elementos que permitem considerá-los *mores* da coletividade são fundamentais de “direito”.

Não há dúvida de que as regras vigentes em certo tempo e em certo espaço assim o sejam (na ótica romana), porque fundadas em uma determinação coletiva (direta: *mores* ou delegada: *leges*) da comunidade que a elas adere.

E todavia, não há dúvida igualmente, sobre a diferente relevância que os dois possíveis modos de adoção das regras possuem em relação a sua capacidade de expressar a adequação das regras com o sentimento comum. Certamente, mais alta será quando achar fundamento nos *mores*.

Dando prioridade aos *mores* sobre as *leges*, os romanos não demonstraram somente a vontade de buscar um direito que fosse, o mais possível, expressão dos valores coletivos compartilhados. Consideraram também outro elemento. Demonstraram perceber a importância que uma flexível formulação das regras pode ter para sua atuação mais adequada à necessidade do tempo.

Os *mores* praticados constituem comportamentos inspirados por regras em constante evolução. As *leges* são enunciados enrijecidos em formas fixadas no tempo. Quando é *moribus constitutum*, o direito é, portanto, necessariamente também correspondente a uma avaliação positiva atual. Quando é *legibus*, o é assim no tempo da adoção daquelas. Pode ser ainda, mas pode também não ser em um tempo sucessivo. É por isso, acredito, que os romanos consideraram que o fundamento político

do direito não possa ser somente (nem predominantemente) enunciado formal de eterna duração (no sentido de temporalmente indefinidos).

Daqui, algumas consequências.

A primeira, menos importante (mas não irrelevante): a especial cautela que merece a produção legislativa das regras. Não somente sob o aspecto dos procedimentos necessários (voltados à garantia do mais amplo consenso possível à decisão), mas, também, sob o aspecto dos conteúdos.

Na república, para ser votada, uma lei deveria parecer formulada com expressões apropriadas (portanto estudadas e então avaliadas pelos *experts*) que favorecessem sua futura e adequada aplicação.

Vários testemunhos, também muito antigos, nos relembram as discussões que precediam a votação das leis dos comícios, com a atenção que era particularmente prestada à inclusão específica nelas de particulares expressões. E também no império, para ser adotada, uma *constitutio principis* deveria passar pelo julgamento da chancelaria imperial (e assim dos juristas que nela operavam).

A segunda consequência, bem mais relevante, é a adoção de instrumentos normativos complementares, capazes de garantir a constante flexibilidade do sistema.

Se for verdade que a natural correspondência que, na visão romana, deve existir entre direito e convicções espontâneas faz do direito *moribus et legibus constitutum* um instrumento disciplinador das relações humanas vivido pelos que o observam não como uma imposição dos governantes, mas da cidade (que vale, portanto, para os primeiros não menos que para os indivíduos), também é verdade, porém, que o direito não é, por esse motivo, um instrumento subtraído aos poderes do governo.

A exigência de uma regra não determina, de fato, sua indefectível aplicação.

A autoridade invocada para lhe dar atuação poderá sempre desaplicá-la ou aplicá-la com alterações (o que – no direito privado – significará: *denegatio* da ação civil ou edito integrativo ou corretivo das regras civis).

Desde sempre e para sempre, em Roma é prerrogativa dos órgãos de governo avaliar a oportunidade da aplicação concreta do direito vigente. O *rex*, as magistraturas que herdaram suas funções e, sucessivamente, também o príncipe e seus funcionários (aos quais aquela autoridade é atribuída),

poderão de fato aplicar um direito diferente do direito vigente, em razão da *iusdictio* que demonstra seu cargo. Poderão fazê-lo, naturalmente, com uma intensidade e independência diferentes (em relação ao regime político vigente: os poderes de um governante único, investido de forma vitalícia e não exposto a controles e limites, como o *rex* e depois o *princeps*, são diferentes dos poderes dos magistrados expostos à *intercessio* – e não somente – de tribunos e colegas), mas o poderão fazer sempre. Na visão romana, o “direito” é um vínculo para os governantes, mas é isso também com concreta e flexível possibilidade de transparente adaptação às exigências do momento (e, assim, “politicamente” avaliável, ainda que nos limites gerais que o ordenamento de um certo tempo permite).

Nessas avaliações, ele se comportará de modo considerado politicamente irrepreensível, quando assim o fará em força do pensamento jurisprudencial corrente. Senão, correrá o risco de produzir, usando o jogo de palavras de *Cicerone*, “*ius verrinum*”.

Mas isso terá validade somente no plano político, de oportunidade, portanto.

Sob o ponto de vista do ordenamento, sua atividade permanecerá de *ius*. Não de um *ius* considerado como aquele *civile*; não eterno, mas ligado à duração do cargo; discutido e discutível. Mas, todavia, de *ius* legitimamente aplicado.

Como em matéria de fundamentos sociais inspiradores, assim como em matéria de fundamentos políticos (ou seja, dos fatores que legitimam a sua vigência), os romanos demonstravam, afinal, uma concepção do direito absolutamente peculiar, na qual – pela sua concreta determinação – eles reconheciam a uma pluralidade de elementos (*mores*, *leges*, mas também atos imediatos e diretos de governo) capazes de atentar para a complexidade das questões consideradas e para a utilidade de definir, portanto, soluções atentas a todas as instâncias necessárias (e não somente a algumas delas). O “direito” não é, em suma, somente expressão de uma técnica de sabedoria que o enucleia e o define por fatores constitutivos externos. Esse pode ter também um imediato fundamento político. É um instrumento (o principal) de governo social. Não se pode subtrair, portanto, das avaliações de oportunidade de quem governa. Delimita-o, mas não paralisa sua ação. O risco que se torna “*ius verrinum*” existe e deve ser prevenido ou, pelo menos, contido (limitando a ação do governo). Mas não justifica a criação de um ordenamento enrijecido em regras “bloqueadas”, ingeríveis ou inadequadas às circunstâncias.

9. E chegamos, afinal, aos fatores técnicos formadores.

Também sob esse ponto de vista, a experiência romana – parece por aquilo que já recordamos – caracteriza-se por uma visão à qual concorrem vários elementos.

O primeiro deles é certamente a natureza intelectual da atividade técnica que dá forma ao direito.

Trata-se de uma atividade que – como destacava *Celso* – deve ter caráter de *ars*, de uma conduta, em suma, que visa atender às necessidades humanas. Que deve, portanto, originar-se (como todas as *ars*) de uma observação atenta da realidade (que somente uma aplicação severa, um *studium*, permite) e que utilize instrumentos específicos (teóricos e práticos).

Para os romanos não é qualquer um que pode ser jurista. Ele deve possuir *scientia* (aquela *iuris*), de um saber que o distingue. Ele é necessariamente um sábio.

No entanto, a ciência que ele cultiva é uma ciência prática, que visa a atender às necessidades humanas. O que ela produz (o “direito”) deve estar ligado a pressupostos que permitam verificar sua utilidade. O produto da atividade do jurista (como o de qualquer outra *ars*) é constantemente exposto à avaliação de sua adequação técnica e de sua correspondência às expectativas coletivas.

Nada comparável com o produto de uma sabedoria fundada em razões transcendentais e indiscutíveis.

O direito dos “juristas” é sempre um direito que a autoridade do governo pode – em virtude dos próprios poderes constitucionais (*iurisdictio*) – desaplicar. Ele é, por outro lado, a expressão, em qualquer tempo, de uma *scientia* que detém vários cultores (mesmo quando eles são o limitado número de membros de um colégio sacerdotal), que está exposta à variabilidade e à controvérsia das opiniões e que se consolida somente pelo consenso que sobre estas se acumula. Sem que porém, por esse motivo, ela se torne imutável. Oito decisões conformes anteriores não impediram o colégio pontifício, em 201 a.C., de alterar o próprio aviso acerca do direito de se aplicar na presença de um *votum* pronunciado sem determinação de soma.

Naturalmente, outra foi (pelas dimensões que assumiu) a controvérsia do direito no tempo do monopólio sacerdotal da *scientia iuris*, e outra foi aquela que se desenvolveu no tempo em que – superado aquele monopólio – a *scientia iuris* teve um número aberto de cultores laicos. E assim diferentes foram as preocupações que derivaram e as

exigências que decorreram, em um primeiro momento, para contenção do excessivo proliferar de opiniões em campo e, sucessivamente, também de juristas, ou assim supostos.

Mas a convicção de uma natural e insuperável oponibilidade do direito nunca deixou de existir. Ainda, *Justiniano* sente o dever de colocar à disposição dos tribunais não “regras” constrictivas, mas “direito” justamente, opiniões de sábios não necessariamente convergentes (ainda que ora selecionadas e reconduzidas – mesmo com interpolações – a uma tendenciosa uniformidade de ramos inconcebível no passado).

A atividade formadora do direito é, em suma, sempre confiada pela cidade a uma classe de especialistas, mas a força do direito que eles produzem não é a autoridade (como é, ao contrário, do direito que advém dos magistrados, os quais impõem sua aplicação em virtude de seu *imperium*).

O direito dos juristas impõe-se pela sua autoridade. Não se sujeita às opiniões dos juristas por necessidade, mas por consenso (não de um só, obviamente, mas da coletividade em seu conjunto). É por isso que somente o direito elaborado pelos juristas se torna *ius civile*. O dos magistrados (dos governantes) permanece somente *ius honorarium* e sua duração não supera geralmente o prazo da magistratura que lhe dá concreta expressão. Os romanos não se cansaram nem na idade imperial dessa especial consideração do direito de produção jurisprudencial. Eles reconheceram às *constitutiones principum* valor de base análogo ao das antigas *leges* dos comícios, mas hesitaram em confundir com o tradicional, o direito que delas deriva (falaram a respeito como de algo distinto e distinguível: o *ius novum*).

A grande consideração política que o direito jurisprudencial recebe não traz ao jurista somente prestígio. O induz, também, a uma especial atenção à observância das próprias obrigações.

Em razão da importância atribuída às *opiniones* dos *prudentes*, o jurista romano sempre teve que se confrontar com um conjunto de consensos a serem conquistados. O sucesso do jurista estava ligado à aprovação que ele recebia da coletividade (ligada a sua concreta capacidade de dar expressão ao *bonum* e ao *aequum*), de seus governantes (expressa pela atenção deles, manifestada de várias formas a sua produção científica) e de seus pares (contemporâneos ou posteriores). Em suma, dependia da técnica da própria *ars* e, portanto, do compartilhamento das opiniões propostas (ou, pelo menos, da sua respeitabilidade).

A capacidade de estar atentas à complexidade dos problemas e às consequentes necessidades de prever múltiplas soluções foi – mesmo em matéria de fatores formadores – o valor da experiência romana do direito.

A tendenciosa preferência pela formação intelectual do direito não os impediu de enxergar os limites e os riscos. Eles incluíram, assim, a possibilidade de uma formação também por meio de canais concorrentes, mais evidentemente e imediatamente políticos (como os expressos pelos detentores da autoridade de governo), mas sem, por isso, perderem de vista – por outro lado – a necessidade de não provocar um oposto e negativo desbalanceamento das coisas.

10. Se, após essas reflexões, quiséssemos sintetizar em uma palavra o que caracterizou a visão romana do direito, não veria outra expressão possível que “equilíbrio”.

Os romanos fizeram um esforço constante para compor um equilíbrio possível (e, portanto, aceito) nas várias instâncias que estão na base da disciplina social dos fatos. Não por acaso, viram na *aequitas*, ou melhor, na busca dela, o valor no qual ancorar sua experiência (*Cicerone* falava em *ius civile* como de “*aequitas constituta*” e de *aequitas* como de algo que era “*iustitiae maxime propria*”).

Disso derivou, nos séculos, um “direito” que busca a “certeza” sem ser escravo dela, no qual *ius certum* e *ius controversum* podem, portanto, ter a mesma dignidade.

Um direito inspirado em valores universais e, conseqüentemente, tendenciosamente “inclusivo” (pode ser aplicado aos estrangeiros imigrantes, mas também aos estrangeiros que se mostrem interessados e que, portanto, espontaneamente se adequem a ele), mas não necessariamente assim (pode ser defendida, talvez, uma especificidade absoluta, que exclua qualquer aplicabilidade automática aos não romanos).

Um direito que deve ser aprovado na cotidiana ação de governo (que é constantemente solicitada a se rediscutir e se renovar). Um direito exposto a uma contínua verificação das razões que o justificam e que podem, por isso, assegurar-lhe consenso (sempre deve haver uma *ratio*: não é, portanto, direito o *privilegium*).

Os romanos, em suma, não inventaram o direito como instrumento de regulação social. Já existia antes deles. E existia em qualquer lugar, independentemente deles.

Também não pensaram no direito como fruto de uma atividade puramente intelectual à qual se sujeitar. Pelo contrário, não negaram

o papel decisivo dos sábios na sua criação. Mas eles quiseram que seus “sábios” fossem expostos a uma verificação social cotidiana, fossem assim reconhecidos pela sua capacidade de serem eficazes (no qual viram o único possível fundamento do consenso coletivo a sua atividade).

Comparados com os outros povos antigos, os romanos perceberam com mais lucidez a complexidade dos problemas para os quais o direito (como inevitável instrumento de regulação social) é chamado a dar solução. E, coerentemente, preocuparam-se em regular seu inteiro processo vital (desde sua criação, até sua aplicação, e os modos pelos quais poderiam assegurar-lhe o necessário consentimento social).

Assim fazendo, deixaram-se inspirar por uma lógica compreensiva e não seletiva. Virtuosa é – na visão dos romanos – a busca, na disciplina dos fatos (até onde for possível), da composição dos vários elementos presentes, com a conseqüente admissibilidade de hierarquias móveis e não absolutas de valores inspiradores.

Em virtude dessa visão das coisas, os romanos não somente afirmaram, mas também demonstraram o que significa visualizar na sociedade política um *cetus hominum iure sociatus* (mantido unido pelo direito, que fez dele um conjunto, não obstante as múltiplas diversidades que o compõem).

No plano dos conteúdos concretos que caracterizaram seus acontecimentos históricos, o dos romanos foi marcado (em matéria de relações privadas: o único pelo qual o problema concretamente se coloca e o único que conservou relevância no tempo) pela relativa neutralidade das soluções adotadas, comparada às concretas disposições de governo. Ele visou (dando-lhe forma de critério disciplinador: de *ius*, justamente), pelo menos inicialmente, ao ponto de vista dos homens (aos seus *mores*), não o dos seus governantes. E assim o fez (com a constante atenção voltada ao método casuístico) por meio de um estudo das exigências a serem satisfeitas, de modo extremamente atento e penetrante.

O que historicamente se sedimentou foi um direito de altíssima qualidade (pelo que pode ser uma construção humana). Seja em suas soluções certas ou em suas soluções controversas. Foi assim, naturalmente, com referência às exigências de um certo tempo e pôde continuar a sê-lo até quando o desenvolvimento das técnicas e as mudanças conseqüentes não demonstraram seus limites. Mas foi assim por muito tempo e com razão.

Hoje, certamente seria absurdo considerar que a disciplina social dos fatos possa ser ainda (mesmo em larga escala) aquela imaginada pelos romanos, que permanece inexoravelmente um acontecimento histórico

e relativo (como eles mesmos, por outro lado, como eu lembrava, o conceberam, considerando seu direito – não obstante a grande tradição que eventualmente o sustentasse – sempre exposto às necessárias revisões).

E, todavia, acredito ser preocupante, se me permitem uma observação pessoal, a distância que nosso tempo parece querer manter, não dos conteúdos (que me parece ser um fato aceitável), mas da visão cultural que os romanos tiveram do fenômeno jurídico e da consequente percepção da potencial capacidade do direito de governar a complexidade social.

A difusão observada em nossa época de visões ideológicas, que conduzem na direção de um direito expressão somente do dirigismo dos governos, propõe o risco de uma convivência política que pode assumir como critério ordinário regulador das relações sociais não a “mediação” (que pode ser favorecida pelo direito, por um certo modo de entender), mas a “força” (mesmo a legítima originada pela autoridade e expressa pelo direito que ela impõe).

É uma posição que o mundo antigo já experimentou na democracia igualitária (basta pensar na Grécia). Mas houve danos. E é uma posição que também o mundo contemporâneo experimentou (em especial modo, no século que há pouco se encerrou), nas visões negadoras da igualdade e da democracia. Com desastres ainda maiores.

O problema não são os valores que o inspiram. O problema é o dirigismo elevado a único critério de governo. É esse o aviso que nos passa a visão dos romanos. O verdadeiro *proprium*, segundo minha humilde opinião, de sua ideia de direito.

VERSÃO ORIGINAL

I ROMANI E IL DIRITTO. OVVERO: FONDAMENTI E FORME DEL DIRITTO NELLA CONCEZIONE ROMANA

Alessandro Corbino⁸

1. Una idea molto diffusa – e sulla quale ha recentemente richiamato l’attenzione anche il titolo di un elegante ed apprezzato volume di Aldo Schiavone – è quella secondo la quale i Romani avrebbero “inventato” il diritto. Nel senso che essi avrebbero per primi dato corpo ad un’idea di questo come il portato di un sapere specifico, scientificamente coltivato. La esistenza di una *scientia iuris* avrebbe distinto da ogni altra la esperienza romana, fondando le relative fortune del suo diritto nella storia.

Questa valutazione storiografica coglie certamente uno degli aspetti centrali della visione romana del diritto, ma merita, a mio sommo avviso, alcune precisazioni.

Le ragioni per le quali il diritto romano si è configurato come esperienza unica, proponendosi come modello per molte altre specifiche esperienze storiche, che ad esso si sono poi – più o meno esplicitamente – ispirate non possono circoscriversi al semplice fatto del suo essere stato oggetto di una elaborazione affidata ad un ceto di specialisti.

2. Certo, non vi è dubbio che i Romani abbiano avuto da sempre una elevatissima coscienza (più di quanto non si sia altrove verificato) della irriducibilità del diritto alla regola e del rilievo autonomo che assume dunque il significato di questa (più ancora che il suo dettato) ai fini della disciplina dei fatti.

Lo sottolinea, del resto, la terminologia adoperata. Regole e diritto sono fatti indicati con espressioni linguistiche non coincidenti. Mentre le prime costituiscono – in dipendenza delle loro rispettive modalità di costituzione – ciò che i Romani chiamano *leges* e *mores*, il diritto è espresso da un diverso segno linguistico. Esso è *ius*, “altro” dunque rispetto alle regole vigenti. Naturalmente si tratta di un “altro” che strettamente ne dipende, ma che tuttavia non vi coincide, o almeno non vi coincide necessariamente.

Ce ne rende edotti una curiosa, ma significativa circostanza.

⁸ Professore di Diritto Romano, Università Degli Studio di Catania.

Con *ius*, i Romani indicano non solo il “diritto”, ma anche il “brodo”. Ce lo ricordano direttamente Catone e Apicio. Ce lo sottolineano Plauto e Cicerone, con il loro ironizzare al riguardo. Per il commediografo, il giuramento degli amanti è *ius confusicium*, un brodo di elementi artatamente mescolati per renderli irriconoscibili, e dunque non invocabili. Per l’oratore, che stava facendo riferimento agli abusi del governatore nell’amministrazione della giustizia in Sicilia, dall’editto di Verre discendeva *ius verrinum*, “diritto di Verre” appunto, ma anche “brodo di maiale” (dunque un alimento non proprio prelibato), secondo il concorrente significato che l’espressione può avere.

Questa identità di espressione non deve meravigliare.

Il brodo è il frutto com’è noto di una operazione culinaria di estrazione di un liquido da una sostanza (una carne o un vegetale), che si realizza attraverso una speciale attività tecnica: la cottura di essa con modalità che ne consentono la produzione appunto di un “brodo”, del liquido che ne resta. E la cui qualità può essere sopraffina o grossolana, in dipendenza della qualità della sostanza trattata, ma anche della abilità del cuoco che la tratta.

Il diritto è anch’esso il frutto di una operazione pratica (rivolta cioè a conseguire uno specifico risultato concretamente utile) simile. È il risultato anch’esso di una attività estrattiva: questa volta operata muovendo da una realtà concettuale (la regola esistente), con una tecnica essa stessa concettuale, diretta a trarre da quella il suo significato utilizzabile.

Ius può bene indicare dunque il frutto di due operazioni identiche, ancorché diverse per l’oggetto al quale sono rivolte e per il risultato che da esse ne deriva. Come il brodo è ciò che il cuoco (mettendo a frutto la propria abilità) sa trarre da una carne o da un vegetale, così il diritto è il risultato che uno specialista (che vi dedichi la propria conseguita abilità) sa ricavare da una regola: il significato applicativo che essa contiene.

3. Ciò che va ancora sottolineato non è però solo questa singolare (ma significativa) vicenda linguistica.

Dal nostro punto di vista, deve infatti rilevarsi il ruolo assolutamente preminente attribuito dai Romani – nella disciplina dei fatti e delle attività umane – al *ius*, rispetto alle regole che ne permettono la produzione. Il loro ordinamento è costituito dal “*ius*” civile, non dalle *leges* e dai *mores* della città; il loro riferimento è al “*ius*” *praetorium*, non all’*edictum* del pretore; è, ancora, al “*ius*” *gentium*, non alle *leges* e ai *mores* vigenti presso i popoli civili. L’attività ordinante del magistrato è “*iuris*” *dictio*, non *regularum* “*dictio*”. E potremmo continuare.

Nella visione dei Romani, dunque, non è la regola ciò che disciplina le attività umane, ma è il significato di essa. In primo piano non stanno perciò *leges*, *mores* ed altri atti regolativi cui sia stata eventualmente attribuita nel tempo uguale funzione normativa, ma sta il *ius*. Ciò di cui i Romani si servono non sono direttamente quegli atti regolativi. Ciò di cui essi si giovano sono – come sottolinea Gaio – gli “*iura*” *populi Romani*.⁹

A differenza dunque di altri, i Romani (come il linguaggio adottato mostra con evidenza), hanno visto nel “diritto” un fatto di non minore rilievo “politico” (nel senso di interesse della *polis*) delle “regole”. Il che non significa che lo abbiano “inventato”. La percezione della non coincidenza tra regola e suo significato è un dato di esperienza generale: dovunque esistano regole, esistono interpreti di esse; dovunque debba applicarsi una regola è necessario che si compia l’attività interpretativa che dà concreta possibilità di fare ad essa riferimento. Essi si sono preoccupati piuttosto (questo sì con più attenzione che altrove) di regolarlo.

E tuttavia non percepiremmo fino in fondo il senso della loro esperienza se ci limitassimo a questo dato puramente esteriore.

Importante, decisivo, perché connotante della loro visione, è stato non il fatto di avere dato evidenza al diritto e di averlo regolato, ma il modo in cui quella evidenza è stata data (il linguaggio utilizzato) e il modo in cui esso è stato regolato.

L’aver utilizzato – con l’insieme di fattori evocativi che essa contiene – la espressione “*ius*” ha permesso infatti ai Romani di fissare una idea del “diritto” non puramente formale. Così come le modalità con le quali essi ne hanno disciplinato produzione e applicazione hanno, a loro volta, condizionato i contenuti sostanziali del loro diritto, orientandoli in una direzione che ne avrebbe giustificato lo speciale rilievo storico che esso avrebbe poi assunto.

4. L’aver visto nel “diritto” una operazione tecnica assimilabile (e perciò descrivibile con il medesimo segno linguistico) a quella che compie il cuoco quando realizza il brodo, non è un fatto privo di importanti indicazioni.

La prima: tra regola e diritto vi è una relazione necessaria (come tra sostanza, carne o vegetale, e brodo; senza la prima non può esservi il secondo: come accadrebbe se si volesse trarre brodo dalle ossa). Non

⁹ Gai. 1.2: *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium.*

può esservi diritto se non vi è una regola che lo contiene. Senza dunque una “indicazione politica” (tale è sempre infatti la regola dalla quale può ricavarsi diritto: un elemento fondativo che è insieme di legittimazione dell’attività normativa e di “confine” entro il quale essa deve essere contenuta) la enunciazione di un criterio d’ordine non potrebbe avere forza di “diritto”.

La seconda: non può esservi buon “diritto”, se l’operazione non è affidata ad uno specialista. Come è il “cuoco” (uno specialista, tale per la abilità conseguita) a dare pregio al brodo, così è il “giurista (*iurisperitus*, lo specialista che elabora la regola)” a dare pregio al “diritto”. Chiunque può attribuire significato ad una regola, così come chiunque potrebbe cimentarsi in cucina. Solo l’esperto darà però al significato che egli trarrà dalla regola valore di “diritto”. Ne farà non un “brodo”, un “*ius*”, qualsiasi, ma un risultato di pregio. Dunque: come è essenziale la “regola”, così è essenziale – per la produzione del diritto – l’ “interprete”. Come la città deve dare dunque attenzione alla creazione della regola (che è infatti compito collettivo), così essa deve dare parimenti attenzione alla sua interpretazione, alla attribuzione alla regola del significato che ne costituisce il presupposto applicativo indispensabile.

Non è allora la “forma” che conta. Non basta la coscienza della alterità del diritto rispetto alla regola. Occorre molto di più. Occorre – muovendo da quella coscienza – preoccuparsi di fare in modo che a trarre “diritto” dalle regole siano coloro che sono in grado di attribuire a questo una funzione pratica utile, di pregio.

Ecco perché i Romani non si sono preoccupati solo di regolare l’attività interpretativa affidandola ad interpreti esercitati, se si vuole ad interpreti professionali (quali certamente sono stati per loro in ogni tempo i “giuristi” accreditati come tali dalla collettività). Questo è accaduto del resto – e accade ancora, in una certa misura – anche in altre esperienze (si pensi al ruolo dei mandarini in Cina o a quello delle caste sacerdotali ebraiche o islamiche; ma si pensi anche al rilievo attribuito alla interpretazione delle corti giudiziarie supreme dei Paesi moderni e ai vincoli che ne conseguono).

La visione dei Romani ci spiega piuttosto le ragioni per le quali essi hanno individuato sempre i “giuristi” non come “esperti” riconosciuti tali in funzione di un sapere “isolato” dal mondo e dal tempo, ma di un sapere sostenuto piuttosto dalla esperienza del mondo e del tempo.

I “giuristi” sono stati per i Romani coloro che si erano rivelati “esperti” – perché dediti con successo alla buona pratica di esse – delle cose divine ed umane.¹⁰

Si era “giuristi” perché si era “altro”: sacerdote (esperto delle pratiche religiose necessarie per mantenere costante la benevolenza degli dei sulla città), ma anche persona di conclamata saggezza perché adusa all’esercizio (con quelle sacerdotali) anche di funzioni politiche. Il sacerdote romano non è – come ha efficacemente scritto Schulz – “uomo di Dio”. Egli è persona piuttosto di alto rango sociale. Accede ai sacerdozi chi ha una posizione economica (conseguita, con il successo militare e sociale, dai propri antenati) che gli permetta lo svolgimento di attività pubbliche ed ha reso anche meritori servizi alla città, in pace e in guerra. Si diviene di regola sacerdoti dopo essere stati magistrati (spesso rivestendo, anzi, contemporaneamente le due funzioni).

Questo presupposto sostanziale necessario per essere considerato giurista (e perché dunque la relativa attività interpretativa possa considerarsi produttiva di “diritto”) si conservò per sempre. Anche quando non sembrò più indispensabile come un tempo la concorrente qualità sacerdotale.

Giurista poté divenire perciò un “laico”. E tuttavia solo quando egli godesse del riconoscimento pubblico della sua sperimentata competenza in materia di relazioni umane.

Il giurista – come ha scritto Bretone – non dedica tutto il suo tempo al diritto. Il giurista è un cittadino che è considerato autorevole esperto di un settore del sapere e della vita sociale, perché è già socialmente autorevole, per le sue pregresse attività pubbliche.

Il segno distintivo del giurista è ora l’essere “*consultus*”, l’aver la propria casa frequentata da coloro che si rivolgono liberamente a lui per riceverne disinteressato (perciò gratuito) consiglio. E sono *consulti* coloro che si sono distinti nell’esercizio di cariche pubbliche, che hanno dato prova del loro saper fare.

Il diritto è scienza pratica. Disciplina le attività degli uomini. Deve dare indicazioni che ne assicurino il successo o almeno una regolamentazione accettata (in relazione agli obiettivi: siano questi soddisfacenti relazioni personali e familiari, equilibrati rapporti economici, relazioni di affare

¹⁰ D. 1.1.10.2 (Ulp. 1 reg.): *Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.*

reciprocamente utili). Una sua efficace individuazione può venire solo perciò da chi abbia saputo distinguersi (per l'apprezzamento generale conseguito) nel difficile esercizio di funzioni pubbliche.

È una cifra, questa, che non verrà mai meno.

Non vi è tempo – nella esperienza di Roma – nel quale la qualità di “giurista” non si sia fatta dipendere da una legittimazione “politica” (intendo dire espressa dalla collettività, direttamente o attraverso i propri organi di governo). Varie sono state storicamente le modalità di questa legittimazione (non esclusa, in ultimo, la attribuzione di rilevanza esclusiva del pensiero di alcuni giuristi soltanto fra tutti, fino alla sussunzione persino di frammenti selezionati di questo in raccolte pubbliche ufficiali). Ma costante la necessità che essa vi fosse perché potesse attribuirsi valore di “diritto” al risultato della attività interpretativa delle regole vigenti.

Anche quando le vicende politiche impediranno di continuare ad assumere indicatori di successo come quelli del tempo antico (e costringeranno perciò a dare un peso sempre più rilevante al giudizio sulla competenza espresso dai competenti medesimi), il giurista non sarà mai tale, tuttavia, per i Romani, se la sua non sarà una competenza (almeno anche) pubblicamente riconosciuta. Egli resterà per sempre il “cuoco” dalle abilità “note” e non quello dalle abilità “affermate”.

5. Che i Romani abbiano dunque percepito – per tutto l'arco della loro esperienza – una rilevanza in sé del “diritto” (oltre che delle regole che lo fondano) e la necessità perciò di una attenzione istituzionale particolare (distinta da quella riservata alla produzione delle regole) ai modi di elaborarlo non è discutibile.

Così come non è discutibile la speciale qualità che a questa *scientia iuris* hanno saputo assicurare gli strumenti utilizzati e i metodi praticati dai suoi cultori. Sono sotto gli occhi di tutti la cura con la quale i giuristi romani hanno: costruito nel tempo un raffinato vocabolario tecnico (di parole e di concetti); promosso e coltivato una metodologia (quella casistica) particolarmente orientata a favorire (per la attenzione ai particolari che essa comporta) una soddisfacente soluzione delle questioni affrontate; praticato un orizzonte temporale di riferimento (con la loro attenzione alla tradizione) in grado di assicurare una grande stabilità alle soluzioni adottate. Circostanze tutte che hanno permesso loro di rendere verificabili (ed elevabili perciò a dignità scientifica) i processi interpretativi proposti.

Sarebbe insensato non riconoscere insomma la speciale importanza da essi attribuita al “diritto”.

Ma questo né autorizza – come dicevo – a dire che il “diritto” sia stato una loro invenzione. Né, soprattutto, deve distogliere la nostra attenzione da ciò che è stato il vero *proprium* della loro esperienza.

6. A rendere il diritto dei Romani un fatto singolare non è stata la concezione sapienziale, che sta a fondamento della sua creazione. Un fatto che resta, tutto sommato, esteriore e comune comunque anche ad altre esperienze.

Il diritto dei Romani si propone come una espressione storica speciale per una serie di ragioni di ordine più sostanziale, che vanno oltre i modi della sua costruzione ed elaborazione scientifica.

A connotarne la essenza sono due cose.

Da un lato, i fondamenti sostanziali ai quali i Romani ritenevano che esso dovesse ancorarsi, con la conseguente universalità che ne è venuta a gran parte dei principi che lo ispirano.

Dall'altro, il situarsi della concreta esperienza di esso (la pratica che se ne aveva) all'interno di un circuito nel quale assumeva rilievo centrale – sia ai fini della sua individuazione, che a quelli della sua concreta applicazione – la ricerca di un costante equilibrio tra fattori sociali ispirativi, fattori politici fondativi e fattori tecnici formanti.

Nulla è, in altre parole, più lontano dalla visione romana del diritto della dottrina pura di questo.

Il diritto dei Romani è frutto di una visione fatta non di neutralità, ma di precisi e valutabili orientamenti. In quanto *hominum causa constitutum*¹¹, esso deve essere espressione dei valori generali che stanno a fondamento della vita della comunità cittadina (deve essere dunque elaborato, come abbiamo ricordato, da persone che di quei valori hanno saputo dimostrarsi attuatori efficaci ed apprezzati), ma deve potersi inoltre rinnovare anche continuamente, per potere essere costantemente in grado di apparire la disciplina più appropriata alla situazione da regolare.¹²

¹¹ D. 1.5.2 (Herm. 1 iuris epit.): *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris, ordinem edicti perpetui secuti et his proximos atque coniunctos applicantes titulos ut res patitur, dicemus.*

¹² D. 1.2.2.13 (Pomp. lib.sing. enchir.): *Post originem iuris et processum cognitum consequens est, ut de magistratum nominibus et origine cognoscamus, quia, ut exposuimus, per eos qui iuri dicundo praesunt effectus rei accipitur: quantum est enim ius in civitate esse, nisi sint, qui iura regere possint? post hoc dein de auctorum successione dicemus, quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci.*

7. Cominciamo dal primo aspetto (fattori sociali ispirativi).

Il diritto è la espressione di regole che sono innanzitutto di costume. Esso nasce perciò (in primo luogo e nel modo più esteso possibile) dai *mores*, circostanza che gli assicura un naturale e spontaneo consenso diffuso. È l'espressione del pensiero "sociale" praticato; non del pensiero degli attuali "governanti" della comunità politica (che da esso ricevono piuttosto limiti).

Hanno risalenza *moribus* vari principi fondanti, come la *patria potestas*, la esclusione di donne e schiavi dai *civilia officia*, la esclusione di determinate cose dal *commercium*, le limitazioni di capacità imposte al *prodigus* e al *furiosus*. È *more civitatis* condannare per cattivo esercizio della tutela. Ma è, in verità, l'intero complesso della disciplina delle relazioni personali economiche e private che si è formato *moribus* nel tempo.

Il ricorso a *leges* (a regole introdotte o adottate per volere di parte, quale è anche una maggioranza assembleare) è un fatto che resta – per moltissimi secoli – eccezionale. Non solo quando esse erano ancora deliberazioni assembleari (come appunto le *leges comitiales*), ma persino quando esse divennero l'espressione diretta della volontà dell'autorità di governo (come quando si identificarono nelle *constitutiones* dei *principes*, nella diretta manifestazione cioè della loro volontà normativa).

In moltissime materie (e in quelle in particolare di interesse dei privati) i *mores* continuano, ancora nel Principato, ad essere la fonte principale e più estesa di diritto. Le *constitutiones* intervengono variamente a circoscriverne e ad orientarne il significato, ma raramente pongono direttamente la regola.

Quando ciò accade, la circostanza è esplicitamente sottolineata dalla giurisprudenza.

È per questo che il diritto potrà apparire ai Romani – secondo una formulazione che non a caso riflette un pensiero che è già in Cicerone, che ritorna esaltata in Celso ed Ulpiano e che ritroviamo in primo piano ancora con Giustiniano, che la pone in esordio addirittura dei suoi *Digesta* – espressione del *bonum* e dell'*aequum*.¹³

Non starò qui a ripercorrere tutte le letture che sono state date di questa notissima definizione (alla quale hanno dedicato attenzione

¹³ **D. 1.1.1pr.** (Ulp. 1 inst.): *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi.*

romanisti di ogni tempo e latitudine e, di recente, pregevoli studi, tra gli altri, Wolfgang Waldstein, Pietro Cerami, Filippo Gallo, Pasquale Voci). Non ne avremmo il tempo. Né, in fondo, sarebbe credo utile.

Mi limiterò ad osservare quanto messo in luce di recente anche da Filippo Gallo. Il *bonum* e l'*aequum* – benché formulati in astratto, anzi proprio perché formulati in astratto – apparivano a coloro che li evocavano valori indicabili nella loro assolutezza, dunque per la universalità del loro contenuto. “Il binomio – ha scritto Gallo – esprime il fine perseguito dall’uomo con il complesso delle attività in cui si esplica la specifica *ars* detta *ius*, fine che consiste nella concreta attuazione del *bonum et aequum* nei rapporti che si determinano nella convivenza umana”. Il quale dunque non può essere concepito che con riguardo ad un contenuto idoneo. Non è vero che il diritto possa avere qualsiasi contenuto. Esso deve guardare a ciò che appare alla generalità “*bonum*” (deve essere dunque conforme a ciò che merita apprezzamento generale) ed “*aequum*” (espressione dunque di una valutazione che appare indiscutibile, perché simile a quella che rivela la corrispondenza che si osserva in una pesatura, quando i due pesi si bilanciano).

Il diritto – osserva Gallo (è questo il senso della definizione celsina) – né potrebbe consistere in comportamenti contrari al sentire comune, come lo sterminio di un popolo o la soppressione delle neonate partorite oltre la prima; né potrebbe giustificare comportamenti assurdi, come costruire case senza fondamenta o senza finestre, o imporre di tenere l’ombrello chiuso quando piove e aperto quando non piove. È la legge perciò – scrive l’autore – che deve subordinarsi al diritto. Non questo alla legge.

E sappiamo, del resto, anche senza scomodare i massimi sistemi e i diritti umani, come i Romani abbiano sempre sottolineato la concreta attenzione che il giurista deve (nelle piccole cose prima ancora che nelle grandi) portare al *bonum* e all'*aequum*.

Sarebbero così contrarie al *bonum*, ad esempio, la pretesa di condurre acqua da un *fons non perennis* o anche da acque perenni e tuttavia sommerse, e tali perciò da non potere *defluere extra terram* o la adozione di regolamenti delle acque tra vicini che ne presupponessero uno scorrimento in salita o una disciplina degli accordi che presupponesse qualità della cosa (che ne forma oggetto) diverse dalle sue proprie (come la sua consumabilità o indivisibilità). E sarebbero contrarie all'*aequum* soluzioni giuridiche che imponessero oneri non necessari (come una forma per la conclusione di una compravendita o di una locazione, quando dovunque questa non si richiede) o che non tenessero conto di tutte le

possibili evenienze (come quando – dovendosi considerare le cautele da assumere in favore di un nascituro circa la eredità paterna – si valutasse la situazione senza tenere conto del fatto che il parto in gestazione avrebbe potuto rivelarsi anche plurimo o non si tenesse conto che questo, avrebbe potuto (secondo almeno la esperienza che se ne aveva) essere non solo gemellare, ma anche plurigemellare e tuttavia non oltre un certo limite (che per i Romani era di tre possibili nati).

La formulazione celsina non era insomma una pura “Leerformel”. Aveva un trasparente contenuto precettivo sostanziale.

Una precisazione è tuttavia, a mio sommesso avviso, ancora necessaria (perché particolarmente indicativa della visione romana delle cose).

Il *bonum* e l'*aequum* di Cicerone, Celso e Ulpiano non avevano lo stesso concreto contenuto che essi avrebbero avuto per Giustiniano, per il quale il diritto non deve perseguire (il primato spetta infatti al *ius naturale*, ai *naturalia iura* sono per lui quelli destinati ad essere *firma atque immutabilia*) solo ciò che ha significato di buono ed equo, ma ciò che tale significato ha “sempre”.¹⁴

Mentre per l'imperatore cristiano i valori di riferimento devono essere universali anche nel tempo (devono esserlo sempre), per i Romani delle epoche precedenti (quelle nelle quali la loro visione del diritto è nata e si è diffusa), la universalità dei valori alla quale il diritto deve conformarsi è una universalità invece “storica”, relativa. Essa è costituita dalla necessaria consonanza del diritto con il sentire comune (degli uomini, non dei Romani) del tempo nel quale esso trova espressione.

Il diritto – per essere universale (e dunque accoglibile da tutti coloro ai quali si propone come criterio di disciplina delle relazioni che li riguardano) – deve essere (ovviamente, in senso tendenziale: deve insomma guardare a questo obiettivo) l'espressione di valori accettati dalla

¹⁴ D. 1.1.11 (Paul. 14 ad Sab.): *Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale. altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile. nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium. praetor quoque ius reddere dicitur etiam cum inique decernit, relatione scilicet facta non ad id quod ita praetor fecit, sed ad illud quod praetorem facere convenit. alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur, appellatione collata ab eo quod fit in eo ubi fit. quem locum determinare hoc modo possumus: ubicumque praetor salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur.*

generalità. Non di uno specifico – e circoscritto – insieme (i governanti del momento o l’occasionale maggioranza di una assemblea).

Il diritto dei Romani non propone il vero eterno (generale perciò nel tempo), ma solo quello universale (generale dunque solo nello spazio, e dunque secondo le vedute osservabili nel tempo, e perciò sempre superabile e riformabile).

È solo per questo che in esso potranno trovare espressione il diritto di mettere a morte le figlie neonate successive alla prima e il divieto poi di farlo, la aspra severità antica della *patria potestas* e il suo successivo dover consistere *in pietate* e non *in atrocitate*, il divieto di divorzio (senza giustificazione) e la illimitata libertà del medesimo, la necessità della *mancipatio* per trasferire le *res pretiosiores* e la sufficienza poi della *traditio* allo scopo, la possibilità di usucapire le servitù e il divieto di farlo poi, la necessità di pattuire la *lex vendendi* nel pegno e la sua naturale inclusione nell’accordo costitutivo del diritto poi. E via continuando.

Ed è solo in ragione di questa visione “storica” del *bonum* e dell’*aequum* (e quindi del diritto) che i Romani hanno potuto accettare tranquillamente anche la schiavitù nel loro ordinamento (in ossequio appunto alla universale – che non significa unanime – convinzione della giustificazione di essa, che se ne ebbe in ogni tempo della loro esperienza: da quella più antica alla giustiniana).

A dettare o modificare il diritto non varranno perciò, nella visione romana, le leggi (che lo potranno infatti solo eccezionalmente), ma il cambiamento delle convinzioni diffuse, che lo destituirà di fondamento sostanziale e ne imporrà la revisione delle forme.

Vi è – in questo modo di guardare al diritto – un’indicazione per i governanti di straordinaria importanza, intesa com’è a scoraggiare ogni visione ideologica di esso.

Dire che il diritto è l’attività tecnica (*ars*) tesa a dare attuazione al *bonum et aequum* nelle relazioni umane indica, nella sua semplicità ed astrattezza, due direttrici per la creazione del diritto (storicità dei valori di riferimento e necessità tuttavia di una loro percezione come generali), che – se osservate – ne assicurano una solidità politica straordinaria: lo pongono in necessaria costante consonanza con le attese di imparzialità e di argine alle prepotenze, che in ogni società ad esso si rivolgono.

Ne viene un criterio di orientamento per i politici (che lo fondano, determinando da quali regole esso debba dedursi) e per i tecnici (che lo

elaborano, dandogli concreta espressione attuativa), che ne lega l'attività e ne condiziona i relativi contenuti.

8. Veniamo ai fattori politici fondativi.

Il diritto è il contenuto normativo racchiuso in un atto politico. Questo può essere l'espressione di spontanee valutazioni generali (*mores*), ma può essere anche l'espressione di una volontà qualificata (quella di un organo cioè della collettività al quale questa abbia attribuito la potestà di emanare enunciati aventi valore vincolante generale, e denominati perciò *leges*).

Quando l'atto fondativo è formale (*lex*), è questa caratteristica che gli dà sostanza (contano chi lo emana e le procedure da osservarsi). Quando esso è invece aformale (come accade con i *mores*) si pongono delicati problemi di individuazione (quando una pratica è *mos* dal valore vincolante, e quando essa è invece manifestazione solo di un costume lecito, alla cui eventuale mancata conformazione la collettività resta indifferente?). Ma resta il fatto che solo quei comportamenti che appaiono connotati da elementi che ne permettono di farli considerare *mores* della collettività sono fondativi di "diritto".

Nessun dubbio dunque sul fatto che le regole vigenti in un certo tempo e in un certo spazio lo siano (nella visione romana) perché fondate su una determinazione collettiva (diretta: *mores*; o delegata: *leges*) della comunità che le adotta.

E tuttavia: nessun dubbio – parimenti – sulla diversa rilevanza che i due possibili modi di adozione delle regole rivestono in ordine alla loro capacità di esprimere la consonanza delle regole con il sentire comune. Sicuramente più alta quando essa trovi fondamento nei *mores*.

Dando prevalenza ai *mores* sulle *leges*, i Romani non hanno però mostrato solo di volere ricercare un diritto il più possibile espressione di valori collettivi condivisi. Hanno tenuto conto anche di un ulteriore elemento. Hanno mostrato di percepire la importanza che una flessibile formulazione delle regole può avere per una loro attuazione più aderente alle necessità del tempo.

I *mores* praticati costituiscono comportamenti ispirati da regole in costante evoluzione. Le *leges* sono enunciati irrigiditi in forme fissate nel tempo. Quando è *moribus constitutum*, il diritto è dunque necessariamente anche corrispondente ad una valutazione positiva attuale. Quando lo è *legibus* lo è nel tempo della adozione di esse. Può esserlo ancora, ma può anche non esserlo in un tempo successivo.

È per questo, credo, che i Romani hanno ritenuto che fondamento politico del diritto non possono essere solo (e nemmeno prevalentemente) enunciati formali, di eterna (nel senso di temporalmente indefinita) durata.

Da qui alcune conseguenze.

La prima, meno importante (ma non irrilevante): la speciale cautela che assiste la produzione legislativa delle regole. Non solo per le procedure richieste (rivolte come sono ad assicurare il più ampio consenso possibile alla decisione), ma anche circa i contenuti.

Nella repubblica, per essere votata, una legge deve apparire formulata con espressioni appropriate (perciò studiate, dunque valutate dagli esperti), che ne favoriscano una futura adeguata applicazione. Testimonianze molteplici, anche molto antiche, ci ricordano le discussioni che precedevano la votazione delle leggi comiziali, con la attenzione che veniva, in particolare, dedicata anche alla specifica inclusione in esse di singole espressioni. E anche nell'impero, per essere adottata, una *constitutio principis* dovrà passare al vaglio della cancelleria imperiale (e dunque dei giuristi che vi operano).

La seconda, ben più rilevante, conseguenza è la adozione di strumenti normativi complementari, in grado di garantire la costante flessibilità del sistema.

Se è vero infatti che la naturale consonanza che, nella visione romana, deve esservi tra diritto e convinzioni spontanee, fa del diritto *moribus et legibus constitutum* uno strumento di disciplina delle relazioni umane vissuto da coloro che lo osservano non come una imposizione dei governanti, ma della città (che vale perciò verso i primi non meno che verso i singoli), è vero anche tuttavia che non ne fa, per questo, uno strumento sottratto ai poteri di governo.

La esistenza di una regola non ne determina infatti la indefettibile applicazione.

L'autorità chiamata a darvi attuazione la potrà sempre disapplicare o applicare con modifiche (il che – nel diritto privato – vorrà dire: *denegatio* dell'azione civile o editto integrativo o correttivo delle regole civili).

Da sempre e per sempre è prerogativa a Roma degli organi di governo valutare la opportunità della applicazione in concreto del diritto vigente. Il *rex*, le magistrature che ne ereditano le funzioni, e poi anche il principe e i funzionari di lui (ai quali quella potestà è attribuita), potranno applicare in concreto un diritto diverso dal diritto vigente, in forza della *iurisdictio* che ne connota la carica. Lo potranno, naturalmente, con una

intensità ed indipendenza diverse (in relazione al regime politico vigente: altro sono i poteri di un governante unico investito a vita e non esposto a controlli e limiti, come il *rex* e poi il *princeps*, altro quelli di magistrati esposti alla *intercessio* – e non solo – di tribuni e colleghi), ma lo potranno sempre. Nella visione romana il “diritto” è un vincolo per i governanti, ma lo è anche con concreta e flessibile possibilità di trasparente (e dunque “politicamente” valutabile, ancora una volta ovviamente nei limiti generali in cui l’ordinamento di un certo tempo lo consente) adattamento di esso alle esigenze del momento.

In queste valutazioni essa si comporterà in modo considerato politicamente irreprensibile quando lo farà avvalendosi del pensiero giurisprudenziale corrente. Altrimenti, correrà il rischio di produrre, per dirla con il gioco di parole di Cicerone, “*ius verrinum*”.

Ma questo varrà solo un piano politico, di opportunità appunto.

Dal punto di vista dell’ordinamento, la sua attività resterà produttiva di *ius*. Di un *ius* non così considerato come quello *civile*; non eterno, ma legato piuttosto alla durata della carica; discusso e discutibile. Ma tuttavia di *ius* legittimamente applicato.

Come in materia di fondamenti sociali ispirativi, così in materia di fondamenti politici di esso (dei fattori cioè che ne legittimano la vigenza), i Romani mostrano insomma una concezione del diritto assolutamente peculiare, nella quale spicca il ruolo che – per la sua concreta determinazione – essi riconoscono ad una molteplicità di elementi (*mores*, *leges*, ma anche atti immediati e diretti di governo) in grado di tener conto della complessità delle questioni da considerare e della utilità di definirne perciò soluzioni attente a tutte le istanze necessarie (e non ad alcune soltanto di esse). Il “diritto” non è insomma solo espressione di una tecnica sapienziale che lo enuclea e lo definisce da fattori fondanti esterni. Esso può avere anche un immediato fondamento politico. È uno strumento (il principale) di governo sociale. Non può essere perciò sottratto alle valutazioni di opportunità di chi governa. Ne limita, ma non ne paralizza l’azione. Il rischio che divenga “*ius verrinum*” esiste e va prevenuto o almeno contenuto (limitando l’azione di governo). Ma non giustifica la creazione di un ordinamento irrigidito in regole “bloccate”, ingestibili o inadeguate per le circostanze.

9. E veniamo infine ai fattori tecnici formanti.

Anche da questo punto di vista, l’esperienza romana – appare per le cose che abbiamo già ricordato – caratterizzata da una visione alla quale concorrono vari elementi.

Il primo dei quali è sicuramente la natura sapienziale dell'attività tecnica che dà forma al diritto.

Si tratta di un'attività che – come sottolineava Celso – deve avere carattere di *ars*, di una condotta insomma che mira a rispondere a bisogni umani. Che deve muovere perciò (come ogni *ars*) da un'osservazione attenta della realtà (quale solo un'applicazione severa, uno *studium*, consente) e che si avvalga quindi di strumenti specifici (teorici e pratici).

Giurista non può essere perciò per i Romani chiunque. Egli deve essere il possessore di una *scientia* (quella *iuris*), di un sapere che lo distingue. Egli è dunque necessariamente un sapiente.

E tuttavia: la scienza che egli coltiva è una scienza pratica, mira a rispondere a bisogni umani. Ciò che essa produce (il “diritto”) deve dunque essere ancorato a presupposti che ne rendano verificabile l'utilità. Il prodotto dell'attività del giurista (come quello di qualunque altra *ars*) è costantemente esposto alla verifica della sua adeguatezza tecnica e della sua corrispondenza alle attese collettive.

Nulla dunque di confrontabile con il prodotto di una sapienza fondata su ragioni trascendenti ed indiscutibili.

Il diritto dei “giuristi” è sempre un diritto che l'autorità di governo può – in virtù dei propri poteri costituzionali (*iurisdictio*) – disapplicare. Esso è, del resto, l'espressione, in ogni tempo, di una *scientia* che ha cultori molteplici (anche quando essi sono il limitato numero dei membri di un collegio sacerdotale), che è esposta dunque alla variabilità e controvertibilità delle opinioni e che si consolida solo per il consenso che su queste si accumula. Senza però che, per questo, essa diventi immutabile. Otto conformi decisioni precedenti non impedirono, nel 201 a.C. al collegio pontificale di cambiare il proprio avviso circa il diritto da applicarsi in presenza di un *votum* pronunciato senza determinazione di somma.

Naturalmente, altro fu in fatto (per le dimensioni che assunse) la controversialità del diritto nel tempo del monopolio sacerdotale della *scientia iuris*, altro quella che si sviluppò nel tempo in cui – superato quel monopolio – la *scientia iuris* ebbe un numero aperto di cultori laici. E diverse dunque le preoccupazioni che ne derivarono e le esigenze che ne scaturirono (ora di argine all'eccessivo proliferare di opinioni in campo e poi anche di giuristi, o pretesi tali).

Ma la convinzione di una naturale e insuperabile contrastabilità del diritto non venne mai meno. Ancora Giustiniano sente l'esigenza di mettere a disposizione dei tribunali, non “regole” costrittive, ma “diritto”

appunto, opinioni di sapienti non necessariamente convergenti (ancorché ora selezionate e ricondotte – anche con interpolazioni – ad una tendenziale uniformità di indirizzi impensabile in passato).

L'attività formante del diritto è insomma affidata da sempre dalla città ad un ceto di specialisti, ma la forza del diritto che essi producono non è l'autorità (come lo è invece del diritto che proviene dai magistrati, che ne impongono infatti l'attuazione in virtù del loro *imperium*).

Il diritto dei giuristi si impone per la sua autorevolezza. Non si soggiace alle opinioni dei giuristi per necessità, ma per consenso (non dei singoli, ovviamente, ma della collettività nel suo insieme). Ed è perciò che solo il diritto da essi elaborato diviene *ius civile*. Quello dei magistrati (dei governanti) resta solo *ius honorarium* e la sua vita non supera, in linea di principio, la durata della magistratura che gli dà concreta espressione. Da questa speciale considerazione del diritto di produzione giurisprudenziale i Romani non si staccheranno nemmeno in età imperiale. Essi riconosceranno alle *constitutiones principum* valore fondativo analogo a quello delle antiche *leges comiziali*, ma esiteranno a confondere con il tradizionale il diritto che da esse discende (ne parleranno infatti come di un qualcosa di distinto e distinguibile: sarà *ius novum*).

La grande considerazione politica che il diritto giurisprudenziale riceve non procura al giurista solo prestigio. Lo induce anche ad una speciale cura nell'osservanza dei propri doveri.

In ragione del rilievo attribuito alle *opiniones* dei *prudentes*, il giurista romano ha dovuto da sempre misurarsi con un insieme di consensi da conseguire. Il successo del giurista si lega all'approvazione che egli riceve dalla collettività (legata alla sua concreta capacità di dare espressione al *bonum* e all'*aequum*), a quella dei suoi governanti (espressa dalla loro attenzione, variamente manifestata alla sua produzione scientifica), a quella, ancora, dei propri pari (contemporanei o successivi). Dipende insomma dalla qualità tecnica della propria *ars* e, dunque, dalla condivisibilità delle opinioni proposte (o almeno dalla rispettabilità delle stesse).

La capacità di essere attenti alla complessità dei problemi e alla conseguente necessità di prevederne soluzioni molteplici è stata insomma – anche in materia di fattori formanti – la cifra della esperienza romana del diritto.

La tendenziale preferenza così per la formazione sapienziale del diritto non ha impedito loro di vederne i limiti e i rischi. Essi vi hanno accompagnato perciò la possibilità di una sua formazione anche attraverso

canali concorrenti, più spiccatamente e immediatamente politici (quali quelli espressi dai detentori della potestà di governo), ma senza, per questo, perdere di vista – d’altro lato – la necessità di non provocare un contrapposto e altrettanto negativo sbilanciamento delle cose.

10. Se, in conclusione di queste riflessioni, volessimo sintetizzare in una parola ciò che ha caratterizzato la visione romana del diritto, non vedrei altra espressione possibile che quella “equilibrio”.

Il loro è stato uno sforzo costante di comporre in un equilibrio possibile (e perciò accolto) la molteplicità delle istanze che stanno a fondamento della disciplina sociale dei fatti. Non a caso hanno visto nell’*aequitas*, o meglio nella ricerca di questa, il valore al quale ancorare la loro esperienza (Cicerone parlava del *ius civile* come di “*aequitas constituta*” e dell’*aequitas* come di qualcosa che era “*iustitiae maxime propria*”).

Ne è derivato, nei secoli, un “diritto”, che guarda alla “certezza” senza esserne schiavo. Nel quale *ius certum* e *ius controversum* possono avere perciò la stessa dignità.

Un diritto ispirato a valori universali e perciò tendenzialmente “inclusivo” (può applicarsi agli stranieri immigrati, ma anche agli stranieri che se ne mostrino interessati e che perciò spontaneamente vi si conformino), ma non anche necessariamente tale (se ne può perciò difendere talora una specificità assoluta, che ne escluda ogni automatica applicabilità ai non Romani).

Un diritto che deve essere approvato nella quotidiana azione di governo (che è dunque costantemente sollecitato a ridiscutersi e rinnovarsi). Un diritto esposto ad una continua verifica delle ragioni che lo giustificano e che possono perciò assicurargli consenso (deve avere sempre una *ratio*: non è perciò diritto il *privilegium*).

I Romani non hanno inventato insomma il diritto come strumento di regolazione sociale. Esisteva dovunque prima di loro. Ed esiste dovunque indipendentemente da loro.

Né lo hanno pensato come il frutto di una attività puramente sapienziale, alla quale soggiacere. Anzi. Non hanno negato il ruolo decisivo dei sapienti nella sua creazione. Ma hanno voluto che i loro “sapienti” fossero esposti ad una verifica sociale quotidiana, fossero riconosciuti tali cioè per la loro capacità di essere efficaci (nel che videro il solo possibile fondamento del consenso collettivo alla loro attività).

Rispetto agli altri popoli antichi, essi hanno solo percepito più lucidamente la complessità dei problemi ai quali il diritto (come ineludibile

strumento di regolazione sociale) è chiamato a dare soluzione. E si sono, in coerenza, preoccupati perciò di regolare l'intero processo vitale di esso (dalla sua creazione, alla sua applicazione, ai modi attraverso i quali può assicurarsi ad esso il necessario consenso sociale).

Nel farlo si sono lasciati ispirare da una logica comprensiva e non selettiva. Virtuosa è – nella loro visione – la ricerca, nella disciplina dei fatti (fin dove almeno possibile), della composizione dei vari elementi in concorso. Con la conseguente ammissibilità di gerarchie mobili e non assolute di valori ispirativi.

In virtù di tale loro visione delle cose, essi non hanno solo affermato, ma hanno anche mostrato cosa voglia dire vedere nella società politica un *coetus hominum iure sociatus* (tenuto insieme dal diritto, che ne fa un intero nonostante le svariate diversità che lo compongono).

Sul piano dei concreti contenuti che ne hanno caratterizzato la vicenda storica, quello dei Romani si è connotato (in materia di relazioni private: il solo per il quale il problema concretamente si pone e il solo, del resto, che ha conservato rilevanza nel tempo) per la elevata relativa neutralità delle soluzioni adottate rispetto ai concreti assetti di governo. Esso ha guardato (dandogli forma di criterio disciplinatore: di *ius* appunto), almeno in linea di principio, al punto di vista degli uomini (ai loro *mores*), non a quello dei loro governanti. E lo ha fatto (con la costante attenzione rivolta al metodo casistico) attraverso uno studio delle esigenze da soddisfare estremamente attento e penetrante.

Quello che storicamente si è sedimentato è stato così un diritto di altissima (per quel che può esserlo una costruzione umana) qualità. Sia nelle sue soluzioni certe, sia in quelle controverse. Lo è stato, naturalmente, con riferimento alle esigenze di un certo tempo e ha potuto perciò continuare ad esserlo fino a quando lo sviluppo delle tecniche e i cambiamenti conseguenti non ne hanno mostrato i limiti. Ma lo è stato a lungo e con giustificazione.

Oggi, certo, sarebbe privo di senso ritenere che la disciplina sociale dei fatti possa essere ancora (anche solo in larga misura) quella immaginata dai Romani, che resta inesorabilmente una vicenda storica e relativa (come essi stessi per altro, come prima ricordavo, la percepirono, considerando il loro diritto – nonostante la grande tradizione che eventualmente lo sostenesse – esposto sempre alle necessarie revisioni).

E tuttavia trovo preoccupante, se mi è permessa una osservazione personale, la distanza che il nostro tempo sembra volere marcare non dai contenuti (che mi appare un fatto del tutto condivisibile), ma dalla visione

culturale che i Romani ebbero del fenomeno giuridico e dalla conseguente percezione della potenziale capacità del diritto di governare la complessità sociale.

Il dilagare che nei nostri tempi osserviamo di visioni ideologiche, che spingono nella direzione di un diritto tutto espressione del dirigismo dei governi, propone il rischio di una convivenza politica che assuma come ordinario criterio regolatore delle relazioni sociali non la “mediazione” (quale un certo modo di intendere il diritto può favorire), ma la “forza” (sia pure quella legittima derivante dall’autorità ed espressa dal diritto che essa impone).

È una posizione che il mondo antico ha già sperimentato nel nome della democrazia egualitaria (si pensi alla Grecia). Ma ne sono venute rovine. Ed è una posizione che anche il mondo contemporaneo ha sperimentato (in modo speciale nel secolo che si è da poco concluso), nel nome di visioni negatrici, al contrario, della uguaglianza e della democrazia. Con disastri ancora più grandi.

Il problema non sono i valori che lo ispirano. Il problema è il dirigismo elevato a criterio unico di governo. È questo il monito che ci viene dalla visione dei Romani. Il vero *proprium*, a mio sommesso avviso, della loro idea del diritto.

REFLEXÕES EM TORNO DO TEMA “DIREITO E CIBERSEGURANÇA EM PORTUGAL”: NOTAS DISPERSAS

Reflections on “Law and Cybersecurity in Portugal”: some notes

Eduardo Alves Vera-Cruz Pinto¹

RESUMO

A cibersegurança só pode ser organizada pelo Estado, nas sociedades livres e democráticas, a partir de um compromisso político de respeito pelas regras e princípios do direito, efetivados em uma legislação comprometida com os valores jurídicos, que atua como limite aos poderes do Estado. Para a garantia da segurança no ciberespaço deve-se partir de três premissas: não há respostas apenas nacionais, é necessária a cooperação organizacional internacional/transnacional; somente em nível nacional é possível criar sensibilidade, cultura e mentalidade para prevenir e detectar ataques e reduzir riscos; e, por fim, a segurança das redes leva à eficiência de custos na administração pública. A segurança não é uma questão de ordem, mas de cumprimento de expectativas legítimas, de respeito às funções do Estado e de Justiça na intervenção dos poderes públicos. Por isso, o direito à cibersegurança pressupõe identificar os valores que partilhamos como comunidade e os conceitos, instituições e regras que constituem, em cada Estado, o corpo normativo-institucional da cibersegurança.

Palavras-chave: Cibersegurança; Direito; Organização do Estado; Portugal.

ABSTRACT

The cybersecurity can only be organized by the State, in free and democratic societies, through a political compromise with the rules and principles of law, realized in a legislation which is committed to legal values and which acts as a limit to the power of State. The guarantee of the cybersecurity should be based on three assumptions: there are no answers which are only national, it is necessary international cooperation and organization; only at the national level it is possible to create sensitivity, culture and

¹ Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa – Portugal. Texto recebido em 13.12.2010.

mentality to prevent and detect attacks and mitigate risks and, the third one, networks security leads to cost efficiency in public administration. Security is not a point of order, but it is a question of realization of legitimate expectations, of respect for State functions and of justice in government intervention. Therefore, the right to cybersecurity means to identify shared values and the concepts, institutions and rules, in each State, that constitute the normative-institutional body of the cybersecurity.

Keywords: Cybersecurity; Law; Portugal; State Organization.

1 INTRODUÇÃO

A cibersegurança² só pode ser organizada pelo Estado, nas nossas sociedades livres, democráticas e de pendor social (não individual), se existir um compromisso político de respeito pelas regras e princípios de Direito, efectivado numa legislação comprometida e fiel a estes valores próprios do Jurídico, que actua como limite aos poderes do estado, sem tolher a eficácia da sua actuação no dever de garantir a segurança da comunidade e de cada um dos seus cidadãos.

Por isso, os juristas não podem deixar de participar na criação, consolidação e difusão de doutrinas úteis à cibersegurança nacional articulando as regras, princípios e conceitos do direito com os conceitos e doutrinas essenciais do domínio *ciber*³. A compreensão do Jurídico pelos decisores políticos e pelos cientistas informáticos, bem como a entendimento pelos juristas das angústias e perplexidades dos primeiros, na hora de decidir, e as possibilidades dos segundos, na hora de construir os meios de acção – é fundamental para a eficácia da prevenção e da resposta a incidentes e ataques no espaço ciber que colocam em causa a segurança nacional.⁴

Cabe também aos juristas tentar impedir: quer a securitização do ciberespaço pelo estado com prejuízo dos direitos das pessoas, através das tentativas de certos meios de criar pânico nas populações agitando um ciberataque, tipo “11 de Setembro”, com um ataque massivo às

² Estão afastadas aqui as problemáticas próprias da ciberguerra/ciberdefesa e as suas implicações jurídicas, bem como as do cibercrime e do sua configuração jurídico legal.

³ Ver: JOUBERT, Vincent. Getting the essence of cyberspace: a theoretical framework to face cyber issues. In: CZOSSEK, C.; PODINS, K. (Eds.). *Conference on Cyber Conflict Proceeding, 2010*. Talinn, Estonia: CCD COE Publications, 2010. p. 111-125.

⁴ Ver: WOLFERS, Arnold. “National security” as an ambiguous symbol. *Political Science Quarterly*, v. 67, n. 4, p. 481-502, dec. 1952.

infraestruturas vitais dos estados democráticos e livres; quer a ausência de intervenção estadual para garantir a cibersegurança porque qualquer acção do Estado é vista como uma ameaça de violação dos direitos mais sensíveis das pessoas e uma intromissão na sua intimidade.

Muitos são os aspectos e as problemáticas que ligam os juristas que se dedicam a estudar as implicações jurídicas da cibersegurança e os especialistas em cibersegurança que procuram saber o direito aplicável aos domínios em que actuam. Não podemos aqui abordar aspectos jurídicos concretos com implicações na cibersegurança como: a regulação das comunicações; a legislação sobre a construção e manutenção de infraestruturas; o planeamento energético; a responsabilidade do Estado por intromissão informática na intimidade da vida de uma pessoa e de uma pessoa por dificultar a acção legítima/legal de defesa ciber do Estado, etc.

Aqui trataremos apenas, de forma genérica, do lugar do Direito na elaboração de uma estratégia nacional para a cibersegurança centrada num dos elementos integrado no conceito genérico de ciberforça que é um Centro Nacional de Cibersegurança.

Vencer o preconceito em matéria de segredo para a segurança

Em Portugal existe uma desconfiança que persiste no que respeita ao segredo garantido pela classificação de documentos como secretos e pela necessidade de vedar o acesso generalizado a certos procedimentos e decisões dos titulares de poderes do Estado. Mais de três décadas após o derrube da ditadura, nada justifica que se continue a alimentar tal desconfiança considerando-a uma ameaça aos direitos dos cidadãos, quando o segredo existe num Estado de Direito exactamente para proteger os cidadãos enquanto comunidade politicamente organizada no Estado.

Fomentado o preconceito no plano político e jurídico, ele é depois ampliado pelos meios de comunicação social, impedindo qualquer debate no espaço público que expresse os resultados das análises mais profundas e prolongadas feitas em ambientes académicos e de investigação sobre esta temática.

O actual sistema legal sobre os vários segredos precisa de ser revisto porque está desactualizado, é ineficaz e descredibiliza a possibilidade de segurança, ridicularizando o país no exterior⁵, além de

⁵ Basta pensar no *Official Secrets Act* do Reino Unido, que tipifica cerca de 2.000 ilícitos em que os funcionários do Estado ou servidores públicos e os cidadãos podem violar o seu dever de sigilo.

criar vulnerabilidades e ameaças que cabe ao poder político, pela via legislativa, prever e evitar.

Deixar à discricionariedade do executivo o que classifica e não classifica sem seguir critérios rígidos para a classificação nos vários graus; não haver quem no governo saiba ainda que muito pouco sobre isso; não estando o pessoal político e de confiança política preparado, ou mesmo sensibilizado, para os problemas envolvidos na classificação de documentos e na acreditação de sistemas informáticos; não existir qualquer orientação policial ou judiciária na prevenção e repressão de atentados contra os segredos públicos, todos conhecendo uma realidade onde eles são constante e impunemente violados – são apenas sintomas de um Estado que, apesar dos seus compromissos internacionais, é desleixado com as questões de segurança e procura, muitas vezes, argumentos no Direito para justificar/legitimar este laxismo político, cívico e legislativo.⁶

Esta situação precisa de ser profundamente alterada em dois planos muito concretos: a longo prazo investindo, desde já, nas temáticas de segurança nas disciplinas curriculares desde os primeiros graus de ensino até à formação universitária e à investigação científica; depois a curto prazo, aprovando leis mais concretas na tipificação dos comportamentos lesivos, graduação das censuras normativas pela hierarquia dos valores a proteger, responsabilizando as hierarquias pela diligência nos ambientes a proteger e pela denúncia das violações detectadas, e finalmente, com sanções mais claras e exequíveis.

Sem se iniciar este percurso não adianta muito, a não ser para responder à pressão dos nossos parceiros estratégicos e às inspecções das organizações internacionais, cuidar dos aspectos relativos à cibersegurança.

⁶ O texto de jurisprudência mais importante entre nós continua a ser o Acórdão n. 458/93, publicado a 17 de Setembro, sobre o segredo de Estado (Lei n. 6/94, que aprova o regime jurídico do segredo de Estado). A revisão constitucional de 1989 introduz o segredo de Estado na Constituição (art. 159º; 168º, n. 1, al. r) e trata dos direitos dos cidadãos na recolha de informação em ficheiros informáticos (art. 35º da Lei n. 65/93, que adapta a regulamentação dos SEGNACs ao acesso dos cidadãos aos documentos da Administração Pública). Um passo importante em matéria de segurança foi a aprovação em 1988, dos SEGNACs 1 (Instruções para a segurança nacional, salvaguarda e defesa de matérias classificadas) e 2 (segurança industrial, tecnológica e de investigação) 3, em 1990, (segurança informática) e 4, em 1991 (segurança das comunicações), sob a forma de Resolução do Conselho de Ministros. Infelizmente a falta de natureza normativa das regras limitou o alcance de procedimentos e soluções e não teve continuidade no processo legislativo.

2 UMA ESTRATÉGIA PORTUGUESA PARA A CIBERSEGURANÇA NACIONAL

Qualquer ciberestratégia nacional para garantir a segurança no ciberespaço⁷ deve partir de três premissas que são pressupostos:

- em cibersegurança⁸ não há respostas apenas nacionais, porque nenhuma das respostas territorialmente delimitadas é suficiente, eficaz e célere. Só existe uma resposta internacional/transnacional, através da

⁷ A invenção da palavra *cyberspace* (*ciber* etimologicamente significa “homem do leme” ou “piloto”, associado a um espaço global, sem fronteiras físicas onde circula informação) é atribuída ao escritor norte-americano *William Gibson, Neuromancer*, 1982. *Gibson* aplicou a palavra para se referir a uma rede de computadores ligada directamente à mente humana, numa ficção verniana, visando um futuro de pendor utópico, a funcionar dentro da internet, e não com o intuito de a conceptualizar. Já *Michael Benedikt* no livro *Cyberspace: first steps*, 1991 (no seguimento da I Conferência sobre Ciberespaço, 4 e 5 de Maio de 1990, em Austin, Universidade do Texas), define os elementos essenciais do conceito de ciberespaço: ilimitado (o acesso ao ciberespaço faz-se através de qualquer computador em rede, a qualquer hora e em qualquer lugar); virtual, (porque é um não lugar: existe em todos os lugares – todos os computadores do mundo – e não se localiza em nenhum lugar – ambiente virtual); mental (corresponde a uma “geografia mental”); eléctrico (porque depende da electricidade para funcionar); intemporal (as suas bases de dados e registos materializam passado, presente e futuro num sistema de presença horizontal); “informacional” (porque nele a informação não é filtrada, nem parcializada – é informação pura). Logo, o ciberespaço é o mundo digital que opera através do computador e das redes informáticas incluindo todos os aspectos da actividade *on.line*. O ciberespaço engloba todas as formas de actividades digitais desenvolvidas em rede – o que inclui o conteúdo e as acções realizadas através de redes digitais. O ciberespaço é hoje um domínio da comunicação computacional essencial para o desenvolvimento de uma comunidade, organizada como Estado. O ciberespaço tem uma parte física, com um pendor técnico, constituída pelos computadores e pelos sistemas de comunicações. Estes componentes técnicos suportam as nossas actividades quotidianas, pessoais e profissionais, e constituem-se em infraestrutura nacional, em vários sectores, nomeadamente para as informações e a segurança.

⁸ A cibersegurança engloba todos os elementos das infraestruturas digitais e todos os aspectos cobertos pelo interesse nacional no ciberespaço, de forma articulada com a política de segurança de Portugal, através do envolvimento de todas oportunidades e benefícios que o ciberespaço oferece. A cibersegurança requer inovação, investimento e competitividade no sector informático e das telecomunicações. A cibersegurança visa maximizar a segurança das infraestruturas físicas e das redes em que circulam as informações e as comunicações electrónicas/digitais e assegurar a disponibilidade, integridade, autenticação, confidencialidade, não repúdio e resiliência da informação. A cibersegurança tem como limite a protecção dos direitos de personalidade e os direitos fundamentais sensíveis, nos termos definidos na lei.

cooperação organizacional, em que as estratégias nacionais coincidem e se compatibilizam;⁹

- só a nível nacional é possível criar as sensibilidades, as culturas e mentalidades que permitem prevenir e detectar ataques, reduzir os riscos¹⁰ e mitigar os efeitos de um atentado à cibersegurança nacional¹¹. Como só a nível nacional, no uso de prerrogativas e poderes de soberania, se pode criar e manter actualizada e operacional a rede de infraestruturas e de meios humanos especializados necessários para as exigências crescentes e especializadas da cibersegurança.¹²

- a cibersegurança é vital para a imagem e a credibilidade externa de Portugal. Se as nossas redes forem consideradas seguras e fiáveis; se

⁹ Num mundo cada vez mais globalizado a efectivação do que é definido como o interesse nacional de Portugal está dependente do ciberespaço e esta *dependência* atinge as pessoas, as empresas, as escolas, todas as áreas da Administração Pública, da indústria, dos transportes e da defesa e da segurança. Hoje o funcionamento do Estado está dependente do ciberespaço.

¹⁰ O risco é uma realidade normal no nosso quotidiano. As pessoas, de forma inconsciente, todos os dias fazem uma análise e uma avaliação dos riscos e a sua consequente gestão. Em termos de cibersegurança o risco pode ser definido como a probabilidade de uma ameaça explorar vulnerabilidades, de forma a causar perdas ou prejuízos nos sistemas de informação e de comunicação, de energia, de gestão de recursos. Os riscos são determinados pela combinação das ameaças, vulnerabilidades e valor dos bens visados. Tal valor é calculado com base no impacto (entendido como o conjunto de resultados de um incidente – casual ou propositado – inesperado) destes bens na vida das pessoas, das instituições e das infraestruturas críticas. Seja qual for a análise e identificação dos riscos que veem do ciberespaço é sempre difícil tomar as medidas preventivas adequadas para anular ou mesmo reduzir os efeitos. Sabemos que os riscos que se apresentam às infraestruturas críticas resultam normalmente de inconsistência ao nível da estrutura e de falta de investimento na formação e na sensibilização das pessoas que têm funções ligadas aos computadores nas várias entidades.

¹¹ Ver: KAMINSKI, Ryan T. Escaping the cyber state of nature: cyber deterrence and international institutions. In: CZOSSEK, C.; PODINS, K. (Eds.). *Conference on Cyber Conflict Proceeding, 2010*. Talinn, Estonia: CCD COE Publications, 2010. p. 79-94.

¹² A nível interno e no uso de poderes de *ius imperium*, exige-se: rigor na análise dos riscos e da definição de objectivos e de capacidades; competência e rapidez nas respostas aos desafios e aos ataques; abordagem multilateral, cooperação institucional e integração administrativa na organização da cibersegurança; equilíbrio e flexibilidade no recrutamento especializado por concurso; investimento no mérito e no conhecimento para os cargos dirigentes; parcerias com entidades ligadas à defesa dos direitos e à transparência das decisões; auditorias de entidades privadas especializadas; reforço da cultura de segurança em entidades públicas com a responsabilização da negligência propiciadora de riscos; e intensificação dos deveres de cidadania na envolvimento da segurança comum, a começar pela pedagogia nas escolas.

for protegida de forma eficaz a propriedade intelectual das empresas, universidades e outras entidades, que sustentam o mundo do conhecimento; se os negócios efectuados pela nossas redes apresentarem vantagens competitivas no mercado global, pela garantia de segurança *on-line*; se os cidadãos tiverem confiança nas transacções de serviço público, conseguem-se ganhos de eficiência e redução de custos na administração pública.

Com os pressupostos estratégicos definidos, para que os desenvolvimentos posteriores se mantenham nos limites que apontam para o fim pretendido, a segurança do ciberespaço, é necessário fixar os princípios e valores que orientarão a selecção das regras e a criação das normas que concretizam a estratégia.

Nas nossas sociedades livres, democráticas e de direito (porque as leis obedecem ao direito e não o contrário: as leis criam o Direito), a segurança (logo também a cibersegurança) é concebida, regulada e aplicada nos termos e nos limites juridicamente definidos e plasmados em leis e regulamentos.

Essa posição de princípio impõe que sejam claramente afirmados os princípios jurídicos rectores nestas temáticas: respeito pelos direitos fundamentais e de personalidade; obediência ao princípio da legalidade; primado do direito, pela via constitucional; respeito pelas decisões do poder judicial; transparência na administração; direito de reserva nas matérias classificadas; controlo e fiscalização democráticos dos órgãos com competências em cibersegurança; responsabilização dos titulares de cargos e de funções face às decisões tomadas.

3 A ORGANIZAÇÃO DO ESTADO E A SEGURANÇA DA COMUNIDADE: DIAGNÓSTICO E TERAPIA

Isto assente, e sabendo que a protecção do mundo digital¹³ e do espaço de circulação internética deve incidir prioritariamente sobre infraestruturas, importa reconhecer que se as nossas infraestruturas de comunicações electrónicas e as competências que lhe estão associadas, bem como as áreas secantes a elas, não forem reposicionadas, reestruturadas e actualizadas, ficaremos irremediavelmente fora dos centros de decisão e

¹³ Ver o relatório do governo britânico: *Digital Britain: the final report 2009* (Cm 7650). (London: The Stationery Office (TSO), 2009. Disponível em: <www.official-documents.gov.uk/document/cm76/7650/7650.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2011).

dos fóruns onde se discutem e se partilham informações e conhecimentos, ao mais alto nível.

Mas quem, a nível do estado, pode fazer tal plano? Como fazer a preparação e a selecção daqueles que integram as especialidades convocadas para o efeito? Quais as metodologias de decisão a adoptar para cumprir o planeado? Qual a noção de interesse nacional que deve estar presente, de forma constante, na interpretação das decisões e normas internacionais relativas à cibersegurança?

A resposta a estas perguntas seria fácil se Portugal tivesse uma Administração Pública organizada de acordo com critérios de hierarquia e de eficiência; a funcionar por objectivos assentes em estratégias parcelares e a funcionar de acordo com critérios de racionalidade económica e de gestão atendendo aos fins. Apesar das reformas recentemente introduzidas, com óbvios ganhos organizativos, a estrutura decisória manteve-se; a burocracia aumentou; a autonomia institucional cedeu à governamentalização centralizada e a transparência, apesar de muito referida, ficou esmagada pela opacidade discricionária das escolhas políticas e dos interesses instalados.

Nada pior na instalação de infraestruturas de segurança, em sistemas fragilizados pelos avanços tecnológicos constantes e pela multiplicação de acessos, que a subjectivação nas opções e nas titularidades, e a perda de autonomia decisória dos que estão mais perto dos problemas a resolver.¹⁴

Junta-se a este cenário uma falta de capacidade política e de pedagogia cívica na difusão de uma cultura administrativa de responsabilidade que torne natural e normal considerar como preterição grave dos deveres funcionais, no caso dos servidores públicos, qualquer quebra de segurança motivada por negligência ou falta de cuidado, na guarda de infraestruturas ou de instrumentos e de mecanismos envolvidos na sua segurança.

A necessidade de publicitar as regras, positivá-las como normas legais e regulamentares, referindo os responsáveis a partir dos seus conteúdos funcionais, não deixando equívocos sobre o que devem fazer e as consequências de não o fazerem; e a enumeração das sanções a partir de comportamentos de risco, devidamente tipificados – é fundamental e está, na sua essência jurídica, por fazer.

¹⁴ Ver: *The national security strategy of the United Kingdom: update 2009: security for the next generation* (Cm. 7590). (London: The Stationery Office (TSO), 2009. Disponível em: <<http://www.official-documents.gov.uk/document/cm75/7590/7590.asp>>. Acesso em: 10 jan. 2011).

Portugal tem um longo e penoso caminho a percorrer nesta matéria e deve começar a trilhá-lo de forma parcelar, porque quando a obra é muita, o ânimo fenece. Assim, o sector da cibersegurança pode ser trabalhado como um todo autónomo, ligado (ainda que não integrado) ao subsistema de segurança de infraestruturas de comunicação electrónica (porta de entrada para a cibersegurança básica).

Para iniciar tal trabalho, com as dificuldades técnicas e de mentalidade já referidas, é necessário consensualizar um modelo orgânico para a segurança nacional e depois investir na sua concretização. Ora, os partidos políticos portugueses não estão de acordo sobre o modo de organizar a segurança nacional e têm nos últimos tempos aprofundado divergências sobre o tema.

Quando assim é exige-se aos decisores políticos que transfram a definição do modelo e a montagem das estruturas para o plano científico e técnico, juntando especialidades e criando as condições mínimas para que o trabalho seja continuado e útil para que as decisões, reservadas aos políticos, possam ser efectivadas e céleres.

A questão da cibersegurança é de tal modo importante para a defesa da comunidade e do estado, do nosso modo de vida e do regime político em que escolhemos viver, das nossas infraestruturas críticas¹⁵ e

¹⁵ Infraestrutura crítica é um sistema, físico ou electrónico, cuja destruição pode ter um impacto negativo na segurança interna, na defesa externa ou na subsistência económica de um Estado. As infraestruturas críticas são controladas por um sistema de informação que regula automaticamente o seu funcionamento. A debilidade destas infraestruturas críticas pode afectar o regular funcionamento dos serviços públicos, das entidades da sociedade civil e das instituições democráticas, criando uma situação favorável à subversão interna e à invasão externa. A metodologia para análise e gestão do risco recai sobre a potencialidade das agressões e riscos vindos através do ciberespaço. Logo, assenta nas vias de acesso lógico ou normal aos sistemas e actividades críticas com necessidades de ligação dos sistemas à internet. A gestão do risco integra três elementos: 1. a análise de risco - identificação dos recursos, infraestrutura existente, ameaças, vulnerabilidades e medidas de protecção já existentes, incidindo tanto nas matérias tecnológicas como nas organizacionais, bem como analisar essas informações, avaliar o impacto de algumas ameaças e determinar quais os riscos mais graves propondo soluções para a redução dos riscos recensados, alterações às políticas de segurança e necessidades de formação e de treino de pessoal; 2. a mitigação de riscos - reduzir riscos implica concluir o processo de planeamento e efectivar soluções que reduzam os riscos apontados na fase de “análise de risco”, fixando prazos, responsabilidades e respectivas configurações; 3. e a análise e avaliação dos riscos - monitorizar a eficiência das práticas seguidas e a eventual experimentação de novos riscos, controlar alterações na infraestrutura e no pessoal e reajustar o que se fez de novo nos processos de gestão dos riscos.

das nossas vidas, da nossa estrutura social e das nossas opções pessoais e cívicas; da nossa liberdade religiosa e da livre expressão; da nossa intimidade e do valor da participação política que só pode ser considerada uma questão de estado.

Por isso, a governamentalização do estado pela via administrativa e a partidarização do estado pela governamentalização da sociedade (sem espaço de afirmação das estruturas não estaduais ou não infiltradas pelos partidos políticos através da imposição legislativa de membros indicados pelo governo e pelo parlamento) impõe que a estrutura seja mantida em constância ao longo do tempo; e só as decisões que ela serve sejam reservadas à decisão política institucional.

Em Portugal a entidade pública que deve ter a responsabilidade de organizar os meios que iniciem a construção de rede de segurança ciberespacial deve ter a natureza jurídica de uma entidade independente do Estado¹⁶, como deveria ser a Autoridade Nacional de Segurança.¹⁷

¹⁶ Actualmente a ANS está em Portugal diluída no Gabinete Nacional de Segurança (GNS). No processo inelutável de revisão das missões da ANS após o 11 de Setembro, tentamos, por incumbência dada pelo Almirante José Torres Sobral, na proposta de diploma legal apresentada para apreciação do Secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministros, dar à ANS o estatuto jurídico-legal compatível com as funções exigidas no âmbito da OTAN e da UE. Infelizmente o DL n. 170/2007, de 3 de Maio (Lei Orgânica do GNS) confirmou a opção pela continuidade de um sistema em que a ANS só existe através do GNS, que se reduz a um serviço central da administração directa do Estado, a funcionar no âmbito da Presidência do Conselho de Ministros, junto do Gabinete Coordenador de Segurança, na dependência do Primeiro Ministro ou do membro a quem ele delegar (normalmente o Secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministros). A ANS é um nome que dirige um serviço que é tudo o que ela faz. Com respeito pelos que defendem tal solução, esta é a pior forma de garantir a eficácia das missões que a lei e os tratados cometem à ANS, comprometendo a eficácia dos serviços que presta e a prevenção em que participa.

¹⁷ Como acontece na Noruega, onde a ANS é a responsável pela coordenação da cibersegurança e da *information assurance*, com o NoCert incluído na sua orgânica incluindo um dos mais avançados centros europeus de monitorização de ameaças. Nos EUA, a responsabilidade de coordenar a cibersegurança do Estado e a *information assurance* é da NSA (National Security Agency), que nos EUA tem basicamente as mesmas funções que a ANS em Portugal (criptografia; certificação de sistemas e produtos, credenciação e acreditação; e ANS dos EUA na OTAN). Na Alemanha a cibersegurança é da responsabilidade do BSI (Autoridade Nacional de Comunicações), com a função de reportar todos os incidentes, tratar da *information assurance*; produzir doutrinas e normas; fazer a *common picture* das ameaças.

Tal entidade tem de incluir as universidades e os laboratórios do Estado, bem como os centros de investigação especializados, na sua acção organizativa, como parceiros essenciais na definição de prioridades e no recenseamento dos elementos que devem ser ponderados na formação da rede pública infraestruturada para a cibersegurança.

Tal participação de académicos e investigadores pressupõe que estejam ligadas a instituições legalmente obrigadas a divulgar os seus projectos, informar sobre os seus financiamentos, partilhar os resultados das investigações e estudos efectuados, para que se possa seleccionar, em processos concursais transparentes e abertos, os melhores de entre nós para contribuir no esforço de criar um sistema eficaz de cibersegurança.¹⁸

Se olharmos, por exemplo, para o caso da Noruega, através de um financiamento contratualizado entre o Estado e os privados (que pagam uma taxa anual fixa para integrarem o sistema central) foi possível implantar um sistema de sensores (um sensor instalado em cada rede da infraestrutura crítica de informação integrada no sistema) com monitorização central (VDI).¹⁹

Concluimos, assim, que não é possível criar uma rede capaz de assegurar a cibersegurança, com eficácia técnica, prontidão de resposta e respeito pelo Direito aplicável se não for efectuada, pelo menos no que respeita a este subsector da segurança uma profunda reforma das mentalidades funcionais e dos sistemas organizativos do estado.

Infelizmente, a situação actual, que o poder político legitimou com leis e regulamentos, é de uma escolha de profissionais envolvidos em projectos nacionais a partir de critérios ligados à fidelidade política e à sua capacidade para aceitar acriticamente orientações fixadas por ministros que, não sabendo, decidem sem ouvir e só aceitam assentimentos e vênias, onde deveriam ouvir recriminações e negativas. A competência dos

¹⁸ A desorganização do Estado fica exposta quando aparecem em reuniões internacionais representantes de vários departamentos do Estado e da Administração Pública, bem como de universidades, centros de investigação e de empresas, sem saberem uns dos outros, nem sequer que, no seu país, existiam organismos com competências na matéria e pessoas especializadas. As leis orgânicas e a actividade dos serviços e entidades públicas não é coordenado nem organizado. O esbanjamento de recursos públicos e a ineficácia dos serviços prestados é o resultado.

¹⁹ A taxa ascende aos US\$ 50.000, sendo actualizada todos os anos, mas protege e beneficia os privados que acedem ao VDI, pois, entre outras vantagens, são anualmente apresentados *ciber threats assessment* personalizados e prestado apoio especializado e continuado a ameaças persistentes.

escolhidos, com as exceções conhecidas, está quase só na conveniência da escolha assim feita.²⁰

Portugal tem acentuado, na dependência político-partidária da estruturas de cúpula da Administração Pública, sucessivamente fragilizadas por discursos oficiais desconfiados e desmotivantes, por normas erráticas e sem futuro (porque sem projecto), por contratação de privados para fazer aquilo para que a administração pública existe e sabe fazer, com custos bem mais baixos e com eficácia bem maior.²¹

Ora, critérios políticos só aparentemente transparentes para escolher as pessoas com competência para integrar projectos nacionais na área da cibersegurança, com o arbítrio e a subjectividade própria dos decisores políticos, obriga a uma de duas atitudes:

- ou fazer uma reforma profunda e completa da administração pública que entregue a pessoas promovidas por mérito as chefias de departamentos especializados, sem intromissão dos poderes político-partidários, terminando com uma concepção de Estado, como a actual, avessa ao estado de direito;

- ou criar uma especialidade normativa que isole a cibersegurança da Administração Pública, ligando a uma entidade pública estatal com características de independência técnica e profissional, sem prisões

²⁰ As regras de transparência que o legislador aprovou são um engano. As pessoas passam a saber que a escolha foi mal feita porque os *curricula* são publicados, mas não existe um critério racional e orgânico de escolha, por selecção dos mais aptos e competentes. Para justificar os favorecimentos, diz-se que o critério de escolha é político. O conceito jurídico-material de transparência na escolha dos mais aptos para servirem o Estado, com competências técnicas, exigia de quem interpreta, com legitimidade democrática, o interesse público e o bem comum, outra atitude na criação das normas aplicáveis.

²¹ Em Portugal, onde o discurso sobre a corrupção é apenas uma retórica discursiva e as medidas de combate são de um ridículo indizível, pois situado ao nível da sanção nos comportamentos menores, esquecendo a responsabilidade pedagógica, pelo exemplo das elites, nada consegue de positivo – um dos maiores factores de corrupção nos últimos tempos tem sido a contratação de “técnicos” arquitectos, engenheiros, advogados, economistas e outros, sem concursos, por escolha política, que vivem apenas desses favores políticos, constituindo-se como pontas de lança dos partidos e agentes de propaganda, pagos pelo erário público. Esta clientela de luxo paralisa e descredibiliza o Estado e a função pública, afasta a concorrência sadia e a selecção pelo mérito e mantém a comunidade de especialistas silenciosamente prisioneira da cunha e do compadrio, esperando a sua vez de beneficiar do sistema. Os que não aceitam as regras materiais fixadas, formalmente escondidas e competentemente trabalhadas na positividade legal para este resultado, ficam excluídas da participação cívico-profissional.

orgânicas ou outras a chefias intermédias e a organismos *ad hoc* ou de outra natureza, dependentes directamente do Conselho Nacional de Segurança, presidido pelo Presidente da República.

Seja qual for a via, reiteramos que deve ser a ANS a entidade que em Portugal deve coordenar a cibersegurança, o que impõe: enfrentar com coragem cívica e política a batalha na opinião pública pela necessidade de serviços de informação e segurança fiáveis, competentes e ao serviço da comunidade e de cada cidadão; uma revisão política das opções legislativas feitas na estrutura dos serviços de informação e segurança do Estado que é desarticulada, ineficaz, governamentalizada e sem crédito internacional e dos critérios de escolha das suas chefias, dos regimes de acesso do pessoal e de promoção nas carreiras; uma reestruturação normativa da ANS e a sua compaginação com as entidades homólogas da UE e da OTAN.

4 UMA SOLUÇÃO: A CRIAÇÃO DE UM CENTRO NACIONAL DE CIBERSEGURANÇA (CNC)

A criação de um Centro Nacional de Cibersegurança, no cenário descrito, passa a ser uma prioridade estratégica essencial e uma solução doméstica de segurança nacional adequada aos compromissos assumidos por Portugal na UE e na OTAN, em matéria de cibersegurança.

O CNC é uma estrutura de ciberforça²² necessária para dar segurança ao ciberespaço e gerar a confiança dos cidadãos no seu uso pessoal – na necessidade de comunicar, fazer negócios e aceder a informações – e pelo Estado e as suas instituições nas suas relações com os cidadãos.

O CNC deve ser uma estrutura leve, pequena e aberta²³, não reconduzível a um lugar ou infraestrutura física, mas altamente sofisticada

²² Ver: STARR, Stuart; KUEHL, Daniel; PUDAS, Terry. Perspectives on building a cyber force structure. In: CZOSSEK, C.; PODINS, K. (Eds.). *Conference on Cyber Conflict Proceeding, 2010*. Talinn, Estonia: CCD COE Publications, 2010. p. 163-181.

²³ No sentido de não permitir que a rigidez dos procedimentos, os preconceitos instalados e o cumprimento estrito de regras ou a observância de práticas instaladas na rotina decisória, afaste a análise de novas atitudes e a necessidade de rever estratégias, acessos e compromissos. Um dos temas mais discutidos actualmente é a de enquadrar os “*hackers patriotas*” nas estruturas estaduais de cibersegurança para enfrentar perigosas cibermilícias de amadores que atacam com eficácia as infraestruturas críticas do Estado. Ver: OTTIS, Rain. From pitchforcks to laptops: volunteer in cyber conflicts. In: CZOSSEK, C.; PODINS, K. (Eds.). *Conference on Cyber Conflict Proceeding, 2010*. Talinn, Estonia: CCD COE Publications, 2010. p. 97-109.

na conexão em rede, na harmonização de procedimentos, na disciplina conceptual, no estado permanente de prontidão, além de criativa e inovadora nos planos científico, tecnológico, cultural e educativo, com uma articulação transdisciplinar e uma coordenação uniforme ao nível da excelência dos titulares de cargos e responsáveis pelas decisões.

Como centro que protege as nossas infraestruturas, o CNC pode oferecer aconselhamento especializado, gratuito e rápido, para reduzir a vulnerabilidade das organizações, empresas e pessoas na infraestrutura nacional face às ameaças vindas do ciberespaço.

O objectivo é constituir parcerias com entidades do sector privado, organismos públicos e associações profissionais, com o fim de criar, em rede alargada, um ambiente de confiança em que as informações confidenciais podem ser partilhadas com benefícios para cada um e para todos. Assim se consegue também a partilha das melhores práticas.

A organização de um conselho de pensadores ajuda à inovação necessária, criatividade na detecção de vulnerabilidades e ameaças, capacidade crítica do que existe e de conexão de factos e informações, além da criação de normas, doutrinas e práticas com rigor conceptual e densidade teórica.

Para cumprir os seus objectivos e metas, no âmbito de uma resposta nacional/estadual, face ao quadro actual atrás descrito, o CNC não pode ser uma estrutura do governo, isto é, não pode haver uma coincidência, seja ela qual for, entre o CNC ou o CSIRT nacional e o CSIRT governamental.²⁴

Em Portugal, as pressões serão muitas para que assim seja, basta olhar para o nosso passado recente e para o êxito de retóricas bem colocadas junto da opinião pública e do eleitorado²⁵. Existem, no

²⁴ O CSIRT governamental tem a responsabilidade de proteger as redes de comunicação e informação governamentais e da sua Administração Pública.

²⁵ Vai ser dito pelo poder político que num país pequeno e pobre outra qualquer solução será um desperdício de recursos que podiam ser aplicados nos desempregados, nas escolas e nos hospitais, numa demagogia conhecida mas normalmente aplicada com êxito, visando o controlo partidário da coisa pública. Depois aparecerá na TV, na rádio e nos jornais a figura do especialista, coberto de neutralidade académica, com as evidências científicas e as certezas tecnológicas ao serviço destas ideias, à espera que o senhor ministro se recorde das suas intervenções e grato o nomeie para uma comissão, um grupo de trabalho ou algo mais. Um discurso anunciado como aberto mas completamente fechado e recheado de “eficiências, sinergias, operacionalidades, rentabilidades, proactividades” e tudo o que nada explica ou resume.

entanto, razões nacionais para optar por uma solução política estadual, não governamental, na estrutura de cibersegurança portuguesa, através de uma legislação simples e clara, assente em regras de direito.

O CNC congrega os CSIRTs (*Computer Security Incident Response Teams*)²⁶ existentes nos sectores definidos como elementos da rede nacional de infraestruturas críticas do país ou, de forma mais alargada, às redes classificadas; garante a troca de informações e a harmonização de conceitos, doutrinas e normas em que assentam as boas práticas da prevenção, detecção e resposta a incidentes e ataques no ciberespaço; permite estruturar as medidas preventivas adequadas no âmbito dos serviços de informação e de segurança; dá unidade de comando na coordenação internacional e funciona como ponto único de contacto em Portugal (PoC – *point of contact*) à OTAN e à UE.

O CNC mantém a sua eficácia (mecanismos de dissuasão; detecção e resposta a incidentes e ataques; capacidade de recuperação; avaliação de ameaças) com a conjugação de rotinas funcionais; criatividade e inovação tecnológica; actualização doutrinal e especulação teórica; e exercícios permanentes com os vários níveis de alerta; educação e sensibilização da comunidade para as questões implicadas na cibersegurança.

Só assim pode a CNC, coordenado pela ANS, responder por Portugal, no imediato, a um ataque ciber às infraestruturas críticas ou às redes classificadas do país, esperando depois a cooperação dos seus aliados e das organizações internacionais de que faz parte.²⁷

²⁶ Também designados como CERTs (*Computer Emergency Response Team*). Embora se possa entender que os CERTs, surgidos primeiramente como equipas de resposta a incidentes informáticos, deram lugar aos CSIRTs, com maior incidência na prevenção e com uma maior abrangência de acção/reacção – ambas são equipas de especialistas que se reúnem com o fim de prevenir incidentes e responder recuperando os estragos feitos na segurança dos computadores e das redes. Entendemos, por isso, que pode manter-se a distinção designativa, agora com outra função: deve ser usada a sigla CERT para as equipas principais, que estão no topo de outras, e que integram o CNC; e CSIRTs, pelo seu pendor sectorial e mais reduzido, para as equipas cuja missão é a de proteger redes departamentais classificadas integradas nos CERTs que estão no CNC,. Diferente são os CIRCs (*Cyber Incident Response Capability*).

²⁷ Não nos é permitido esquecer a exiguidade do Estado português e a sua dependência actual em matéria de defesa e de segurança. Ver os estudos publicados em: HÖLL, Otmar (Ed.). *Small states in Europe and dependence*. Wien: W. Braumüller; Laxenburg, Austria: Austrian Institute for International Affairs, 1983.

5 O FINANCIAMENTO DE UM CNC É UMA QUESTÃO POLÍTICA

As estruturas de economia de mercado existentes nos estados que integram a UE e a OTAN não permitem pensar o financiamento de um CNC apenas a partir de verbas do OE ou sem as considerar. A questão dos custos da ciberprotecção²⁸ é mais política que económica. Os montantes implicados estão relacionados com os níveis tecnológicos envolvidos e estes com as vulnerabilidades existentes, as ameaças previstas, a organização burocrática do estado e a coesão político-social da comunidade.

A crise que em 2008 assolou as estruturas de um capitalismo centrado nos jogos financeiros obriga-nos a pensar em novos modelos de organização do financiamento da segurança comum, aproveitando o sentido pragmático dos decisores que dão prioridade ao dinheiro e a necessidade de submeter tais decisões a princípios institucionais e a critérios racionais ao serviço da comunidade, não de certos indivíduos.

A história do período de liberalização económica pautada pelas teses do egoísmo individualista oriundas dos homens da Revolução Industrial de matriz inglesa mostra a insustentabilidade do pensamento que sustenta tal ideologia predatória no confronto com a realidade quotidiana das massas famintas que sustentam o luxo e o desperdício dos seus “donos” na política e na empresa.

O *crash* de Wall Street em 1929 trouxe o falhanço do sistema de mercado “puro e duro” ao interior da nação que assentava os seus sonhos imperiais no *marketing* político deste modelo económico. A miséria da maioria era o resultado desta ausência de política e de estado na economia.

A reacção poderia ter sido brutal mas foi sendo atenuada pela corrupção dos sindicalistas, e a ajuda de Estaline e de Hitler permitiram a continuidade do sistema por outros meios, disfarçando e torcendo o que de pior existia na desumanização provocada por um governo que se funda no interesse dos empresários.

Erguendo o comunismo como inimigo externo (mackartismo), com a bandeira de uma liberdade individual erguida em direito absoluto, promovendo a violência interna contra as minorias raciais, sexuais e de género, em modelos de autodefesa armada de cada cidadão com

²⁸ Ver: KIRT, Toomas; KIVIMAA, Jüri. Optimizing IT security costs by evolutionary algorithms. In: CZOSSEK, C.; PODINS, K. (Eds.). *Conference on Cyber Conflict Proceeding, 2010*. Talinn, Estonia: CCD COE Publications, 2010. p. 145-160.

prejuízo claro para a credibilização pública das instituições estaduais e com a ajuda de um “Plano Marshall” (criteriosamente preparado nos bombardeamentos selectivos da II Guerra Mundial) que colonizaria a Europa por muitas décadas, os EUA aceitaram a infâmia do ataque nuclear sobre Hiroshima e Nagasaki, capturaram o sistema económico e político internacional (Breton Woods; ONU) e garantiram *manus militari* o seu interesse nacional nas áreas que definiam como “suas”.

A socialização do capitalismo não resultou da ameaça do sovetismo de pendor marxista-leninista, mas das pressões internas e das cedências necessárias e no limite para garantir a sobrevivência possível. As doutrinas de Keynes e de Beveridge sobre o reforço do papel do Estado não podiam resultar numa comunidade como a norte-americana, onde o poder político está completamente dominado pelos donos do dinheiro.

Estava facilitada a tarefa dos defensores da liberdade absoluta para os mercados, impondo-se a lei do mais forte. O estado mínimo de Reagan e Thatcher trouxe uma nova e mais agressiva, também mais dissimulada, forma de imposição imperial abrindo as portas ao capitalismo digital, sem fronteiras e de língua inglesa.

Na Europa os maiores adversários do imperialismo anglo-saxónico, pela via digital, na versão Reagan-Thatcher, eram os sistemas de social-democracia, onde o estado social respeitava as liberdades pessoais promovendo a coesão social através de um conjunto de instrumentos financeiros assentes na progressividade dos impostos e na igualdade/universalidade no acesso aos serviços públicos, mantendo a soberania dos Estados nas organizações internacionais.

Foi, por aí, no financiamento de partidos, fazedores de opinião e meios de comunicação social com a missão de descridibilizar as ideias que permitem o estado social e os titulares do serviço público, culpando o Estado social pela despesa pública em mensagens simplistas – tipo *spot* publicitário – para eleitorados analfabetizados pelos poderosos meios de entretenimento *made in USA* e pelas reformas de ensino impostas com o mote da rentabilidade económica pensadas para promover a ignorância e indiferença – na desarticulação desses instrumentos.

Na Europa, a transição do modelo europeu para o modelo americano foi apresentada, fora do continente, sob a forma de uma solução pragmática, sem ideias ou projecto de futuro, na terceira via de Tony Blair, ele próprio um produto artificial, só possível numa Europa onde as ideias norte-americanas se impõem sem oposição digna desse nome – pela falência dos modelos que se lhe procuram opor; pela falta

de criatividade dos opositores; e pela desigualdade de armas no acesso ao público.

O modelo capitalista financeiro revela a sua flexibilidade e adaptação, num instinto único de sobrevivência, ao colocar Barack Obama na Presidência dos EUA, a culminar uma campanha política que anunciando a ruptura, garante, mais uma vez, com sacrifícios mínimos dos mais ricos, a manutenção do *status quo* vigente.²⁹

Obama não desiludiu e, com uma cosmética bem propagandeada de pequenas e inócuas alterações, manteve o grande filão institucional (interno e internacional) que mantém o capitalismo financeiro como centro de decisão política, com muitas bandeiras e muita encenação patriótica na camuflagem de um imperialismo com rosto adequada à nossa época (o de Obama). A segurança continua a ser matéria de militares e de polícias; não uma função essencial de cidadania – como só pode ser quando se encara a segurança como coisa do estado-instituição – não do estado-comunidade.

a americanização do mundo pela via digital, agora na versão messiânica do obamismo (nova estrutura que garante a continuidade da supremacia americana no Mundo) não serve os interesses da Europa, ainda menos do Mundo, nem da sua defesa colectiva, por mais que os diplomados europeus com bolsas americanas e os “novos universitários” saídos dos *curricula* de Bolonha repitam a identidade de ameaças comuns e a inelutabilidade da nossa defesa depender dos EUA.

Para manter a aliança estratégica entre a Europa e os EUA, e importa mantê-la, é preciso identificar as actuais divergências e realinhar as políticas. Por exemplo: a Rússia não é hoje um inimigo da Europa, por mais que os EUA e os seus seguidores na UE tentem engendrar ameaças russas à liberdade dos europeus; existem convergências e divergências de interesses impostos pela reorganização do terrorismo dos radicais islâmicos, no interior da Europa e nos teatros de guerra do Afeganistão e do Iraque; África não pode cair numa neocolonização, após as fracassadas experiências de socialismo totalitário, como resulta da actual estratégia dos EUA definida para o continente africano (sobretudo em torno da África do Sul, Nigéria e Angola e com a criação do AfriCom).

²⁹ Para uma visão diversa sobre o futuro do capitalismo, ver: KALETSKY, Anatole. *Capitalism 4.0: the birth of a new economy in the aftermath of crisis*. New York, NY: PublicAffairs, 2010.

Assim, as respostas em cibersegurança têm mais a ver com as culturas dos povos que resistem e conseguem dialogar e cooperar em igualdade de posições e em harmonia de princípios, que com as estratégias do Pentágono para essa resistência.³⁰

Ao contrário dos EUA, a UE é uma união de Estados com história e independência política assentes na ideia de nação. Assim, a cooperação tecnológica e científica entre europeus e norte-americanos é fundamental; o diálogo político e cultural é necessário; a manutenção de pluralidades de modelos de resposta e respectivo financiamento, por respeito pela soberania decisória de cada Estado é essencial para a eficácia ao combate à insegurança cibernética.

A Europa deve, respeitando os modelos económicos de mercado que a caracterizam e a sua história de construção de um Estado social, com investimento público em políticas de defesa e de segurança, ligada aos sistemas de informações, garantir a eficácia de uma rede de Centros Nacionais de Cibersegurança, centrada na estrutura institucional de defesa e de segurança da UE e com uma ligação secundária, mas vital, à OTAN, combinando financiamentos públicos e privados: os primeiros, para o funcionamento; os segundos para o investimento.³¹

6 O PRESSUPOSTO COLOCADO PELO DIREITO: A PARTILHA DE VALORES E A CONFIANÇA

A questão jurídica envolvida na cibersegurança é complexa e requer um conjunto de especializações e uma interdisciplinaridade que coloca o tratamento jurisprudencial do tema numa fase ainda muito embrionária.

Pelo Direito a segurança não é uma questão de ordem mas de cumprimento de expectativas legítimas, de respeito pelas funções do Estado e de justiça na intervenção dos poderes públicos. Por isso, em

³⁰ Basta trabalhar com norte-americanos em matéria de segurança para saber que a igualdade de tratamento e o respeito pelas posições e pela cultura dos outros não são o seu forte no relacionamento bilateral, ou mesmo multilateral.

³¹ Entendemos, por isso, que o financiamento do CNC deve ter na base dinheiros público, via Orçamento de Estado no âmbito da Conselho Superior da República, destinado ao seu regular funcionamento; e financiamento privado para a prestação de serviços em áreas estratégicas para os privados e nos investimentos necessários para a sua actualização, criatividade e autonomia científica e tecnológica, sobretudo na previsão de ameaças.

Direito a segurança comum do ciberespaço pressupõe identificar os valores que partilhamos como comunidade; só depois os conceitos, os institutos, as instituições e as regras que constituem, em cada Estado, o corpo normativo-institucional da cibersegurança.

Daí que antes de passar para a positivação de regras em tratados e em convênios internacionais – e é já muito significativo e até caótico o conjunto de regras e procedimentos aprovados pelas organizações europeias e internacionais sobre a cibersegurança – importa criar um clima de confiança (*fides*) sem a qual nenhuma regulação jurídica subsiste e qualquer previsão de sanções é inútil porque se torna inaplicável.

REFERÊNCIAS

- BENEDIKT, Michael. *Cyberspace: first steps*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1991.
- GIBSON, William. *Neuromancer*. New York: Ace Books, 1984. (20th anniversary ed. New York : Ace Books, 2004).
- GREAT BRITAIN. Department for Business, Innovation and Skills (BIS); Department for Culture, Media and Sport (DCMS). *Digital Britain: the final report 2009* (Cm 7650). London: The Stationery Office (TSO), 2009. Disponível em: <www.official-documents.gov.uk/document/cm76/7650/7650.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2011.
- GREAT BRITAIN. Cabinet Office. *The national security strategy of the United Kingdom: update 2009: security for the next generation* (Cm. 7590). London: The Stationery Office (TSO), 2009. Disponível em: <<http://www.official-documents.gov.uk/document/cm75/7590/7590.asp>>. Acesso em: 10 jan. 2011.
- HÖLL, Otmar (Ed.). *Small states in Europe and dependence*. Wien: W. Braumüller; Laxenburg, Austria: Austrian Institute for International Affairs, 1983.
- JOUBERT, Vincent. Getting the essence of cyberspace: a theoretical framework to face cyber issues. In: CZOSSEK, C.; PODINS, K. (Eds.). *Conference on Cyber Conflict Proceeding, 2010*. Talinn, Estonia: CCD COE Publications, 2010. p. 111-125.
- KALETSKY, Anatole. *Capitalism 4.0: the birth of a new economy in the aftermath of crisis*. New York, NY: PublicAffairs, 2010.
- KAMINSKI, Ryan T. Escaping the cyber state of nature: cyber deter-

- rence and international institutions. In: CZOSSEK, C.; PODINS, K. (Eds.). *Conference on Cyber Conflict Proceeding, 2010*. Talinn, Estonia: CCD COE Publications, 2010. p. 79-94.
- KIRT, Toomas; KIVIMAA, Jüri. *Optimizing IT security costs by evolutionary algorithms*. In: CZOSSEK, C.; PODINS, K. (Eds.). *Conference on Cyber Conflict Proceeding, 2010*. Talinn, Estonia: CCD COE Publications, 2010. p. 145-160.
- OTTIS, Rain. From pitchforks to laptops: volunteer in cyber conflicts. In: CZOSSEK, C.; PODINS, K. (Eds.). *Conference on Cyber Conflict Proceeding, 2010*. Talinn, Estonia: CCD COE Publications, 2010. p. 97-109.
- STARR, Stuart; KUEHL, Daniel; PUDAS, Terry. Perspectives on building a cyber force structure. In: CZOSSEK, C.; PODINS, K. (Eds.). *Conference on Cyber Conflict Proceeding, 2010*. Talinn, Estonia: CCD COE Publications, 2010. p. 163-181.
- WOLFERS, Arnold. “National security” as an ambiguous symbol. *Political Science Quarterly*, v. 67, n. 4, p. 481-502, dec. 1952.

A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. UMA RESENHA DE PROSPECTIVAS E PROBLEMAS

Criminal responsibility of legal entity. A review of problems and perspectives

Leo Peppe¹

RESUMO

Algumas das empresas protagonistas da terrível crise financeira de 2008 poderiam ser responsabilizadas pelos seus comportamentos passados, motivo pelo qual é necessário estudar com profundidade a responsabilidade penal da pessoa jurídica, que somente no Brasil tem dimensão constitucional. Na Itália, o tema sofreu alterações introduzidas pelo decreto legislativo 231/2001, assim como pelas inovações introduzidas pela prática dos chamados *cyber crimes*, em 2008, com a aprovação da Lei n. 48 (ratificação e execução da Convenção do Conselho da Europa sobre a criminalidade informática). Devido à natureza das próprias sanções, a ampliação dos tipos penais puníveis foi sensível em poucos anos, em um contexto qualificado por obrigações de cooperação entre os Estados-membros e/ou com a Comissão de Bruxelas. A análise histórica sobre a origem do brocardo *societas delinquere potest* demonstra que um acontecimento da história da terminologia jurídica vem se colocando como um possível exemplo de semântica histórica, de significados que mudam e se confundem.

Palavras-chave: Biossegurança; Crimes Cibernéticos; Legislação Italiana; Pessoa Jurídica; Responsabilidade Penal.

ABSTRACT

Some protagonists companies of terrible financial crisis of 2008 could be called to answer for their past behavior which makes necessary to deep analyze the criminal liability for legal personality, that, only in Brazil, has a constitutional dimension. In Italy, the subject has been changed by the d.lgs. 231/2001, as well as by the innovations introduced through the practice of the so-called cybercrimes in 2008, with the approval of Law No. 48 (ratification and implementation of the Council of Europe about

¹ Professor Titular, Università Degli Studio Roma Tre. Roma – Itália. Texto recebido em 13.12.2009.

cybercrime). Due to the nature of the sanctions themselves, the expansion of the criminal offenses was sensitive in a context of cooperation obligatory among Member States and/or with the Brussels Commission. Historical analysis about the origin of the maxim *societas delinquere potest* shows that an event of history of legal terminology has been considered as a possible example of semantics historical of meanings that change and mix themselves.

Keywords: Biosafety; Criminal Liability; Cybercrimes; Italian Legislation; Legal Personality.

PREMISSA

O argumento demonstra-se sempre mais atual e importante no mundo todo, em todos os países, assim como nas organizações internacionais e supranacionais. E, possivelmente, algumas das empresas protagonistas da terrível crise financeira do outono de 2008 poderiam ser chamadas a responder pelos seus comportamentos passados, também sob o ponto de vista que aqui nos interessa.

Faço, agora, duas premissas.

Não me delongarei sobre o direito brasileiro e falarei somente sob a ótica de um observador estrangeiro que gostaria de abstrair sua estrutura e sua especificidade. Digo, desde já, não por dever de hospitalidade, que à primeira vista, a experiência jurídica brasileira me pareceu ser de grande interesse, particular e bem diferente sob alguns aspectos, por exemplo, quando comparada com as experiências que melhor conheço.

Certamente, o clima e a atitude da cultura jurídica brasileira sempre foram parecidos com os da cultura europeia continental: com argumentações esparsas em vários lugares, desde o início de 1800 até há algumas décadas atrás, houve sem dúvida a forte predominância da afirmação de que não é aceitável a introdução da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Essa opinião era expressa e resumida na geral difusão da máxima jurídica *societas delinquere non potest*, uma sociedade não pode manter um comportamento criminoso e ser responsável penalmente por ele. Acerca desse provérbio, voltarei ao final desta minha intervenção.

Em tempos ainda recentes, um advogado brasileiro se fez essa pergunta: a responsabilidade penal da pessoa jurídica: realidade ou sonho? Uma pergunta provavelmente só retórica. De fato, certamente podem ser recordadas infrutíferas tentativas de introduzir a responsabilidade jurídica, mas, concretamente, é suficiente lembrar que em 2008 aconteceram dois

eventos: os 20 anos da promulgação da Constituição Federal e os dez anos da Lei Ambiental (Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998).

Nesse período, houve uma rica produção bibliográfica sobre essa normativa, além de decisões jurisprudenciais fundamentais, como a de n. 564.960/SC do Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, de 13 de junho de 2005, que sujeitou a responsabilidade penal da pessoa jurídica “à imputação simultânea do ente moral e da pessoa física”, seguindo, portanto, a “teoria da dupla imputação”.

Como observador estrangeiro, quatro pontos me parecem especialmente interessantes:

a) primeiro ponto: o fato (por alguns rejeitado em razão de interpretações literais forçadas) de que a responsabilidade penal para a pessoa jurídica tenha sido expressamente prevista – pelo menos no que abrange à temática ambiental – em nível de Constituição Federal, ou seja, pela lei fundamental do Estado brasileiro, no artigo 225, parágrafo 3º: uma solução que não encontrei em outros lugares. Dessa forma, o âmbito de abrangência dessa responsabilidade é o bem ambiente, que recebe assim uma prioridade mais relevante, se comparada à maioria das outras experiências por mim conhecidas, que, mesmo assim, têm em primeiro lugar tipos penais de crimes financeiros ou de corrupção. Mais genérico é, por outro lado, o artigo 173, parágrafo 5º, no qual o uso sem qualificações do termo “responsabilidade” relacionado às pessoas jurídicas fez duvidar do fato de que nele se fizesse referência também à responsabilidade penal, além da civil e administrativa.

b) segundo ponto: o princípio constitucional fixado pelo artigo 225 tem aplicação concreta com a Lei Ambiental n. 9.605/98. A combinação da lei constitucional e dessa lei ordinária abre a porta, como se falará a seguir, para desenvolvimentos imprevisíveis pela sua dimensão e relevância (com um trajeto parecido ao que está acontecendo na Itália, mesmo que somente com base na lei ordinária).

c) terceiro ponto: o artigo 24 da Lei de 1998 escolheu estabelecer não somente sanções pecuniárias (como muitos outros ordenamentos jurídicos), mas também sanções restritivas de direitos, chegando à liquidação da pessoa jurídica, à “pena de morte empresarial”: essa é uma escolha radical, compartilhada por outros ordenamentos, como – por exemplo – recentemente também o italiano. Mas, ainda está se discutindo se esse regime sancionador explicitamente penal é completamente legítimo, ao passo que é indiscutível o previsto no Capítulo VI (Da Infração Administrativa), com as sucessivas atualizações, que preveem também

notáveis agravamentos, se comparados com as sanções administrativas inicialmente previstas no mesmo capítulo.

d) quarto ponto: a extensão dessa responsabilidade a novos tipos penais. Penso em um recente e clamoroso caso, o das possíveis consequências da já afirmada constitucionalidade da pesquisa sobre as células-tronco embrionárias. O Supremo Tribunal Federal do Brasil, em 29 de maio de 2008, confirmou a constitucionalidade do artigo 5º da Lei n. 11.105/2005 sobre biossegurança (Lei de biossegurança). Já se havia concluído que certamente os crimes previstos nessa lei (arts. 24 a 29) podem ser imputados às pessoas jurídicas, nos termos do artigo 3º da Lei Ambiental. Obviamente, trata-se de matéria delicadíssima e muito discutida, em consideração aos valores envolvidos: aqui, eu a menciono só para lembrar um exemplo extremamente atual, mas na realidade a responsabilidade das pessoas jurídicas foi evocada também para outros tipos penais.

A segunda premissa que desejo fazer é que não sou nem um estudioso nem um *expert* do direito penal ou do direito processual penal: sou um historiador do direito. Interessei-me por essa específica problemática porque, como em breve direi, no início do século XXI, o meu país, a Itália, decidiu superar a antiga posição negativa introduzindo uma nova e revolucionária normativa que depois – com o passar dos anos – foi enormemente ampliando seu campo de aplicação. Nesse novo contexto, uma série de posições tradicionais, normativas e doutrinárias, foi desrespeitada: e, pelo fato dessa novidade ter contemplado muitos países e o próprio direito da União Europeia, meu interesse estendeu-se até essas outras realidades. A meu ver, emergiu um panorama de grande interesse, que se apresenta como um afresco de novidade sobre um substrato precedente, complexo e rico de uma história articulada e talvez indecifrável. A esse passado, após ter exposto a problemática sob seus aspectos mais atuais, dedicarei a parte final do meu discurso de hoje: uma pesquisa útil porque muitas das dificuldades do novo direito derivam daquelas exigências que em tempos menos recentes confirmaram-se como prevaletentes.

1 INTRODUÇÃO

Entrando no assunto. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas é um argumento que foge de uma abordagem unitária; o mesmo objeto, uma responsabilidade qualificada como “penal”, corre o risco de ser puramente nominalista ou de ser revestido com terminologia maliciosamente diferente, como a qualidade de responsabilidade “administrativa”, com a finalidade de não incorrer nas características

próprias do direito penal, e assim arriscar a rejeição por parte do ordenamento.

Em certa medida, o próprio direito da União Europeia muito tempo pareceu por esquivar-se da vontade de indicar de modo exclusivo a seara do direito na qual uma eventual sanção deveria ser prevista. Por exemplo, em 1991, no famoso caso Vandevenne, a Corte de Justiça da Comunidade Europeia limitou-se a prescrever que, primeiramente, as sanções previstas pelos Estados nacionais “*aient un caractère effectif, proportionné et dissuasif*”. É terminologia que será reencontrada na sucessiva normativa comunitária e da OECD (Convenção contra a corrupção de agente público, de 17 de dezembro de 1997); particularmente interessante é o artigo 3º (*Sanções*), em seu ponto 2: “Caso em que, segundo o sistema jurídico de uma Parte, a responsabilidade penal não seja aplicável às pessoas jurídicas, a Parte em questão deverá assegurar que as pessoas jurídicas sejam passíveis de sanções não penais eficazes, proporcionais e dissuasivas [...]”. Na realidade, nessa frase fica claro que a norma objetiva uma responsabilidade substancialmente penal na perspectiva da Organização, mas amortece as consequências sobre as normativas nacionais.

Frente a um quadro evidentemente articulado, começarei por uma exposição sumária em ordem cronológica da situação dos três grandes países “latinos” europeus: França, Espanha e Itália – com uma menção à Bélgica pelo interesse que seu ordenamento apresenta –, analisando posteriormente a Itália, em especial. No direito desses países, até os primeiros anos da década de 90, sempre havia prevalecido, em síntese, quanto expresso pelo tradicional provérbio jurídico *societas delinquere non potest*, acerca do qual falarei algo no final: um sujeito não assimilável a uma pessoa física não pode ser penalmente responsável. Esse brocardo passou por uma modificação não revolucionária perto da metade de 1900, tornando-se também *societas delinquere potest, sed puniri non potest*.

Na realidade, já na doutrina dos três países começou-se a duvidar da atualidade dessa regra jurídica; na França, houve também algumas sentenças que iniciaram a inovar em matéria. Na Itália, em 1970, *Franco Bricola* foi propulsor da mudança, *Gaetano Pecorella* escreveu em 1977 um artigo com o título *Societas delinquere potest*.

Na França, começando pelo histórico Código Penal de 1810, essa responsabilidade não era prevista e foi introduzida, como automática consequência da responsabilidade da entidade pelo fato ilícito do funcionário, pelo Código Penal em 1994, no artigo 121-2, nestes dizeres: “*Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement,*

selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.”

A admissibilidade da responsabilidade penal parece, assim, ser circunscrita somente às *personnes morales*, exceto os *groupements non personnalisés*.

Na Espanha, a responsabilidade penal é uma novidade recente, desde 1995 e provavelmente essa mudança poderia ter sido ainda maior considerando-se o *Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma* do Código Penal de 2006; antes a doutrina predominante negava essa possibilidade, pelos argumentos tradicionais que podem ser reconduzidos ao citado brocardo *societas delinquere non potest*.

Primeiro a *Ley Orgánica* n. 10/1995, de 23 de novembro, introduziu no Código Penal o artigo 129 (*consecuencias accesorias*); sucessivamente a *Ley Orgánica* n. 15/2003, de 25 de novembro, introduziu no artigo 31 do Código Penal o número 2, com o escopo, segundo a *Exposición de Motivos de la Ley*, “*de ampliar sensiblemente la proyección de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*”: “2. *En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó.*”

Parece então serem contempladas nessa previsão as pessoas jurídicas *sociedad, empresa, fundación o asociación*, com o intuito do legislador espanhol de adequar a própria política criminal ao que foi propugnado pelas organizações internacionais; até a alteração do artigo 31, em 2003, duvidou-se na Espanha sobre a natureza da pena dessas sanções, mas agora essa opinião parece ser amplamente prevalecente e o tema mais debatido parece ser o dos *critérios de imputación* da responsabilidade criminal de uma pessoa jurídica.

Uma menção especial merece a Bélgica que, em 1999, promulgou (após a lei de 30 de junho de 1971, que determinava sanções administrativas impostas pelo *Ministère de l'Emploi et du Travail* contra o empregador, seja ele pessoa física, seja *personne morale*) a lei de 4 de maio de 1999, “*instaurant la responsabilité pénale des personnes morales*”. O artigo 2 dessa lei introduziu um novo artigo 5º no Código Penal belga e constitui uma novidade, comparado ao que foi visto até agora: “*Toute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu’elles ont été commises pour son compte*”. Ao ter agido *pour compte* (como no direito francês) ou *en nombre o por cuenta*

(direito espanhol), associa-se a avaliação teleológica dos comportamentos (*réalisation, défense, les faits concrets*) que levaram à conduta criminal.

Esse artigo 5º, no seu parágrafo 3º, traz outra novidade notável: não se exige a personalidade legal, dessa forma estando incluídas em seu rol e sendo equiparadas às *personnes morales*, associações temporárias, *joint ventures, partnerships* civis que não tenham se tornado sociedades comerciais; exclui-se, somente e explicitamente, uma série de entidades substancialmente públicas, como na normativa francesa.

Entre os regimes aqui sintetizados, o belga é com certeza o mais próximo do que aconteceu na Itália no começo do novo milênio, primeiramente dando início ao percurso, como acima mencionado, com Lei delegada n. 300/2000 e depois com o Decreto Legislativo 231/2001, ao qual, com o passar dos anos, foram sendo inseridos ulteriores tipos criminais, quando eram introduzidos no ordenamento penal italiano.

2 “PIERCING THE VEIL”

Outro discurso merece o mundo anglo-americano, especialmente os Estados Unidos (mas chegando, após a guerra, também no Japão). Nesses países, desde o século XIX, foi sendo introduzida progressiva e extensivamente a responsabilidade penal das pessoas jurídicas (primeiramente dos vários tipos de *liability*); utilizando uma frase famosa, pode-se afirmar que o véu ideológico foi levantado definitivamente em 1912, partindo daquele que os juristas norte-americanos chamam *the seminal study* na matéria: *Piercing the veil of corporate entity*, de *Wormser*, com uma terminologia hoje já tradicional. Na categoria *corporate crimes* estão inclusos infinitos comportamentos e são contemplados mecanismos procedimentais e institucionais complexos, também pelas enormes dimensões dos interesses econômicos implicados. Pararei neste ponto, devido à complexidade dos conhecimentos que aquele mundo requer; deve ser lembrado, porém, que a Convenção OECD de 1997 contra a corrupção, já lembrada, tem sua origem em uma lei norte-americana de 1997, que proibia às sociedades daquele país corromper funcionários estrangeiros com a finalidade de concluir ou manter negócios em seus países, com sanções bem enérgicas.

Mas, a consciência alcançada da natureza de *veil* das pessoas jurídicas se difundirá também na Europa; para a Itália, basta ler um dos maiores civilistas italianos, *Francesco Galgano*, que, em 1995, escreveu: “a pessoa jurídica é [...] somente um instrumento da linguagem jurídica, útil para resumir – insubstituível nessa sua função semântica – uma complexa

disciplina normativa de relações intercorrentes entre pessoas físicas”, concluindo, substancialmente, tratar-se de “um conjunto de privilégios”.

Finalizo esta rápida resenha de algumas experiências importantes. Poderiam ser examinadas muitas outras, praticamente, todos os Estados deveriam ser considerados. Esse não é o contexto e eu nem possuo essas competências. Nem é questão de dimensão ou peso geopolítico: particularmente interessantes seriam na Europa, por exemplo, as experiências portuguesa e a inglesa. O método das *Guidelines* (EUA) foi adotado também pela Inglaterra, após o *Criminal Justice Act* de 2003; mas o sistema inglês é muito complexo e baseado essencialmente na obra dos juízes, aos quais se deve uma lenta e pontual afirmação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, iniciando daquele que é, de forma unânime, considerado o ponto de partida desse percurso, a condenação, em 1842, de uma companhia de transporte ferroviário por conduta omissiva.

Prefiro encerrar com a recente experiência daquela singularidade que é a Suíça, pequeno país, mas grande centro financeiro, fora da União Europeia, mas em seu centro geográfico.

A Suíça tem uma tradição codicista, já em seus códigos cantonais pré-unitários, absolutamente contrária à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, posição reafirmada em uma sentença do Tribunal Federal de 1915 e recebida pelo Código Penal Federal de 1937. As coisas mudaram um pouco já em 1974, com a *Loi fédérale sur le droit penal administratif*, cujo artigo 7º pode ser parcialmente aplicado também “*aux collectivités sans personnalité juridique*”; até que, após um conturbado percurso legislativo, em 21 de março de 2003, entrou em vigor o novo regime do artigo 102 do Código Penal suíço, que introduziu a cargo da empresa a responsabilidade subsidiária, por meio de uma multa até o limite de cinco milhões de francos. É interessante perceber que o regime geral prevê que tal responsabilidade seja subsidiária, ou seja, pode existir somente se “por carência na organização interna” não for possível identificar a pessoa física responsável (art. 102, § 1). Existe sempre, porém, a responsabilidade da empresa em caso de um crime previsto pela lei federal suíça contra a concorrência desleal e, sobretudo, para os crimes que estão previstos na Convenção da União Europeia Contra a Corrupção, de 1997. Assim, a Suíça, mesmo não pertencendo à União Europeia, adotou dela uma inovadora disciplina jurídica.

Desejando sintetizar o que foi exposto até este momento, pode-se dizer que a responsabilidade das pessoas não físicas, primeiramente e de preferência das pessoas jurídicas, foi sancionada somente em tempos recentes e só em alguns casos afirmou-se explicitamente que se trata de responsabilidade penal e não administrativa ou penal administrativa.

Sobre as sanções, elas sempre tiveram natureza pecuniária e somente em alguns casos natureza restritiva de direitos, com problemas não simples em matéria de medidas cautelares.

Analisando as realidades supranacionais, eficazmente afirmou-se que somente com a Convenção da Comunidade Europeia, de 26 de julho de 1995 (que tutela os interesses financeiros da Comunidade) – e, portanto, recentemente – nasceu um verdadeiro direito penal da União Europeia.

3 A ITÁLIA ANTES DO DECRETO LEGISLATIVO N. 231/2001

Se considerarmos o dado normativo, a única norma que tinha uma certa relevância, mesmo que com mínima eficácia, era o artigo 197 do Código Penal, que previa a “obrigação civil das pessoas jurídicas para o pagamento das multas e das multas por contravenção” em caso de insolvência do condenado que fosse empregado ou representante da própria pessoa jurídica; vale evidenciar, porém, como entre os tipos considerados está presente a circunstância que o crime tenha sido cometido “no interesse da pessoa jurídica”. Ainda menos relevante foi o artigo 6º da Lei n. 689, de 24 de novembro de 1981 (“Alterações ao sistema penal”), que configurava para a entidade uma obrigação solidária com o autor físico, em relação à violação.

O verdadeiro centro do problema era representado pelo vínculo colocado aos demais pelo artigo 27, parágrafo 1º, da Constituição italiana: “A responsabilidade penal é pessoal”; nem foi considerada irrelevante a previsão sucessiva que as penas “devem visar à reeducação do condenado”. Como pode uma pessoa jurídica ser reeducada? Mas, bem mais relevante é o primeiro ponto, como responsabilidade por fato próprio, que afinal foi contornado com a escolha do termo “sanção administrativa”; teria sido mais correto falar em sanção penal administrativa, como faz o ordenamento da República Federal da Alemanha (“*Gesetz uber Ordnungswidrigkeiten*“, especialmente com relação às multas do § 30): um *tertium genus*, do qual se fala na *relazione* de acompanhamento do Decreto Legislativo n. 231/2001. Permaneceu somente a expressão “sanção administrativa”: por isso, acerca da solução italiana, falou-se em “fraude das etiquetas”.

4 A ITÁLIA APÓS O DECRETO LEGISLATIVO N. 231/2001

Neste ponto, gostaria de evidenciar, segundo minha opinião, os aspectos mais interessantes da normativa italiana resultantes do Decreto Legislativo n. 231/2001, com uma ressalva necessária para compreender

melhor a importância de quanto introduzido; inicialmente, o novo regime estava previsto somente para a corrupção; gradativamente, o rol dos chamados “*reati-presupposto*” foi muito ampliado, abrangendo crimes contra a Administração Pública e empresariais, crimes de terrorismo e de atentado à ordem democrática, tráfico de pessoas, crimes e ilícitos financeiros, com outras importantíssimas novidades em 2007 e em 2008. Ficam ainda excluídos os crimes ambientais e tributários; mas, acerca dos crimes de evasão fiscal ligados aos casos de fraude, corrupção e lavagem de dinheiro, interveio a recente Lei n. 135, de 4 de agosto de 2008, que introduziu (no seu art. 6º) o dever de assistência entre os Estados-membros da União Europeia. Essa lei autoriza a Itália a ratificar o segundo Protocolo da Convenção sobre a Tutela dos Interesses Financeiros, selado em Bruxelas, em 19 de junho de 1997.

Gostaria de encerrar esta resenha de “*reati-presupposto*” pela responsabilidade, evidenciando duas novidades recentes na Itália, que abrangem vastas áreas da realidade jurídica e social.

A. A primeira área é a da *segurança no trabalho*; a Lei delegada n. 123, de 3 de agosto 2007, em seu artigo 9º, prevê, efetivamente, a inserção no Decreto Legislativo n. 231/2001 do artigo 25, inciso VII, que pune o homicídio culposo e lesões graves ou gravíssimas cometidas com violação às normas contra acidentes no trabalho e às tutelas de higiene e saúde no trabalho. A remessa ao Decreto Legislativo n. 231/2001 é sucessivamente completada pelo decreto legislativo de atuação da lei delegada acima citada, o Decreto n. 81, de 9 de abril de 2008 (*Texto único sobre a segurança*): esse decreto, em seu artigo 30, contém normas inovadoras em matéria de segurança na construção dos modelos de *compliance program*: maior rigor, mas também particulares excludentes de punibilidade.

B. A segunda área é a dos *cyber crimes*; em 2008, o Parlamento italiano aprovou a Lei n. 48, de 18 de março de 2008 (ratificação e execução da Convenção do Conselho da Europa sobre a criminalidade informática), que, em seu artigo 7º prevê a introdução da repressão dos crimes informáticos no artigo 25, inciso VII, do Decreto Legislativo n. 231/2001. Nesse contexto, ocupa obviamente um espaço particular, quando aborda a pedofilia pela internet, já reprimida pela Lei n. 38, de 6 de fevereiro de 2006 (“Disposições em matéria de luta contra a exploração sexual das crianças e a pedofilia pornográfica também através a internet”), e que, com o artigo 10, insere os crimes entre os do artigo 25, V, parágrafo 1º, do Decreto Legislativo n. 231/2001.

Enfim, devido à natureza das próprias sanções, a ampliação dos tipos penais puníveis podia se dar somente por meio de lei e assim

efetivamente aconteceu, com um sensível aumento em poucos anos – aproximadamente dez – de tipos de crimes aos quais é introduzida a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, em um contexto qualificado por sempre maiores obrigações de cooperação entre os Estados-membros e/ou com a Comissão de Bruxelas.

Não é este o lugar para entrar em detalhes sobre cada norma, sanção pecuniária e restritiva de direitos, e dos perfis processuais. Após uma primeira avalanche de publicações por ocasião da publicação da Lei n. 300/2000 e do Decreto Legislativo n. 231/2001, presenciou-se na Itália um proliferar de portais informáticos de associações profissionais, de publicações (mesmo de diferente valor, ainda que, nos casos mais voltados à prática, com um enfoque nos problemas teóricos) e de cursos universitários. Para não me alongar, remeto a uma coletânea do fim de 2007 da editora IPSOA, que é um verdadeiro comentário do Decreto Legislativo n. 231/2001.

Particularmente importante foi a atividade de predisposição dos códigos de conduta (previstos no art. 6º do Decreto Legislativo n. 231/2001) por parte das associações representativas das entidades, dentre as quais, de clara e fundamental relevância, foi a da Confederação da Indústria, que culminou em 2 de abril de 2008 com a aprovação, por parte do Ministério da Justiça italiano, com uma aparência nova: em um volume de 151 páginas, dividido em 4 partes e um suplemento de *case study*.

De importância significativa, mesmo se menor que a relevância do tema conduziria a imaginar, foi a obra da jurisprudência de mérito e de legitimidade no esclarecimento de alguns pontos que levantaram dúvidas, como veremos a seguir, no parágrafo 6º; mesmo assim, no começo de 2006, havia pouco mais de 100 procedimentos contra pessoa jurídica tramitando pela Procuradoria.

Deve-se afirmar, outrossim, que a disciplina do Decreto Legislativo n. 231/2001 veio permeando muitos aspectos da realidade econômica e jurídica italiana, algumas vezes também de forma não esperada. Posso citar, por exemplo, um fato muito conhecido, pelo clamor que suscitou na Itália e no Brasil, sobre a luta pelo controle da Brasil Telecom: após três anos, em julho de 2008, em Milão, a Procuradoria encerrou suas investigações sobre os relatórios ilegais realizados – sobretudo por meio de interceptações telefônicas e espionagem informática – pelo serviço de segurança interno da Pirelli e depois da Telecom. Uma longa série de crimes foi imputada a 34 pessoas; não foram acusadas as altas esferas das duas sociedades, ao passo que estas foram indiciadas pela violação ao Decreto Legislativo n. 231/2001, por não ter pré-determinado, antes da realização do fato, modelos de organização e

gestão idôneos para a prevenção dos tipos de crimes ocorridos, tendo sido adotado modelo organizacional capaz de prevenir a consumação dos crimes somente em maio de 2003 e, mesmo assim, desde o momento da adoção, não o tendo eficazmente aplicado e não tendo adequadamente vigiado sua observância, possibilitando que X., na qualidade de responsável pela função *security* do grupo Telecom Itália, perpetrasse, no interesse da sociedade, os crimes a ele imputados.

Nesse ato judiciário, merece ser destacada a importância da falta de vigilância. De fato, o artigo 6º, parágrafo 1º, do Decreto Legislativo n. 231/2001 prevê que a entidade não responde se

“b) a tarefa de vigiar pelo funcionamento e a observância dos modelos de cuidar de sua atualização foi confiada a um organismo da entidade, dotado de poderes autônomos de iniciativa e de controle; c) as pessoas cometeram o crime eludindo fraudulentamente os modelos de organização e de gestão; d) não se verificou omissão ou carência na vigilância por parte do organismo da letra b)”.

Qual é o resultado concreto dessa norma? A praxe da Procuradoria de Milão considera, mesmo assim, a vigilância carente se o órgão de controle não se reúne com uma frequência de poucos meses entre uma reunião e outra.

5 ALGUNS PONTOS FUNDAMENTAIS DO DECRETO LEGISLATIVO N. 231/2001

Gostaria de sublinhar somente alguns pontos fundamentais da normatização italiana, sob o aspecto teórico, deixando de lado os aspectos mais técnicos, não menos interessantes, como, por exemplo, a forte discricionariedade do juiz no cálculo das “quotas” colocadas como base das multas por contravenções.

“Artigo 1º - (*Âmbito e sujeitos*): 1. O presente decreto legislativo disciplina a responsabilidade das entidades pelos ilícitos administrativos dependentes de crimes. 2. As disposições neste contidas aplicam-se às entidades providas de personalidade jurídica e às sociedades e associações, mesmo que não providas de personalidade jurídica”.

Merece ser destacada – em comparação aos outros ordenamentos – a ausência do requisito da personalidade jurídica. A regra do item 3 (“Não se aplicam ao Estado, às entidades públicas territoriais, às outras entidades públicas não econômicas e nem àquelas que desempenham funções de relevância constitucional”) possui alguns problemas na delimitação de sua abrangência.

“Artigo 2º - (*Princípio da legalidade*): 1. A entidade não pode ser considerada responsável por um fato que constitui crime, e sua responsabilidade administrativa, em relação àquele crime e as sanções inerentes, não foi expressamente prevista por uma lei entrada em vigor antes da realização do fato”.

É risível a inserção dessa norma, obviamente pleonástica, como considerado pelo Supremo Tribunal, mas é claro o indício da dificuldade do legislador de colocar essa providência no ordenamento jurídico italiano.

“Artigo 5º - (*Responsabilidade da entidade*) 1. A entidade é responsável pelos crimes cometidos em seu interesse e para sua vantagem: a) por pessoas [...] 2. A entidade não responde se as pessoas indicadas no parágrafo 1º agiram unicamente em interesse próprio ou de terceiros”.

Em relação às noções de interesse e de vantagem, talvez tenha ocorrido o debate mais interessante, com uma importante sentença do Supremo Tribunal Penal Italiano (n. 3.615, de 2006), objeto de inúmeros comentários, a respeito dos quais retornaremos no próximo parágrafo.

“Artigo 8º - (*Autonomia das responsabilidades da entidade*) 1. A responsabilidade da entidade existe também quando: a) o autor do crime não foi identificado ou é inimputável; b) o crime se extingue por causa diferente da anistia”.

Este artigo sanciona a plena autonomia das responsabilidades da entidade sobre a responsabilidade das pessoas físicas eventualmente envolvidas.

6 A JURISPRUDÊNCIA

Os primeiros casos foram de corrupção, mas prontamente foram levantadas algumas questões interessantes. De forma resumida:

- particularmente importante foi a exclusão da menção do Decreto Legislativo n. 231/2001 ao empreendedor individual, pois toda a normativa em objeto faz referência somente às “entidades”, “termo que evoca o inteiro espectro dos sujeitos de direito metaindividuais”;

- tal normativa foi considerada aplicável às sociedades estrangeiras que operam na Itália, porque sujeitas à nossa lei;

- a entidade é responsável mesmo se dotada de *compliance program*, se não cuidou da sua efetiva operacionalidade;

- para os fins do Decreto Legislativo n. 231/2001, são necessárias certeza e relevância do resultado, mas não a exata quantificação; além disso, a noção de resultado de caráter relevante tem um conteúdo mais

amplo que aquele que se entende por lucro líquido, pois nesse conceito recaem também vantagens não imediatas;

- o juiz não pode, ao revogar uma medida cautelar de interdição, impor ao ente a adoção coativa de modelos organizacionais;

- colocou-se como requisito a presença de pelo menos uma das condições previstas em matéria de aplicação das medidas de interdição cautelar;

- especialmente complexos os acontecimentos originados pelas facilidades financeiras em relação à autonomia da responsabilidade da entidade.

Entre todas as decisões da Corte de segunda instância, a que provavelmente teve mais repercussão – também na imprensa não especializada – foi a da Cass., II Seção penal, de 30 de janeiro de 2006, n. 3.615, uma sentença especialmente bem redigida, acerca de um caso de fraude contra o Estado para a obtenção de verbas públicas. Particularmente, em relação ao ponto fundamental do Decreto Legislativo n. 231/2001, ou seja, à “existência do requisito objetivo do interesse ou da vantagem da entidade, como condição de aplicabilidade da sanção”, a Suprema Corte negou o caráter de *hendiadis* ao binômio interesse/vantagem: o interesse da sociedade deve ser avaliado *ex ante*, a vantagem requer uma avaliação *ex post*. No máximo, o tipo ocorreria mesmo se o interesse fosse uma locupletação premeditada, mas sucessivamente não realizada, ou a vantagem poderia ser objetivamente alcançada com o êxito do crime, mesmo se não expressamente planejada *ex ante* pelo agente.

7 SOCIETAS DELINQUERE POTEST

Nessa altura, encaminho-me à conclusão desta apresentação e, para isso, quero retornar ao início, ao brocardo *societas delinquere potest*, ao qual tinha atribuído a origem e a justificação da resistência ideológica e cultural no admitir a responsabilidade das pessoas jurídicas, na Europa continental e na Itália em especial.

Quando a Faculdade à qual pertencço (Faculdade de Direito da Universidade Roma Tre), também por minha colaboração através de alguns contatos pessoais, organizou dois simpósios quando da publicação do Decreto Legislativo n. 231/2001, fiquei surpreso pela frequência com que esse aforismo era citado, dando por certo que pertencesse ao direito romano. Certamente não sou um profundo conhecedor do direito positivo,

mas conheço algo a mais sobre o direito romano; assim, acreditava poder excluir a existência de uma *regula* romana como essa ou, pelo menos, poder excluir que nas fontes romanas se pudesse identificar um seguro progenitor do nosso provérbio jurídico. À reconstrução dessa afirmada ascendência dediquei uma pesquisa, já publicada há alguns anos. De fato, encontrei o brocardo citado como romano e evocado nos mais diversos contextos; provavelmente, o contexto para mim mais impressionante foi o processo de Nüremberg no qual, em 23 de fevereiro de 1946, durante uma audiência, Merkel, defensor da *Gestapo*, a *Geheime Staatspolizei*, a polícia de Estado secreta nazista, invocou o brocardo para sustentar que somente os que a ela pertenciam podiam ser condenados e somente pelos seus comportamentos pessoais. O defensor não apenas negava a criminalidade da *Gestapo* como conjunto, mas colocava o problema dos membros inocentes da *Gestapo*, que nessa qualidade não poderiam ser punidos. Este problema dos inocentes é sempre levantado quando se aborda a responsabilidade penal de um conjunto. Ao mesmo tempo, deve-se lembrar que o Tribunal Militar Internacional de Nüremberg foi instituído com base no Pacto de Londres, de 8 de agosto de 1945, e do Estatuto do Tribunal anexo ao Pacto. No Estatuto deve ser destacado que o artigo 9º permitia ao Tribunal chegar a declarar que um grupo ou uma organização fosse uma organização criminosa: e a *Gestapo* foi reconhecida como tal e condenada; e seus componentes foram considerados como pertencentes a uma organização criminosa. Segue a intervenção do advogado da *Gestapo* (*Autos do processo de Nüremberg*, v. 21, p. 496):

“For criminal guilt means the embodiment of conditions which are punishable not only in an objective, but also in a subjective form. In other words, a crime can only be committed in terms of guilt, that is, only intentionally. [...]

*However, the problem of collective guilty lies, in a sense, much deeper. The thought of rejecting the collective guilty goes to the most ancient times. It originated in the Old Testament, and through Hellenic culture and Christianity it spread over the entire world. In this way it has become the guiding legal principle of the entire moral order of the world. In Roman law the sentence was expressed clearly: *societas delinquere non potest*. In modern times we have retained the thought of individual guilt.”*

Acontece que minha pesquisa sobre as origens não levou a nenhum dado certo. Minha conclusão foi que muito provavelmente o brocardo foi lançado pela doutrina em matéria de direito penal alemã na metade de 1800, com base no dogma voluntarístico de *Savigny*, provavelmente reformulando um princípio estabelecido pelo Papa Inocêncio IV: *impossibile est quod universitas delinquat*. Mas, em realidade, até o final

de 1700, nunca se havia seriamente duvidado do fato que as *universitates* pudessem *delinquere*, mesmo isso trazendo consequências muito graves também para quem não tinha compactuado de uma certa conduta culpável, circunstância que tinha levantado discussões.

8 UMA ULTERIOR TENTATIVA

Mas essa conclusão não havia me satisfeito. Ao longo de uma recente permanência para estudos em Heidelberg, procurei aprofundar ulteriormente a pesquisa sobre a origem do brocardo *societas delinquere non potest*, sobretudo no contexto do direito em língua alemã. Essa atenção preferencial à cultura e às experiências jurídicas daquela área (inclusive a Suíça) derivou do modo pelo qual se desenvolveu minha pesquisa anterior e, particularmente, da conexão que me pareceu ter percebido entre o princípio jurídico expresso no aforismo e aquelas experiências jurídicas, particularmente com a afirmação do pensamento de *Savigny* e, sucessivamente, de sua escola. Afinal, a afirmação dessa conexão é muito difundida, mesmo se, às vezes, é associada (mas não contraposta) a outra conexão, aquela com as concepções de pena de matriz Iluminista. Dessa predominante orientação podem ser encontrados infinitos exemplos, como o jusromanista *von Lubtow* ou o jovem comparatista suíço *Macaluso*. Na ciência jurídica brasileira muitas e, quiçá, prevalentes foram as menções a *Savigny*, mas recorrem também posições diferentes, que lembram a importância do Iluminismo e de *Feuerbach*.

Afinal, o próprio *Savigny*, em 1840, lembrou *Feuerbach* entre os negadores absolutos da admissibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Feuerbach*, em 1801, portanto bem antes de *Savigny*, expressava-se de forma totalmente negativa. Com um avanço historiograficamente interessante, *Mittermaier* – o sucessivo editor do manual de *Feuerbach* – em 1847, na 14ª edição do manual, opera a citação somente bibliográfica do *System* de *Savigny*.

Assim, de qualquer forma, a menção adequada parece ser a da doutrina alemã dos primórdios de 1800; todavia, um levantamento mais aprofundado na literatura sobre o direito penal alemão da primeira metade de 1800 não deu resultado sobre o nosso brocardo. De fato, posto que na metade do século XVIII todos os manuais afirmavam a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, ao passo que no começo de 1800 a maioria afirmava o oposto, o brocardo não foi citado nem na doutrina contrária ao princípio, nem na favorável.

Nessa incerta origem da matriz do brocardo, acredito ser possível afirmar que certamente podem ser identificadas três linhas de pensamento: por um lado, duas linhas paralelas e parcialmente sobrepostas (as de *Feuerbach* e *Savigny*) e, por outro, uma totalmente contraposta, que predomina no direito da metade de 1700, sobrevive como teoria por boa parte de 1800 e retoma fôlego somente com *Otto von Gierke*, sem, todavia, conseguir se tornar direito vigente.

Renunciei (por ora) a continuar minha indagação, mas vale a pena evidenciar como, em 1937, o brocardo surgiu na dissertação dedicada ao nosso tema por um fanático nazista, *Kampmann*. Ele o menciona duas vezes, atribuindo-o ao direito romano e colocando-o na base do pensamento de *Savigny*, que sucessivamente é por ele profundamente atacado como expoente do pensamento romano/individualista; conclui que – por força do art. 124 do ato normativo para a defesa do povo e do Estado, de 28 de fevereiro de 1933, e do *Führerprinzip* – chegou o momento de uma plena atribuição da responsabilidade penal às associações, beirando ao extremo de atribuir explicitamente um papel também à *Gestapo* (p. 43) na guarda delas. Mas, essas conclusões do jovem nazista podem ser consideradas também o indício de algo mais amplo e relevante, ou seja, o indício não somente de um programa de política do direito, mas também da aversão profunda do nazismo à própria noção de pessoa jurídica, em favor da “personalidade concreta”.

Esse aprofundamento sobre a origem do brocardo parece ser útil para o fim de expressar a complexidade das ideias e das inspirações culturais que se dão na área alemã. Porém, mais interessante seja talvez o que surgiu em um ponto específico: a utilização nele do termo *societas*.

9 GIERKE E O TERMO “*SOCIETAS*”

Os locais onde *Gierke* discute a responsabilidade penal são numerosos e distribuídos nos volumes 2, 3 e 4 do *Das deutsches Genossenschaftsrecht*, mas *Gierke* recorre também ao exame do termo *societas*: uma primeira vez, no final do volume 3, ao longo da exposição da legislação alemã no tempo da recepção e a teoria da corporação, quando se afirma – como uma das consequências da reforma em matéria de bens eclesiásticos – uma nova atenção às romanas *Kategorien* da *societas* ou da *communio*, com acento no conteúdo patrimonial. Em 1700, aparece expressamente o termo *Societät*, em referência aos fenômenos já pré-existentes em 1500 e 1600 de associações profissionais

(*Gewerkschaftsrecht*) com base patrimonial. O panorama oferecido por *Gierke* em 1881 (data de publicação do volume 3) muda radicalmente após 30 anos, em 1913, no volume 4: aqui, *societas* comparece na página 260, no âmbito da abordagem da temática por parte das teorias do Estado em 1600, quando *Gierke* escreve que *universitas*, muitas vezes, é identificada como a soma de cada *individua* e muitas vezes os limites entre *universitas* e *societas* se confundem. Segue, sucessivamente, o exame dos teóricos do direito natural, partindo de *Grotius* e sua noção de *societas*; no segundo capítulo, *Gierke* percorre quase dois séculos de teorias sobre o direito natural.

Concluindo e ao fim de sua pesquisa, *Gierke* atribui à influência do direito natural o fato de que a corporação e o próprio Estado tornaram-se *societas*. Estamos, então, no final de 1700.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na primeira pandectística, em *Puchta* de 1845, *societas* torna-se um gênero de *universitas personarum*, a mais usual como *privata societas*: há, também, um tipo especial, que *Korporationsrechte hat*, após o Estado e os entes cívicos, trata de corporações que de certa forma estão ligadas a instituições estatais, *collegia, societates* (qualificadas justamente como *publicae*, como as *publicanorum*); depois, a Igreja e as corporações eclesásticas. Somente elas têm a personalidade, mas, sucessivamente, de forma confusa, afirma-se que ela pode ser estendida também a outros, por meio de concessão.

Passadas algumas décadas, dessa terminologia não fica nenhum sinal, como no exemplo de *Heinrich Dernburg* (nascido em 1829 e falecido em 1907), pandectista da fase mais tardia e expoente da escola histórica, mas grande personalidade independente e livre de doutrinanismos. O pensamento de *Dernburg* é substancialmente parecido com o de *Puchta*, porém mais claro e diferentemente expresso: ele faz da concessão o momento fundamental e distingue simplesmente entre pessoas jurídicas de direito público e de direito privado, sem portanto usar a terminologia pandectista de *Puchta*. O termo *societas* não é mais termo genérico, contudo volta, na linguagem do direito, ao seu valor especial.

E assim, um acontecimento da história da terminologia jurídica vem se colocando como um possível discreto exemplo de semântica histórica, de significados que mudam, se sobrepõem, se confundem.

REFERÊNCIAS

- BACIGALUPO Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona: Bosch, 1998. (Buenos Aires, 2001).
- BLANC NOUGUÉS, José María. Acerca de la responsabilidad penal de las “civitates” en derecho romano. In: D’IPPOLITO, Federico M. (Coord.). *Filia scripti per Gennaro Franciosi*. Napoli: Satura Editrice, 2007. v. 1, p. 255-274.
- BRICOLA Franco. Il costo del principio *societas delinquere non potest* nell’attuale dimensione del fenomeno societário. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 13, p. 951-1031, 1970.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*. 1. Auflage. Giessen, 1801.
- GALGANO Francesco. Persona giuridica. In: DIGESTO delle discipline privatistiche, sezione civile. Torino: UTET, 1995. v. 13, p. 403.
- GIARDA, Angelo et al. (Coords). *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*: D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231. A cura di Angelo Giarda, Enrico Maria Mancuso, Giorgio Spangher, Gianluca Varraso. Milano: Ipsoa, 2007.
- HECKER Bernd. *Europäisches Strafrecht*. 2. aktualisierte und erw. Aufl. Berlin: Springer, 2007. (Springer-Lehrbuch).
- LAREAU, François. *Selected Bibliography on the Criminal Liability of Corporations (with elements of criminology, history, philosophy and sociology) = Bibliographie choisie sur la responsabilité pénale des corporations (avec des éléments de criminologie, d’histoire, de philosophie et de sociologie)*. Ottawa, 2004. Disponível em: <www.lareau-law.ca/corporationsRZ.html>. Acesso em: 10 jan. 2011.
- LÜBTOW, Ulrich von. Bemerkungen zum Problem der juristischen Person. In: L’EUROPA e il diritto romano: studi in memoria di Paolo Koschaker. Milano: Giuffrè, 1954. v. 2, p. 467-510.
- MACALUSO, A. *La responsabilité pénale des personnes morales et de l’entreprise: éléments de droit comparé et étude des articles 100quater et 100quinquies CPS*. 2004. 268 p. Thèses (Doctorat) – Faculté de Droit et des Sciences Criminelles, Université de Lausanne, Lausanne, 2004.
- MEINI MENDEZ, Iván Fabio. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1999.

- PEPPE, Leo. *Societas delinquere non potest: un altro brocardo se ne va. Labeo: Rassegna di Diritto Romano*, Napoli, v. 48, n. 3, p. 2002, p. 370-380; e In: PEPPE, Leo (Org.). *Persone giuridiche e storia del diritto*. Torino, 2004. p. 143-158.
- SCHMITT, Rudolf. *Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände: Gleichzeitig ein Beitrag zur Lehre von den strafrechtlichen Unrechtsfolgen*. Stuttgart: Kohlhammer, 1958.
- SILVA, Fernando Quadros da. A gestão dos recursos hídricos após a Lei 9.433, de 08 de janeiro de 1997. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 2000. v. 1, p. 79-93.
- SOUSA, Gaspar Alexandre Machado de. *Crimes ambientais: responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. Goiânia: AB Editora, 2007.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho portugués*. In: CONGRESO UNIVERSITARIO DE ALUMNOS DE DERECHO PENAL, 19., 2007, Salamanca. *El derecho penal y la nueva sociedad*. Coordinadora: Nieves Sanz Mulas. Albolote, Granada: Comares, 2007. p. 1 ss.
- WORMSER I. M. Piercing the veil of corporate entity. *Columbia Law Review*, v. 12, n. 6, p. 496-518, 1912.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones: presupuestos sustantivos y procesales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008.

VERSÃO ORIGINAL

LA RESPONSABILITÀ PENALE DELLA PERSONA GIURIDICA. UNA RASSEGNA DI PROSPETTIVE E PROBLEMI¹

Leo Peppe²

PREMESSA

L'argomento appare sempre più attuale ed importante in tutto il mondo, in tutti gli Stati così come nelle organizzazioni internazionali e sovranazionali. E forse alcune delle società protagoniste della terribile crisi finanziaria dell'autunno 2008 potrebbero essere chiamate a rispondere dei loro passati comportamenti anche dal punto di vista che qui interessa.

Faccio subito due premesse.

Non parlerò a lungo del diritto brasiliano e ne parlerò solo nella particolare prospettiva di un osservatore straniero che vorrebbe coglierne la struttura e le specificità. Dico subito, e non per dovere di ospitalità, che ad una prima impressione l'esperienza giuridica brasiliana mi è apparsa di grande interesse, per alcuni aspetti particolare e assai diversa, ad es., rispetto alle esperienze che conosco meglio.

Certamente il clima e l'atteggiamento della cultura giuridica brasiliana sono sempre stati simili a quelli della cultura europeo-continentale: con argomentazioni diffuse dappertutto, dagli inizi del 1800 fino a pochi decenni fa vi è stata certamente la forte prevalenza dell'affermazione che non è accettabile l'introduzione della responsabilità penale della persona giuridica. Questa opinione veniva espressa e riassunta nella generale diffusione del proverbio giuridico *societas delinquere non potest*, una società non può tenere un comportamento delittuoso ed esserne responsabile penalmente. Su questo proverbio tornerò alla fine di questo mio intervento.

In anni ancora recenti un avvocato brasiliano si è posta la domanda: *a responsabilidade penal da pessoa jurídica: realidade ou sonho?*

¹ l.=legge; d.lgs.=decreto legislativo; d.l.=decreto legge; c.p.=codice penale.

² Professore di Diritto Romano, Università Degli Studio Roma Tre.

Una domanda forse solo retorica. Infatti certamente si possono ricordare lontani infruttuosi tentativi di introduzione della responsabilità giuridica, ma molto concretamente è sufficiente ricordare che nel 2008 si sono avute due ricorrenze: i venti anni dall'emanazione della Costituzione Federale e i dieci anni da quella della *Lei ambiental* 9605 del 12 febbraio 1998.

In questo periodo vi è stata una ricca bibliografia su questa base normativa, così come fondamentali decisioni giurisprudenziali, quale la n. 564960/SC del Superior Tribunal de Justiça, 5ª turma, del 13.06.2005, che ha subordinato la responsabilità penale della persona giuridica alla 'imputação simultânea do ente moral e da pessoa física', seguendo cioè la "teoria da dupla imputação".

Da osservatore straniero, quattro punti mi sembrano particolarmente interessanti:

a) il primo punto: il fatto (da alcuni negato in forza di interpretazioni letterali forzate) che la responsabilità penale per la persona giuridica sia stata prevista esplicitamente – almeno per quanto riguarda la tematica ambientale – al livello della Costituzione Federale, cioè della legge fondamentale dello Stato brasiliano, all'art. 225 § 3: una soluzione che non ho trovato altrove. In questo modo l'ambito di riferimento di questa responsabilità è il bene ambiente, che riceve così una priorità ben più rilevante rispetto alla maggior parte delle altre esperienze a me note, le quali comunque hanno al primo posto fattispecie di reati finanziari o di corruzione. Più generico è invece l'art. 173 § 5, nel quale l'uso senza qualificazioni del termine "responsabilidade" in relazione alle persone giuridiche ha fatto dubitare del fatto che lì si facesse riferimento anche alla responsabilità penale, oltre a quella civile ed amministrativa.

b) Il secondo punto: il principio costituzionale fissato all'art. 225 viene concretamente attuato con la *Lei ambiental* 9605/1998. Il combinato disposto della legge costituzionale e di questa legge ordinaria apre la via, come si accennerà tra breve, a sviluppi imprevedibili per la loro ampiezza e rilevanza (con un percorso nella sostanza simile a quanto sta avvenendo in Italia, sia pure sulla base della sola legge ordinaria).

c) Il terzo punto: l'art. 24 della legge del 1998 ha scelto di prevedere non solo sanzioni pecuniarie (come molti altri ordinamenti giuridici), ma anche sanzioni interdittive, arrivando alla liquidazione della persona giuridica, alla "pena de morte empresarial": è questa una scelta radicale, condivisa da altri ordinamenti, come – ad es. – di recente anche quello italiano. È però ancora discusso se tale regime sanzionatorio esplicitamente penale sia del tutto legittimo, mentre è indiscusso quanto

previsto nel *Cap. VI - Da Infração Administrativa* (con i successivi aggiornamenti, che prevedono anche notevoli aggravamenti rispetto alle sanzioni amministrative inizialmente previste dal *Cap. VI*).

d) Il quarto punto: l'estensione a sempre nuove fattispecie di questa responsabilità. Penso ad un recentissimo e clamoroso caso, quello delle possibili conseguenze della ormai affermata costituzionalità della ricerca su cellule staminali embrionali. Il Supremo Tribunal Federal del Brasile il 29 maggio 2008 ha confermato la costituzionalità dell'art. 5 della legge 11.105/2005 sulla biosicurezza (*Lei de bioassegurança*). Ma alcuni avevano già concluso che con certezza i crimini previsti in questa legge (articoli da 24 a 29) possono essere imputati alle persone giuridiche ai termini dell'articolo 3 della *Lei Ambiental*. Ovviamente si tratta di materia delicatissima e assai discussa in considerazione dei valori implicati: qui vi accenno solo per ricordare un esempio estremamente attuale, ma in realtà la responsabilità delle persone giuridiche è stata evocata anche per altre fattispecie.

La seconda premessa che desidero fare è che io non sono né uno studioso né un pratico del diritto penale o del diritto processuale penale; sono uno storico del diritto. Mi sono interessato a questa specifica problematica perché, come tra breve vi dirò, agli inizi del XXI secolo il mio Paese, l'Italia, ha deciso di superare l'antica posizione negativa introducendo una nuova e rivoluzionaria normativa che poi – con il passare degli anni – è venuta enormemente ampliando il suo ambito di applicazione. In questo nuovo contesto, una serie di posizioni tradizionali, normative e dottrinali, sono state travolte: e poiché questa novità ha in qualche modo riguardato molti altri Paesi e lo stesso diritto dell'Unione Europea, il mio interesse si è esteso anche a queste altre realtà. Ne è emerso a mio avviso un panorama di grande interesse, che si presenta come un affresco di novità su un sostrato precedente, complesso e ricco di una storia articolata e talvolta indecifrabile. A questo passato, dopo aver esposto la problematica nei suoi aspetti più attuali, dedicherò la parte finale del mio discorso di oggi: una ricerca utile, perché molte delle difficoltà del nuovo diritto provengono da quelle esigenze che in un tempo meno recente si erano affermate come prevalenti.

1 INTRODUZIONE

Ma entriamo in argomento. La responsabilità penale delle persone giuridiche è un argomento che sfugge ad una trattazione unitaria; lo stesso oggetto, una responsabilità qualificata come “penale”, rischia di essere

puramente nominalistico oppure di essere rivestito con terminologia furbescamente diversa, come la qualità di responsabilità “amministrativa”, con lo scopo di non incorrere nelle caratteristiche proprie del diritto penale e quindi di rischiare il rigetto da parte dell’ordinamento.

In una certa misura lo stesso diritto dell’Unione Europea è sembrato per molto tempo rifuggire dal volere indicare in modo esclusivo il settore del diritto nel quale una eventuale sanzione debba essere prevista. Ad es., nel 1991, nel famoso caso Vandevenne, la Corte di Giustizia delle Comunità europee si limitava a prescrivere che in primo luogo le sanzioni previste dagli Stati nazionali “*aient un caractère effectif, proportionné et dissuasif*”. È terminologia che si ritroverà nella successiva normativa comunitaria e dell’OCSE (OECD) (Convenzione 17/12/1997, contro la corruzione di pubblico ufficiale); particolarmente interessante l’art. 3 (*Sanzioni*), al punto 2. : “Nel caso in cui, secondo il sistema giuridico di una Parte, la responsabilità penale non è applicabile alle persone giuridiche, la Parte in questione deve assicurare che le persone giuridiche siano passibili di sanzioni non penali efficaci, proporzionate e dissuasive [...]”. In realtà in questa frase è chiaro che l’obiettivo della norma guarda ad una responsabilità sostanzialmente penale nella prospettiva dell’Organizzazione, ma ne ammorbidisce le conseguenze sulle normative nazionali.

Davanti ad un quadro evidentemente articolato, prenderò avvio da una sommaria ricognizione in ordine cronologico della situazione dei tre grandi Paesi “latini” europei, Francia, Spagna e Italia – con un accenno al Belgio per l’interesse che il suo ordinamento presenta –, soffermandomi poi sull’Italia in particolare. Nel diritto di questi Paesi, fino ai primi anni ’90, aveva sempre prevalso, in sintesi, quanto espresso nel tradizionale proverbio giuridico *societas delinquere non potest*, a proposito del quale dirò qualcosa alla fine: un soggetto non riconducibile ad una persona fisica non può essere penalmente responsabile. Questo brocardo ha subito una modificazione non stravolgente intorno alla metà del ‘900, divenendo anche *societas delinquere potest, sed puniri non potest*.

In realtà, già nella dottrina dei tre Paesi si era cominciato a mettere in dubbio l’attualità di tale regola giuridica, in Francia si era avuta anche qualche sentenza che aveva iniziato a innovare in materia. In Italia, nel 1970 Franco Bricola si è fatto propugnatore del cambiamento, nel 1977 Gaetano Pecorella scrisse un articolo dal titolo *societas delinquere potest*.

In Francia, a partire dallo storico Codice penale del 1810, tale responsabilità non era prevista ed è stata introdotta, come automatica derivazione della responsabilità dell’ente dal fatto illecito del dipendente,

dal Codice penale del 1994, all'art. 121-2, con successiva estensione: “*Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.*”

L'ammissibilità della responsabilità penale sembra quindi essere circoscritta alle sole *personnes morales*, con esclusione dei *groupements non personnalisés*.

Quanto alla Spagna, la responsabilità penale in Spagna è una recente novità, a partire dal 1995 e forse il cambiamento sarebbe stato ancora maggiore se si guarda all'*Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma* del C.p. del 2006; prima la dottrina di gran lunga prevalente ne negava la possibilità con i tradizionali argomenti che si possono ricondurre al citato brocardo *Societas delinquere non potest*.

Prima la *Ley Orgánica* n.10/1995, del 23 novembre, ha introdotto nel Codice penale l'art. 129 (*consecuencias accesorias*); successivamente la L.O. n. 15/2003, del 25 novembre, introduce nell'art. 31 del c.p. il n. 2, allo scopo, secondo la *Exposición de Motivos de la Ley*, “*de ampliar sensiblemente la proyección de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*”.

Art. 31 c.p.: 2. *En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó.*

Sembra quindi che ricadano in questa previsione le persone giuridiche *sociedad, empresa, fundación o asociación*, nella volontà del legislatore spagnolo di adeguare la propria politica criminale a quanto propugnato dalle Organizzazioni internazionali; fino alla modifica dell'art. 31 nel 2003 si era dubitato in Spagna della natura di pena di queste sanzioni, ma ora questa opinione appare ampiamente prevalente e il tema più dibattuto appare essere quello dei *criterios de imputación* della responsabilità criminale di una persona giuridica.

Un accenno particolare merita il Belgio, che nel 1999 si dà (dopo la legge 30 giugno 1971, che prevedeva sanzioni amministrative irrogate dal *Ministère de l'Emploi et du Travail* contro il datore di lavoro, sia persona fisica sia *personne morale*) la legge 4 maggio 1999, “*instaurant la responsabilité pénale des personnes morales*». L'art. 2 di questa legge introduce un nuovo art. 5 nel c.p. belga e costituisce una novità rispetto a quanto visto finora: *Toute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles*

ont été commises pour son compte. All'aver agito *pour compte* (come nel diritto francese) o *en nombre o por cuenta* (diritto spagnolo), si affianca la valutazione teleologica dei comportamenti (*réalisation, défense, les faits concrets*) che hanno portato alla condotta criminale.

Tale art. 5, al § 3, contiene un'ulteriore notevole novità: non si richiede affatto la personalità legale, cosicché rientrano nel suo ambito e sono parificate alle *personnes morales* associazioni temporanee, *joint ventures, partnerships* civili che non siano diventate società commerciali; sono esclusi solo ed esplicitamente una serie di enti sostanzialmente pubblici, a somiglianza della normativa francese.

Tra i tre regimi or ora sintetizzati, quello belga è certamente il più vicino a quanto l'Italia si è dato agli inizi del nuovo millennio, prima avviando il percorso con i già citati legge delega n. 300/2000 e poi il d.lgs. 231/2001, nel quale con il passare degli anni si sono venute inserendo ulteriori fattispecie criminose, man mano che esse venivano introdotte nell'ordinamento penale italiano.

2 “PIERCING THE VEIL”

Tutt'altro discorso deve farsi per il mondo angloamericano, in particolare per gli Stati Uniti (ma arrivando dopo la guerra anche al Giappone). In questi Paesi a partire dal XIX secolo si è venuta introducendo progressivamente ed estensivamente la responsabilità penale delle persone giuridiche, con una complessità sempre maggiore di categorie giuridiche (in primo luogo dei vari tipi di *liability*); utilizzando una frase famosa, può dirsi che il velo ideologico è stato sollevato definitivamente dal 1912, a partire da quello che i giuristi nordamericani chiamano “the seminal study” in materia: Wormser, *Piercing the veil of corporate entity*, con una terminologia oggi ormai tralatizia. Nella categoria unitaria *corporate crimes* rientrano infiniti comportamenti, sono coinvolti meccanismi procedurali e istituzionali complessi, anche per le dimensioni spesso enormi degli interessi economici implicati. Su ciò mi fermo, anche per la complessità delle conoscenze che quel mondo richiede; deve però ricordarsi che la Convenzione OCSE del 1997 contro la corruzione già ricordata trova la sua origine in una legge statunitense del 1997 che proibiva alle società di quel Paese di corrompere funzionari stranieri al fine di concludere o conservare affari nei loro Paesi, con sanzioni piuttosto pesanti.

Ma l'acquisita consapevolezza della natura di “veil” delle persone giuridiche si diffonderà anche in Europa, per l'Italia basta leggere uno dei maggiori civilisti italiani, Francesco Galgano, che nel 1995 ha scritto: “La

persona jurídica è [...] solo uno strumento del linguaggio giuridico, utile per riassumere – insostituibile, anzi, in questa sua funzione semantica – una complessa disciplina normativa di rapporti intercorrenti tra persone fisiche”, concludendo l’A. che nella sostanza però si tratterà di “una somma di privilegi”.

Concludo questa rapida rassegna di alcune importanti esperienze; se ne potrebbero esaminare tante altre, praticamente si dovrebbero prendere in considerazione tutti gli Stati. Non è questo il contesto, né io ne ho le competenze. Né è questione di dimensioni o peso geopolitico: particolarmente interessanti sarebbero in Europa ad es. l’esperienza portoghese oppure l’esperienza inglese. Il metodo delle *Guidelines* (U.S.A.) è stato fatto proprio anche dall’Inghilterra, a seguito del *Criminal Justice Act* del 2003; ma il sistema inglese è molto complesso e basato essenzialmente sull’opera dei giudici, ai quali si deve un lento e casistico affermarsi della responsabilità penale delle persone giuridiche, a partire da quello che è unanimemente considerato il punto di partenza di questo percorso, la condanna nel 1842 di una compagnia di trasporto ferroviario per condotta omissiva.

Preferisco chiudere con la recentissima esperienza di quella singolarità che è la Svizzera, piccolo Paese ma grande centro finanziario, fuori dell’Unione Europea ma al suo centro geografico.

La Svizzera ha una tradizione codicistica, già nei singoli codici cantonali preunitari, assolutamente contraria alla responsabilità penale delle persone giuridiche; posizione ribadita in una sentenza del Tribunale Federale del 1915 e recepita nel Codice Penale Federale del 1937. Le cose cambiano un poco già nel 1974, con la *Loi fédérale sur le droit pénal administratif*, ove l’art. 7 può essere parzialmente applicato anche “*aux collectivités sans personnalité juridique*”; finché, dopo un travagliato percorso legislativo, il 21 marzo 2003 entra in vigore il nuovo regime dell’art. 102 del Codice Penale svizzero, che introduce a carico dell’impresa la responsabilità sussidiaria per un’ammenda, fino ad un massimo di cinque milioni franchi. È interessante notare che il regime generale prevede che tale responsabilità è sussidiaria, cioè può sussistere solo se “per carente organizzazione interna” non è possibile individuare la persona fisica responsabile (art. 102 c. 1). Sussiste sempre invece la responsabilità dell’impresa nel caso di un reato previsto dalla legge federale svizzera contro la concorrenza sleale e soprattutto per quei reati che sono previsti dalla Convenzione dell’Unione Europea contro la corruzione del 1997: quindi la Svizzera, pur non facendo parte dell’Unione Europea, ne ha adottato un’innovativa disciplina giuridica.

Volendo tracciare una sintesi di quanto visto finora, può dirsi che la responsabilità delle persone non fisiche, in primo luogo e preferibilmente delle persone giuridiche, è stata sanzionata solo in tempi piuttosto recenti e solamente in alcuni casi si è detto esplicitamente che si tratta di responsabilità penale e non amministrativa o penale amministrativa. Quanto alle sanzioni, esse hanno sempre natura pecuniaria e solo in qualche caso natura interdittiva, con problemi non semplici in materia di misure cautelari.

Guardando alle realtà sopranazionali, sta di fatto che efficacemente si è detto che solo con la Convenzione della Comunità Europea del 26 luglio 1995 (tutela degli interessi finanziari della Comunità) – e quindi piuttosto di recente – nasce un vero diritto penale dell’Unione Europea.

3 L’ITALIA PRIMA DEL D.LGS. 231/2001

Se si guarda al dato normativo, l’unica norma di un certo interesse, anche se di scarsa efficacia, era l’art.197 c.p. che prevedeva ‘l’obbligazione civile delle persone giuridiche per il pagamento delle multe e delle ammende’ in caso di insolvibilità del condannato che fosse dipendente o rappresentante della persona stessa; vale la pena però di evidenziare come tra le fattispecie prese in considerazione vi fosse la circostanza che il reato fosse stato commesso “nell’interesse della persona giuridica”. Ancora meno rilevante fu l’art. 6 della l. 24 nov. 1981, n. 689 (‘Modifiche al sistema penale’), che configurava a carico dell’ente una obbligazione solidale con l’autore fisico in relazione alla violazione.

Il vero centro del problema era costituito dal vincolo posto secondo i più dall’art. 27 della Costituzione italiana, al c. 1: ‘La responsabilità penale è personale’; né è stata considerata irrilevante la previsione successiva che le pene “devono tendere alla rieducazione del condannato.” Come può essere rieducata una persona giuridica? Ma ben più rilevante è il primo punto, come responsabilità per fatto proprio, che alla fin fine è stato aggirato con la scelta del termine ‘sanzione amministrativa’; sarebbe forse stato più corretto parlare di sanzione penale amministrativa ad imitazione dell’ordinamento della Repubblica Federale di Germania (“Gesetz über Ordnungswidrigkeiten“, in particolare per quanto riguarda le ammende di cui al § 30): un *tertium genus*, del quale del resto si parla nella *Relazione* di accompagnamento al d.lgs. 231/2001. È rimasta la sola dizione “sanzione amministrativa”: per questo si è parlato, in relazione alla soluzione italiana, di “truffa delle etichette”.

4 L'ITALIA DOPO IL D.LGS. 231/2001

A questo punto, vorrei solo evidenziare i punti a mio avviso più interessanti della normativa italiana così come risulta dal d.lgs. 231/2001, con un'avvertenza necessaria per comprendere meglio l'importanza di quanto introdotto; inizialmente, il nuovo regime era previsto solo per la corruzione; gradualmente la casistica dei cd. „reati presupposto“ è stata molto ampliata a molti reati contro la Pubblica Amministrazione e societari, ai delitti con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico, alla tratta delle persone, a delitti e illeciti finanziari, con ulteriori, importantissime novità nel 2007 e nel 2008. Ne rimangono ancora esclusi i reati ambientali e tributari; ma per quanto riguarda i reati di evasione fiscale collegati con casi di frode, corruzione e riciclaggio, è intervenuta la recentissima legge 135 del 4 agosto 2008, che ha introdotto (all'art. 6) il dovere di assistenza tra gli Stati membri della Unione Europea. Questa legge autorizza l'Italia a ratificare il secondo Protocollo alla Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari, Protocollo fatto a Bruxelles il 19 giugno 1997.

Vorrei chiudere questa rassegna di reati-presupposto per la responsabilità mettendo in luce due novità recenti in Italia che investono vasti campi della realtà giuridica e sociale.

A. Il primo campo è quello della *Sicurezza sul lavoro*; la l. delega n. 123 del 3 agosto 2007 all'art. 9 prevede infatti l'inserimento nel 231/2001 dell'art. 25-*septies*, che sanziona l'omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro. Il richiamo al d.lgs. 231/2001 è poi completato dal decreto lgs. di attuazione della legge delega su citata, il decreto 9 aprile 2008 n. 81 (*Testo Unico sulla sicurezza*): questo decreto all'art. 30 contiene norme innovative in materia di sicurezza nella costruzione dei modelli di *compliance program*: maggior rigore ma anche particolari esimenti.

B. Il secondo campo di novità è quello dei *Cyber crimes*; nel 2008 il Parlamento italiano ha approvato la l. 18 marzo 2008 n. 48 (ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica), che all'art. 7 prevede l'inserimento della repressione dei reati informatici nell'art. 25-*septies* del d.lgs. 231/2001. In questo ambito occupa ovviamente uno spazio particolare quanto rientra nella pedofilia telematica, già repressa dalla l. n. 38 del 6 febbraio 2006 (“Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet”), e che con l'art. 10 faceva

rientrare i relativi reati tra quelli dell'art.25-*quinquies*, comma 1, del d.lgs. 231/2001.

In conclusione, proprio per la natura delle sanzioni stesse, l'ampliamento delle fattispecie sanzionabili poteva avvenire solo tramite legge e ciò è quanto è effettivamente avvenuto, con un aumento impressionante in pochi anni – nemmeno dieci – di fattispecie di reato per le quali viene introdotta la responsabilità penale delle persone giuridiche, in un contesto qualificato da sempre maggiori obblighi di cooperazione tra gli Stati membri fra di loro e/o con la Commissione di Bruxelles.

Non è questa la sede per entrare nel dettaglio delle singole norme, delle sanzioni pecuniarie e interdittive, dei profili processuali. Dopo una prima ondata di pubblicazioni in occasione dell'emanazione della legge 300/2000 e del d.lgs. 231/2001, si è assistito in Italia ad un proliferare di portali telematici, di associazioni professionali, di pubblicazioni (anche di diseguale valore, pur se spesso, finanche nei casi maggiormente rivolti alla pratica, con una buona attenzione ai problemi teorici implicati), di corsi universitari dedicati. Per brevità, rinvio qui ad un volume collettivo della fine del 2007 della casa editrice IPSOA, che è un vero e proprio commentario del d.lgs. 231/2001.

Di particolare importanza è stata l'attività di predisposizione dei codici di comportamento (previsti dall'art. 6 del d.lgs. 231/2001) da parte delle Associazioni rappresentative degli enti, tra i quali di ovvia primaria importanza quello della Confindustria, giunto il 2 aprile 2008 all'approvazione da parte del Ministero della Giustizia italiano, in una rinnovata veste: un volumetto di 151 pagine, articolato in 4 parti e un' *Appendice di Case Study*.

Di una notevole importanza, anche se forse minore di quanto la rilevanza del tema avrebbe fatto immaginare, è stata l'opera della giurisprudenza di merito e di legittimità nel chiarire qualche punto che si è palesato dubbio, come si vedrà tra breve, nel § 6; comunque, agli inizi del 2006, erano poco più di 100 i procedimenti iscritti in procura a carico di persone giuridiche.

Si deve altresì dire che la disciplina del d.lgs. 231/2001 è venuta permeando molti aspetti della realtà economica e giuridica italiana, qualche volta anche in modo inaspettato. Posso portare ad esempio una vicenda assai nota, per il clamore che ha suscitato in Italia e in Brasile, trattandosi della battaglia per il controllo di Brasil Telecom: dopo tre anni di inchiesta, nel luglio 2008 a Milano la procura ha chiuso le indagini sui dossier illegali allestiti — soprattutto con intercettazioni

telefoniche e spionaggio informatico — dal servizio di sicurezza interno della Pirelli e poi della Telecom. 34 persone sono state imputate di una lunga serie di reati; non sono stati imputati i vertici delle due società, mentre queste sono state indagate per la violazione del d.lgs. 231/2001, per non aver “predisposto, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, essendo stato adottato modello organizzativo al fine di prevenire la commissione di reati solo nel maggio 2003 e comunque, dal momento dell’adozione, non avendolo efficacemente attuato e non avendo adeguatamente vigilato sull’osservanza dello stesso, [rendendo] possibile che X X, in qualità di responsabile della funzione Security del gruppo Telecom Italia, commettesse, nell’interesse della società, i reati a lui attribuiti”.

In questo atto giudiziario merita di essere sottolineato il rilievo della mancata vigilanza; infatti l’art. 6 del d.lgs. prevede che l’ente non risponde se (c. 1, lett. b, c, d) “ b) il compito di vigilare sul funzionamento e l’osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento e’ stato affidato a un organismo dell’ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi e’ stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell’organismo di cui alla lettera b).”

Qual è il risultato concreto di questa norma? La prassi della Procura di Milano considera comunque carente la vigilanza se l’organo di controllo non si riunisce ogni pochi mesi.

5 ALCUNI PUNTI FONDAMENTALI DEL D.LGS. 231/2001

Della normativa italiana vorrei sottolineare solo i punti fondamentali da un punto di vista teorico, tralasciando gli aspetti più tecnici, anche ugualmente interessanti, come – ad es. – la forte discrezionalità del giudice nel calcolo delle “quote” poste a base delle ammende.

Art. 1 del d.lgs. 231/2001 (*Ambito e soggetti*):

“1. Il presente decreto legislativo disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. 2. Le disposizioni in esso previste si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica.” Merita di essere sottolineata — rispetto ad altri ordinamenti — l’assenza del requisito della personalità giuridica. Le norme del decreto “3. Non si applicano allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici

nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale”, con qualche problema di definizione di ambito.

Art. 2 (Principio di legalità)

“1. L’ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua responsabilità amministrativa in relazione a quel reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto”. È addirittura risibile l’inserimento di questa norma, ovviamente pleonastica, come del resto ha rilevato la Cassazione: ma è sicuro indizio della difficoltà del legislatore nel collocare questo provvedimento nell’ordinamento giuridico italiano.

Art. 5 (Responsabilità dell’ente)

“1. L’ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da persone [...]

2. L’ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell’interesse esclusivo proprio o di terzi.” Intorno alle nozioni di interesse e vantaggio si è avuto forse il dibattito più interessante, con una importante sentenza della Cassazione penale italiana, n. 3615 del 2006, oggetto di numerosi commenti, sulla quale si tornerà nel prossimo §.

Art. 8 (*Autonomia delle responsabilità dell’ente*)

“1. La responsabilità dell’ente sussiste anche quando: a) l’autore del reato non è stato identificato o non è imputabile; b) il reato si estingue per una causa diversa dall’amnistia.” Questo articolo sancisce la piena autonomia delle responsabilità dell’ente rispetto a quella delle persone fisiche eventualmente coinvolte.

6 LA GIURISPRUDENZA

I primi casi sono stati di corruzione, ma subito si sono poste anche alcune questioni interessanti. In modo del tutto sintetico:

- particolarmente importante è stata l’esclusione della riferibilità del d.lgs. 231/2001 all’imprenditore individuale, in quanto tutta la normativa in oggetto si riferisce unicamente agli “enti”, “termine che evoca l’intero spettro dei soggetti di diritto metaindividuali”;

- tale normativa è stata ritenuta applicabile alle società straniere operanti in Italia, perché soggette alla nostra legge;

- l’ente è responsabile anche se dotato di *compliance program*, se non si è vigilato sull’effettiva operatività dello stesso;

- ai fini del d.lgs. 231/2001 sono necessari certezza e rilevanza del profitto, ma non l'esatta quantificazione dello stesso; inoltre la nozione di profitto di rilevante entità ha un contenuto più ampio di quello inteso come utile netto, in quanto in tale concetto rientrano anche vantaggi non immediati;

- il giudice non può, nel revocare una misura cautelare interdittiva, imporre all'ente l'adozione coattiva di modelli organizzativi;

- si è richiesta la sussistenza di almeno una delle condizioni previste in materia di applicazione delle misure interdittive cautelari;

- particolarmente complesse le vicende originate da agevolazioni finanziarie in relazione all'autonomia della responsabilità dell'ente.

Tra tutte le decisioni della Cassazione quella che forse ha avuto più eco – anche presso la stampa non professionale – è stata Cass., II Sez. pen., 30 gennaio 2006, n. 3615, una sentenza particolarmente ben scritta, circa un caso di truffa ai danni dello Stato per il conseguimento di erogazioni pubbliche. In particolare, in relazione al punto fondamentale del d.lgs. 231/2001, cioè alla “sussistenza del requisito oggettivo dell'interesse o del vantaggio dell'ente, condizione di applicabilità della sanzione”, la Suprema Corte nega il carattere di endiadi alla coppia interesse/vantaggio: l'interesse della società deve essere valutato *ex ante*, il vantaggio richiede una verifica *ex post*. Al limite, la fattispecie ricorrerebbe anche se l'interesse fosse ad una locupletazione, prefigurata ma non più realizzata, oppure il vantaggio potrebbe essere obiettivamente conseguito all'esito del reato, perfino se non espressamente divisato *ex ante* dall'agente”.

7 SOCIETAS DELINQUERE POTEST

A questo punto mi avvio a chiudere il mio discorso e per farlo voglio tornare all'inizio, a quel brocardo *Societas delinquere non potest* al quale avevo attribuito l'origine e la giustificazione della resistenza ideologica e culturale ad ammettere la responsabilità delle persone giuridiche, nell'Europa continentale e in Italia in particolare.

Quando la Facoltà di cui faccio parte (Giurisprudenza dell'Univ. Roma Tre), anche con la mia collaborazione per via di alcuni rapporti personali, ha organizzato *in limine* all'emanazione del d.lgs. 231/2001 due importanti convegni, sono rimasto sorpreso dalla frequenza con la quale il brocardo veniva citato, dando per ovvio che esso fosse diritto romano. Non sono certo un profondo conoscitore del diritto positivo, ma qualcosa di più di diritto romano conosco, cosicché mi sembrava

di poter escludere l'esistenza di una simile *regula* romana o almeno che nelle fonti romane si potesse rintracciare un sicuro progenitore del nostro proverbio giuridico. Alla ricostruzione di questa asserita ascendenza ho dedicato una ricerca, ormai pubblicata da qualche anno; in effetti ho trovato il brocardo citato come romano ed evocato nei contesti più diversi, forse quello per me più impressionante è stato il processo di Norimberga ove, il 23 febbraio 1946, durante un'udienza del processo di Norimberga, Merkel, il difensore della *Gestapo*, la *Geheime Staatspolizei*, la polizia segreta di stato nazista, lo invocò per sostenere che solo i singoli appartenenti ad essa potevano essere condannati e solo per i loro personali comportamenti. Il difensore non solo negava la criminalità della *Gestapo* come insieme, ma poneva il problema dei membri innocenti della *Gestapo*, che in quanto tali non dovevano essere puniti: questo degli innocenti è sempre un problema quando si tratta della responsabilità penale di un insieme. Nello stesso tempo si deve ricordare che il Tribunale militare internazionale di Norimberga fu istituito sulla base dell'accordo di Londra dell'8 agosto 1945 e dello Statuto del Tribunale allegato all'accordo. E nello Statuto va sottolineato che l'art. 9 consentiva al Tribunale di arrivare a dichiarare che un gruppo o un'organizzazione era un'organizzazione criminale: e la *Gestapo* fu riconosciuta come tale e condannata; e i suoi componenti furono considerati come appartenenti ad un'organizzazione criminale. Ma si legga l'intervento dell'avvocato della *Gestapo* (*Atti del processo di Norimberga*, vol. XXI, p. 496):

“For criminal guilt means the embodiment of conditions which are punishable not only in an objective, but also in a subjective form. In other words, a crime can only be committed in terms of guilt, that is, only intentionally. [...]

*However, the problem of collective guilty lies, in a sense, much deeper. The thought of rejecting the collective guilty goes to the most ancient times. It originated in the Old Testament, and through Hellenic culture and Christianity it spread over the entire world. In this way it has become the guiding legal principle of the entire moral order of the world. In Roman law the sentence was expressed clearly: *Societas delinquere non potest*. In modern times we have retained the thought of individual guilt.”*

Sta di fatto che la mia ricerca delle origini non ha portato a nessun dato sicuro; la mia conclusione era stata che molto probabilmente il brocardo è stato coniato dalla criminalistica tedesca alla metà del 1800 sulla base del dogma volontaristico di Savigny, forse riformulando un principio stabilito da Papa Innocenzo IV: *impossibile est quod universitas delinquat*. Ma, in realtà, fino alla fine del 1700 non si era mai seriamente

dubitato del fatto che le *universitates* potessero *delinquere*, anche se ciò poteva comportare conseguenze molto gravi anche per chi ad una certa condotta colpevole non aveva aderito, circostanza questa che molto aveva fatto discutere.

8 UN ULTERIORE TENTATIVO

Ma questa conclusione non mi aveva soddisfatto. Nel corso di un recente soggiorno di studio ad Heidelberg ho cercato di approfondire ulteriormente la ricerca sull'origine del brocardo *Societas delinquere non potest*, soprattutto sul versante del diritto di lingua tedesca. Questa attenzione privilegiata alla cultura ed alle esperienze giuridiche di quell'area (compresa la Svizzera) è derivata dal modo in cui si era svolta la mia precedente ricerca e in particolare dalla connessione che mi era sembrato di aver colto tra il principio giuridico espresso nel brocardo e quelle esperienze giuridiche, in particolare con l'affermarsi del pensiero di Savigny e poi della sua scuola. Del resto l'affermazione di tale connessione è assai diffusa, anche se talvolta le si affianca (ma non contrappone) una diversa connessione, quella con le concezioni penalistiche di matrice illuministica. Di tale prevalente orientamento si possono fare infiniti esempi, ad es. il giusromanista von Lübtow o il giovane comparatista svizzero Macaluso. Nella scienza giuridica brasiliana molti e forse prevalenti sono i rinvii a Savigny, ma ricorrono anche posizioni diverse, che ricordano l'importanza dell'Illuminismo e di Feuerbach.

Del resto, lo stesso Savigny, nel 1840, ricorda Feuerbach tra i negatori assoluti dell'ammissibilità della responsabilità penale della persona giuridica. Feuerbach, nel 1801, perciò ben prima di Savigny, si esprimeva appunto in modo del tutto negativo. Con un rimbalzo storiograficamente interessante, Mittermaier – il successivo rieditore del manuale di Feuerbach – nel 1847 nella 14a edizione del manuale opera la citazione solo bibliografica del *System* di Savigny.

Quindi, in ogni caso il rinvio opportuno comunque appare essere quello alla dottrina tedesca degli inizi dell'800; tuttavia un sondaggio più approfondito nella letteratura penalistica tedesca della prima metà dell'800 non ha dato risultati circa il nostro brocardo. Infatti, posto che alla metà del XVIII secolo tutti i manuali affermano la responsabilità penale delle persone giuridiche, mentre agli inizi del 1800 la maggior parte è di avviso contrario, il brocardo non risulta citato né dalla dottrina contraria al principio né da quella favorevole.

In questa incerta origine della matrice del brocardo, mi sembra si possa dire che con certezza si possano individuare tre linee di pensiero, da una parte due linee parallele e parzialmente sovrappostesi (quelle di Feuerbach e Savigny), dall'altra una del tutto contrapposta, che è dominante nel diritto alla metà del 1700, sopravvive come teoria per buona parte dell'800 e riprende pieno vigore solo con Otto von Gierke, senza però riuscire a tornare ad essere diritto vigente.

Ho rinunciato (per ora) a proseguire l'indagine, ma vale la pena di evidenziare come nel 1937 il brocardo emerge nella dissertazione dedicata al nostro tema da un fanatico nazista, Kampmann. Egli menziona due volte il brocardo, attribuendolo al diritto romano e ponendolo alla base del pensiero di Savigny, che poi viene da lui attaccato a fondo come esponente del pensiero romano/individualistico; giunge alla conclusione che – in forza dell'art. 124 dell'ordinanza per la difesa del popolo e dello stato del 28 febr. 1933 e del *Führerprinzip* – è venuto il momento di una piena attribuzione di responsabilità penale alle associazioni, arrivando all'estremo di assegnare esplicitamente un ruolo anche alla *Gestapo* (p. 43) nella sorveglianza delle stesse. Ma queste conclusioni del giovane nazista possono essere considerate anche la traccia di qualcosa di più ampio e rilevante: la traccia cioè non solo di un programma di politica del diritto, ma dell'avversione profonda del nazismo per la stessa nozione di persona giuridica, a favore di quella di 'personalità concreta'.

Questo approfondimento in ordine all'origine del brocardo appare comunque utile ai fini della puntualizzazione della complessità delle idee e dei prestiti culturali che avvengono in area tedesca. Ma più interessante è forse quanto è emerso in relazione ad un punto specifico del brocardo, l'uso in esso del termine *societas*.

9 GIERKE E IL TERMINE SOCIETAS

I luoghi nei quali Gierke discute della responsabilità penale sono numerosissimi distribuiti nei volumi 2, 3 e 4 de *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, ma in Gierke ricorre anche l'esame del termine *societas*: una prima volta alla fine del III volume, nel corso della esposizione della legislazione tedesca nel tempo della Recezione e la teoria della corporazione, quando si afferma – come una delle conseguenze della Riforma in ordine ai beni ecclesiastici – una nuova attenzione alle romane 'Kategorien' della *societas* o della *communio*, con accentuazione del contenuto patrimoniale. Nel 1700 appare poi espressamente il termine 'Societät', in particolare riferito

a fenomeni già preesistenti nel 1500 e nel 1600 di associazioni professionali (*Gewerkschaftsrecht*) su base patrimoniale. Il panorama offerto da Gierke nel 1881 (data di pubblicazione del III volume) cambia radicalmente trent'anni dopo, nel 1913, nel IV volume: qui *societas* riappare a p. 260, nel contesto dell'approccio alla tematica da parte delle teorie dello stato nel 1600, quando Gierke scrive che 'universitas' spesso è identificata con la somma dei singoli individui e molte volte si confondono i confini tra 'universitas' e 'societas'. Segue poi l'esame dei teorici del diritto naturale, a partire da Grozio e la sua nozione di *societas*; nel secondo capitolo Gierke ripercorre quasi due secoli di teorie del diritto naturale.

In conclusione e al termine della sua ricerca Gierke attribuisce all'influsso del diritto naturale il fatto che la corporazione e lo stesso Stato siano divenuti '*societas*'. Siamo alla fine del 1700.

10 UNA CONCLUSIONE

Nella prima pandettistica, nel Puchta del 1845, *societas* torna ad essere un genere di *universitas personarum*, la più consueta come *privata societas*: ve ne è poi un tipo particolare, che "Korporationsrechte" hat', dopo lo Stato e gli aggregati civici: si tratta delle corporazioni che in qualche modo sono in rapporto con istituzioni statali, collegia, societates (qualificate appunto *publicae*, come quelle *publicanorum*); poi la Chiesa e le corporazioni ecclesiastiche: queste sole hanno la personalità, ma poi in modo confuso si dice che essa può essere estesa anche ad altri, mediante una concessione.

Passa qualche decennio e di questa terminologia non resta più nulla, ad es. in Heinrich Dernburg (nato nel 1829 e morto nel 1907), tardo pandettista ed appartenente alla scuola storica, ma grande personalità piuttosto indipendente ed abbastanza libera da dottrinarismi. Il pensiero di Dernburg è nella sostanza simile a quello di Puchta, ma molto più chiaro ed espresso diversamente: egli fa della concessione il momento fondamentale e distingue semplicemente tra persone giuridiche di diritto pubblico e diritto privato, senza appunto più usare la terminologia pandettistica di Puchta. Il termine *societas* non è più termine generico, ma è tornato, nel linguaggio del diritto, alla sua valenza specialistica.

E così una vicenda di storia della terminologia giuridica viene a porsi come un possibile discreto esempio di semantica storica, di significati che cambiano, si sovrappongono, si confondono.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

- BACIGALUPO Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona: Bosch, 1998. (Buenos Aires, 2001).
- BLANC NOUGUÉS, José María. Acerca de la responsabilidad penal de las “civitates” en derecho romano. In: D’IPPOLITO, Federico M. (Coord.). *Filia scritti per Gennaro Franciosi*. Napoli: Satura Editrice, 2007. v. 1, p. 255-274.
- BRICOLA Franco. Il costo del principio *societas delinquere non potest* nell’attuale dimensione del fenomeno societário. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 13, p. 951-1031, 1970.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*. 1. Auflage. Giessen, 1801.
- GALGANO Francesco. Persona giuridica. In: DIGESTO delle discipline privatistiche, sezione civile. Torino: UTET, 1995. v. 13, p. 403.
- GIARDA, Angelo et al. (Coords). *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*: D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231. A cura di Angelo Giarda, Enrico Maria Mancuso, Giorgio Spangher, Gianluca Varraso. Milano: Ippsoa, 2007.
- HECKER Bernd. *Europäisches Strafrecht*. 2. aktualisierte und erw. Aufl. Berlin: Springer, 2007. (Springer-Lehrbuch).
- LAREAU, François. *Selected Bibliography on the Criminal Liability of Corporations (with elements of criminology, history, philosophy and sociology) = Bibliographie choisie sur la responsabilité pénale des corporations (avec des éléments de criminologie, d’histoire, de philosophie et de sociologie)*. Ottawa, 2004. Disponível em: <www.lareau-law.ca/corporationsRZ.html>. Acesso em: 10 jan. 2011.
- LÜBTOW, Ulrich von. Bemerkungen zum Problem der juristischen Person. In: L’EUROPA e il diritto romano: studi in memoria di Paolo Koschaker. Milano: Giuffrè, 1954. v. 2, p. 467-510.
- MACALUSO, A. *La responsabilité pénale des personnes morales et de l’enterprise: éléments de droit comparé et étude des articles 100quater et 100quinquies CPS*. 2004. 268 p. Thèses (Doctorat) – Faculté de Droit et des Sciences Criminelles, Université de Lausanne, Lausanne, 2004.
- MEINI MENDEZ, Iván Fabio. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1999.

- PEPPE, Leo. *Societas delinquere non potest: un altro brocardo se ne va. Labeo: Rassegna di Diritto Romano*, Napoli, v. 48, n. 3, p. 2002, p. 370-380 (= In: PEPPE, Leo (Org.). *Persone giuridiche e storia del diritto*. Torino, 2004. p. 143-158).
- SCHMITT, Rudolf. *Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände: Gleichzeitig ein Beitrag zur Lehre von den strafrechtlichen Unrechtsfolgen*. Stuttgart: Kohlhammer, 1958.
- SILVA, Fernando Quadros da. A gestão dos recursos hídricos após a Lei 9.433, de 08 de janeiro de 1997. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 2000. v. 1, p. 79-93.
- SOUSA, Gaspar Alexandre Machado de. *Crimes ambientais: responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. Goiânia: AB Editora, 2007.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho portugués*. In: CONGRESO UNIVERSITARIO DE ALUMNOS DE DERECHO PENAL, 19., 2007, Salamanca. *El derecho penal y la nueva sociedad*. Coordinadora: Nieves Sanz Mulas. Albolote, Granada: Comares, 2007. p. 1 ss.
- WORMSER I. M. Piercing the veil of corporate entity. *Columbia Law Review*, v. 12, n. 6, p. 496-518, 1912.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones: presupuestos sustantivos y procesales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008.

GARANTIAS DO PRINCÍPIO DA ECONOMIA NO PROCESSO POR AUDIÊNCIAS^{1,2}

Guarantees of the principle of economy in hearing process

Margarita de Hegedus³

RESUMO

A consagração de princípios processuais em normas não garante por si só sua efetividade e aplicação, sendo necessário criar instrumentos específicos para prever consequências desfavoráveis a quem não os cumprir. A legislação processual uruguaia garante efetivamente a aplicação do princípio da economia processual e suas projeções, como o princípio da celeridade, princípio da concentração, princípio da eventualidade, princípio da preclusão e estruturas processuais contenciosas abreviadas, com exceção do recurso extraordinário, que não resolve de forma adequada a diminuição do tempo de duração do processo. A tutela judicial efetiva mais eficiente é a que melhor equilibra os sistemas oral e escrito, de forma a otimizar as vantagens de cada um nas realizações dos distintos atos em que se desenvolve o processo.

Palavras-chave: Economia Processual; Legislação Processual; Normas; Princípios Processuais.

ABSTRACT

The establishment of procedural principles as rules does not guarantee its effectiveness and enforcement. It is necessary to create specific tools to predict unfavorable consequences to those who do not comply them. The Uruguayan procedural legislation ensures the application of the principle of procedural economy and its projections, such as the principle of rapidity; principle of concentration, principle of eventuality; preclusive principle and abbreviated structures procedural; with the exception of the extraordinary appeal, which does not attend in a appropriated way the decrease of process time. The effective legal protection more efficient is the

¹ Este trabalho é um resumo do que foi publicado por ocasião das XVIII Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual realizadas em Montevideo, Uruguai.

² Título original: “Garantias del principio de economia en el proceso por audiencias”

³ Professora Titular das Cátedras de Direito Processual I e II, e do Escritório de Litigação da Faculdade de Direito da Universidade de Montevideo. Montevideo - Uruguai. Texto recebido em 03.11.2010.

one that best balances the oral and written systems, in order to optimize the advantages of each one at the achievements of the various acts within the process gets developed.

Keywords: Procedural Economy; Procedural Legislation; Principles; Rules.

1 INTRODUCCIÓN

Mucho se habla a nivel nacional e internacional sobre las bondades de un proceso oral. Y dentro de esas bondades o ventajas, se sostiene reiteradamente que ese tipo de proceso resulta ser notoriamente más eficiente que el proceso escrito. Las razones que se esgrimen en su sustento es que esa estructura procesal permite la consagración y aplicación de la intermediación, instrumento imprescindible en la búsqueda de la verdad jurídica objetiva.

Y ello es cierto, en la medida en que el procedimiento oral asegura la intermediación, y por tanto, el querido contacto, directo y simultáneo de los sujetos procesales entre si, y con los medios de prueba, en que se basa el debate y la decisión del tribunal.

Es lógico suponer que, un juez en contacto con las partes y el objeto de la prueba se encuentra en mejores condiciones de fallar que el juez de un proceso escrito, que cuando valora, por ejemplo, un testimonio, lo que está valorando es un documento, un acta, y no al testimonio prestado ni a la persona que lo prestó, habiendo perdido la oportunidad de interrogarlo directamente cuando algún punto quedó sin contestar o en forma ambigua o confusa.

Pero no debemos confundirnos con las “bondades” de la oralidad y convertir el proceso en un dictado a la máquina, como ocurre en aquellos sistemas en que los actos de proposiciones iniciales, demanda y contestación, se formulan también oralmente. Que la demanda y la contestación se realicen de forma oral no tiene de por si ninguna ventaja, y en los procesos que así la contemplan, esa actividad se convierte en una importante pérdida de tiempo y no brinda la seguridad de su formulación escrita.

Resulta preferible entonces, hablar de intermediación y no de oralidad, ya que ésta no es otra cosa que una forma de expresión, y además, y mucho más importante, será que se exija la intermediación solamente para la realización de aquellos actos en que ésta resulta ser la mejor forma de hacer justicia eficiente y pronta.

Por ello, en nuestra opinión, el proceso por audiencias, contempla en forma adecuada un equilibrio entre oralidad y escritura, que garantiza un proceso eficiente.

Ahora bien, la mayoría de los códigos, cualquiera sea el sistema procesal que adopte, escrito, oral o mixto, consagran en normas los principios procesales de intermediación, de pronta y eficiente administración de justicia, de lealtad y buena fe, de economía y sus derivados, etc.

Pero, lamentablemente, en la mayoría de los casos, los principios quedan en eso. Su formulación en el texto legal pero sin las garantías adecuadas para que se cumplan realmente.

¿De qué sirve consignar en normas que el juez debe presidir las audiencias y que las partes deben estar presentes, si no se garantiza en forma efectiva dicha presencia?

Vemos con frecuencia, que aún aquellos sistemas o códigos que implementaron la intermediación, cuando lo ponen en práctica, se observa que, de una manera u otra, la tal preciada intermediación y con ella la eficiencia del sistema procesal, se pierde en el camino procedimental. Y ello pasa también con los demás principios en los que se sustenta todo sistema procesal.

Ya *Gelsi y Vescovi*, cuando redactaron las Bases Uniformes, para la reforma de la legislación procesal civil de los países latino-americanos señalaban que toda reforma procesal no debía conducir a la mera sistematización de los principios admitidos por las legislaciones como una suerte de síntesis global de lo aceptado por el derecho positivo y por la mayoría de la doctrina, sino que más bien había que proponer opciones respecto a algunos puntos que consideraron claves para arrancar al proceso de su estancamiento y del tradicionalismo exagerado, dándole una mayor flexibilización y adecuación a una época que aprecia las formas por su eficacia y que sigue apreciando como valor fundamental el de la justicia.

El proceso por audiencias que regula el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, que sirve de base para el código uruguayo, sistematiza en el primer Título del Libro I una serie de principios procesales en los que sienta las bases del sistema. En algunos casos son principios propios y específicos de un sistema oral, como la intermediación, la publicidad, la indelegabilidad. En otros casos, responden a principios que no son excluyentes de un proceso con predominio de la oralidad, sino que involucran temas como la concentración, la celeridad, la pronta y eficiente administración de justicia, derivados todos del principio de economía procesal que responden a la esencia de cualquier sistema procesal, sea escrito u oral.

Sin embargo, aun estos principios que responden a cualquier sistema, sea escrito u oral, en el proceso mixto por audiencias pueden regularse de forma distinta y lograr una mayor eficiencia. A vía de ejemplo y adelanto, señalamos la notificación en audiencia, de las resoluciones que se dictan durante su desarrollo a todos aquellos sujetos del proceso

que estén presentes o debieron estarlo, con lo que se evita el tiempo que insumen las notificaciones en cualquier sistema.

Otro que señalaremos, el de la notificación ficta, por el contrario es posible de instrumentar en cualquier sistema.

En este trabajo trataremos de analizar si el principio de economía y sus derivados: concentración, celeridad, eventualidad y preclusión pueden realizarse de forma más efectiva en el sistema procesal consagrado por el Código Modelo y el Código General del Proceso de Uruguay.

El estudio se dirigirá especialmente al análisis de las normas que garantizan que el principio de economía procesal se aplique en forma efectiva.

El Código Modelo y el Código General del Proceso uruguayo en sus respectivos arts. 11.4 establecen expresamente que toda persona tendrá derecho a un proceso de duración razonable que resuelva sus pretensiones. Norma claramente vinculada a la idea de que la justicia que tarda no es justicia.

Veremos en este análisis, entonces, si el resto del articulado de ambos códigos asegura que la aspiración consagrada en el art. 11.4 se cumpla y por tanto el proceso tenga una duración razonable.

2 PRINCIPIO DE ECONOMIA PROCESAL

El principio de economía procesal comprende todas aquellas previsiones que procuran la simplificación del proceso a efectos de lograr que la tutela de los derechos e intereses comprometidos en cada litigio se haga efectiva en un tiempo razonable.

Pero a la abreviación del tiempo en que se desarrolla el proceso debe agregarse también el de economía de esfuerzos y gastos que insume el mismo. Y por tanto una correcta aplicación de este principio lo será en las tres vertientes de tiempo, esfuerzos y gastos.

Del triple contenido a que referimos derivan subprincipios, proyecciones o manifestaciones como el principio de celeridad, de concentración, de preclusión, y de eventualidad.

3 GARANTIAS DEL PRINCIPIO DE ECONOMIA

En los sistemas procesales en análisis no existe, naturalmente, regulación legal que determine el tiempo en que habrá de desarrollarse un proceso desde su inicio hasta la efectiva ejecución del fallo.

Sin embargo, si existen distintas normas que aseguran el acortamiento del tiempo del proceso.

Nos referiremos en primer lugar a aquellas previsiones que suelen agruparse bajo el principio de celeridad.

En tal sentido señalaremos las que guardan relación con el sistema de notificación instrumentado, el impulso procesal de oficio, la impugnación en audiencia, el efecto diferido del recurso de apelación, las características de los plazos procesales, la decisión anticipada en segunda instancia, etc.

3.1 Principio de celeridad y su aplicación práctica

Las manifestaciones de este principio se encuentran, básicamente, en aquellas normas que impiden la prolongación de los plazos y que simplifican trámites superfluos.

Veamos las principales.

3.1.1 Sistema de notificaciones

El sistema de notificación, en el proceso por audiencias, descansa en tres principios o reglas básicas:

- a) principio de notificación en audiencia,
- b) principio de notificación en la oficina y
- c) en forma residual, en hipótesis excepcionales y estrictamente limitadas, notificaciones personales o a domicilio.

El principio de notificación en audiencia importa que todo lo actuado durante el curso de las audiencias se entienda notificado en ese momento a quienes se encuentran presentes o hayan debido concurrir al acto (arts. 82 CM y 76 CGP) evitándose de esta forma cualquier instrumentación o diligenciamiento posterior. Clara economía de tiempo, esfuerzos y dinero.

El principio de notificación en la oficina, establece que todas las notificaciones de las actuaciones judiciales, con excepción de las expresamente previstas en los arts. 84 CM y 87 CGP, se efectuarán en la oficina del tribunal, estableciendo la regla general en materia de notificaciones para las resoluciones dictadas fuera de audiencia. Se complementa esta disposición con lo regulado en el art. 83 segundo inciso del CM que establece que las partes se tendrán por notificadas con la sola publicación de las mismas en la oficina del tribunal, y en el art. 86 CGP

(notificación ficta) que expresa que si la notificación se retardare tres días hábiles por taita de comparecencia del interesado, se tendrá por efectuada, sin necesidad de constancia alguna en los autos.

Si bien esta segunda modalidad – notificación ficta – funciona en ambos sistemas, oral u escrito, complementa eficazmente la regla de notificación en audiencia.

Finalmente, el elenco de providencias que deben ser notificadas en forma personal o a domicilio ha sido notoriamente acotado respecto de otros ordenamientos.

3.1.2 Recursos en audiencia

Durante el desarrollo de una audiencia, pueden y suelen ir dictándose distintas resoluciones por parte del tribunal. Baste recorrer el contenido de la Audiencia Preliminar para saber cuántas resoluciones se van dictando en el transcurso de la misma.

Pues bien, si una resolución agravia a una de las partes que debió estar presente en la audiencia y no lo está, ésta perderá su facultad impugnativa y la resolución queda firme. Y ello por lo siguiente: salvo que se trate de la sentencia definitiva, toda otra resolución, interlocutoria simple o con fuerza de definitiva dictada en el curso de una audiencia requiere, para poder ser revisada por el recurso de apelación, que la impugnación se plantee en la propia audiencia, Ya sea el recurso, ya el anuncio del mismo. Al no estar presente no podré hacerlo y esa o esas resoluciones pasarán en autoridad de cosa juzgada.

Asimismo, si la parte agraviada por la resolución dictada en audiencia, que se encuentra presente, desea interponer recurso de reposición contra la misma, dicho recurso se interpone, en forma oral en la propia audiencia y se resuelve por el tribunal en la misma audiencia. Tener que estar presente para poder impugnar, resulta, como se podrá apreciar otro mecanismo que garantiza la comparecencia de las partes a las audiencias y con ello la garantía de la aplicación del principio de inmediatez.

3.1.3 Efecto diferido del recurso de apelación

El efecto diferido con que se concede el recurso de apelación, en oportunidades expresamente previstas en la ley, implica en su planteo que el agraviado se limita a la simple interposición del recurso, reservándose la

fundamentación de sus agravios, para deducirlos en la eventual apelación de la sentencia definitiva.

La interposición del recurso de apelación que se concede con efecto diferido no suspende el cumplimiento de la resolución impugnada, e impide el conocimiento del tribunal de alzada en esa oportunidad procesal. Éste recién conocerá de ese recurso únicamente si el agraviado apela la sentencia definitiva y hace valer en ella, en forma independiente, los agravios respecto de la resolución que había sido apelada en el curso del proceso.

Este efecto del recurso evita la dilación del proceso mediante la interposición de la apelación sin fundamento y con la sola finalidad de suspender el trámite del proceso, lo que ocurre igualmente si se le otorga efecto no suspensivo a la apelación. Pero que en el caso del efecto diferido, evita además el conocimiento del tribunal superior en esa oportunidad y con ello la abreviación de sus tareas que también repercute en el tiempo de los procesos.

Resta señalar que procede el recurso de apelación con efecto diferido cuando la ley expresamente así lo dispone.

3.1.4 Impulso procesal de oficio y dirección del proceso por el juez. Iniciativa probatoria del tribunal

La consagración expresa del impulso procesal de oficio (arts. 3 CM y CGP) junto a la dirección del proceso confiada al tribunal (arts. 2 CM y CGP), implica el poder-deber del tribunal de realizar, independientemente de la actividad de las partes todos aquellos actos procesales tendientes a la finalización del proceso. Resultan ser dos instrumentos básicos, vértices de la celeridad.

Ambos códigos consagran la iniciativa probatoria del tribunal, y le señala un tiempo en la que la misma habría de ejercitarse, a efectos de que cuando la causa esté concluida para sentencia el tribunal se encuentre suficientemente instruido para fallar.

Veamos, en sede de diligencias para mejor proveer (arts. 182 CM y 193 CGP) se establece que el tribunal deberá dejar constancia de las razones por las cuales no dispuso el diligenciamiento de esos medios probatorios, de oficio, durante el trámite del proceso. Esta exigencia legal, la pretendida justificación, nos demuestra el carácter excepcional del instituto de las diligencias para mejor proveer. Y esa exigencia legal tiene por objetivo el asegurar que los jueces cumplan adecuadamente en el momento oportuno con la función que les asignan los arts. 301 num.6 y

341 num.6 en el ordinario y 306 num.3 y 346 num.3 en el extraordinario. El CM y el CCP no miran con favor el instituto de las diligencias para mejor proveer. Ambos prevén oportunidades naturales en las que el juez habrá de ejercer su iniciativa probatoria, y que naturalmente ejercerá durante el curso del proceso, al comienzo de la fase de instrucción, una vez determinado el objeto del proceso y de la prueba.

3.1.5 Breves plazos para el dictado de las resoluciones

Si bien es sabido que un proceso no resulta más rápido porque se consagren plazos cortos para la realización de los actos procesales, ya sean de parte o del tribunal, resulta incuestionable que, en un proceso por audiencias, el juez que fue conociendo desde el inicio del proceso los hechos sobre los cuales habrá de pronunciarse, y recibido la prueba en forma personal y directa, se encuentra en mejores condiciones para dictar resolución en menor tiempo que el del juez del proceso escrito que recién toma conocimiento del caso en el momento en que el proceso le es enviado para el dictado de sentencia.

Por el lo, puede sostenerse que los plazos previstos para el dictado de resoluciones judiciales en ambos códigos, coadyuvan a la celeridad del proceso.

Según el art. 203 del CCP, los tribunales, sean unipersonales o colegiados, deberán dictar sentencia al cabo de la audiencia final y en esa misma oportunidad expedir el fallo con sus fundamentos. Cuando la complejidad del asunto lo justifique, se podrá prorrogar el plazo para dictar sentencia con sus fundamentos por quince días si fuere interlocutoria, o de treinta días si se tratare de definitiva.

Como podrá apreciarse son plazos cortos, pero factibles de ser respetados por los jueces.

3.1.6 Perentoriedad e improrrogabilidad de los plazos procesales

Ambos Códigos establecen un tiempo específico para el cumplimiento de determinados actos procesales y la perentoriedad e improrrogabilidad de sus plazos.

Vencido el plazo que se trate, se pasa a la siguiente etapa del proceso sin necesidad de que medie acto de parte alguno.

Se ha dejado sin efecto el instituto del acuse en rebeldía.

Por su parte, el juez está impedido legalmente de alargar el plazo por ser los mismos improrrogables.

La perentoriedad afecta a las partes, quienes pierden el derecho que han dejado de usar por el transcurso del plazo, la improrrogabilidad afecta al juez quien no podrá alargar un plazo si no esta facultado legalmente para ello.

3.1.7 Decisión anticipada en segunda instancia

Por último, y sin que con ello agotemos las normas o institutos que colaboran a la aplicación práctica del principio de celeridad, señalamos la posibilidad de dictar decisión anticipada en segunda instancia regulada en el artículo 200 del CGP.

3.2 Principio de concentración y su aplicación práctica

Concentración, como la palabra lo indica, desde el punto de vista procesal significa la posibilidad de reunir la mayor cantidad posible de actividad procesal en el menor número de actos.

En un proceso por audiencias, éstas suelen y pueden concentrar distintas actividades en un solo acto.

Al tener como objeto este principio el evitar la dispersión y consiguientemente la dilapidación de la actividad procesal, coadyuva, y mucho, a garantizar el principio de economía en análisis.

Veamos la aplicación concreta de este principio.

3.2.1 Presentación de las pruebas con *los escritos de proposición, demanda y contestación*

La presentación de las pruebas con la demanda y con la contestación, que importa la agregación de las que se tiene en su poder y el ofrecimiento de todos los demás medios probatorios de que habrá de servirse en el proceso (arts. 111 y 121 CM y 1 18 y 131 CGP), además de garantizar el principio de buena fe y lealtad procesal, al concentrar en una sola actividad, demanda o contestación, la actividad de ofrecimiento y aportación de prueba, refleja claramente su incidencia en el tiempo del proceso.

Posteriormente, ambos códigos solo admiten prueba que pueda ingresar al proceso, a iniciativa de las partes en forma excepcional. A vía

de ejemplo citamos las hipótesis previstas en los art. 111.3 CM y 118.3 CGP.

3.2.2 Contenido de la audiencia preliminar

La existencia de audiencias insertadas dentro de la estructura del proceso posibilita la aplicación práctica de este principio de concentración y consiguientemente la del de economía objeto de este análisis. Y es tal vez, en la existencia de audiencias dentro de la estructura procesal, donde se advierte una mayor ventaja, en relación al principio de economía procesal, frente al proceso escrito.

En la audiencia preliminar, la que se ubica a continuación de demanda y contestación escritas, es donde se aprecia la mayor concentración de actividades procesales. Simplemente recordemos que en esta audiencia entre otras actividades se desarrollan las siguientes:

Tentativa de conciliación, que si se logra puede poner fin al proceso. Y si se logra en forma parcial, podrá significar economía de esfuerzos y gastos en la medida en que habrá prueba que resulte innecesaria diligenciar, en vista a la conciliación parcial sobre una parte del objeto de la pretensión deducida en el proceso de que se trate.

Resolución del tribunal que se pronuncia sobre las excepciones previas interpuestas o las nulidades denunciadas o aquellas que el mismo tribunal advierta, y en general sobre todas aquellas cuestiones que le impiden llegar al conocimiento de la decisión de fondo. Esta resolución, a esta altura del trámite procedimental, enseguida de la presentación de los escritos de demanda y contestación tiene la finalidad de quitar del camino cuestiones accesorias, en su mayoría de naturaleza procesal, de tal forma que a partir de allí pueda dirigirse toda la actividad al conocimiento y a la prueba de la cuestión de fondo. Se habla del principio de saneamiento, o de expurgación para referirse a las facultades concedidas al juez para resolver, in limine, todas aquellas cuestiones susceptibles de entorpecer el pronunciamiento sobre el mérito de la causa, o de determinar, en su caso, la inmediata finalización o la abreviación del proceso.

Delimitación definitiva del objeto del proceso y de la prueba. En esta oportunidad queda definitivamente delimitado el objeto del proceso, respecto del cual habrá de emitir pronunciamiento el juez y, respecto del objeto de prueba fijado, estos es los hechos que requieren prueba, es que habrá de ordenar el diligenciamiento de los distintos medios probatorios.

Sí solo habrá de producirse prueba sobre los hechos alegados y controvertidos, puede ser posible que no sea necesario ordenar el

diligenciamiento de todos los medios de prueba solicitados por las partes en sus respectivos actos de proposición. Por tanto, la tarea que realiza el juez en este momento de la Audiencia Preliminar, al depurar los medios que sí deben ser diligenciados, y rechazar los que resultan innecesarios, contribuye también a un ahorro de tiempo, gastos y esfuerzos. Recuérdese, que en el anterior sistema, se diligenciaba toda la prueba ofrecida, ya que no existía esta etapa de depuración.

Etapas de admisión de los medios probatorios que habrán de diligenciarse en el proceso. Esta actividad, y en este momento, requiere de un juez activo y diligente, ya que respecto de cada medio probatorio pedido, el tribunal habrá de analizar si el mismo resulta necesario, admisible, pertinente o conducente, de acuerdo al objeto del proceso que acaba de delimitar con las partes. Y también resulta ser ésta la oportunidad procesal adecuada para que ejerza su iniciativa probatoria ordenando la prueba que el entienda necesaria. Un correcto análisis del tribunal evitará el diligenciamiento de medios probatorios que en nada ilustrarían al fallo.

Recepción de prueba, si fuere posible.

3.2.3 Contenido de la audiencia complementaria y de la audiencia única del proceso extraordinario, y de los incidentes

En el transcurso de la audiencia complementaria se concentra eventualmente toda la actividad probatoria. Igual concentración de actividades puede verse en la audiencia única del proceso de estructura extraordinaria o la de los incidentes.

3.2.4 Expresión de los agravios conjuntamente con la interposición del recurso de apelación

En ambos códigos el recurso de apelación se interpone fundado, esto es, conjuntamente con la expresión de agravios. Se concentran aquí dos actividades la impugnativa y la fundamentación de la misma. Si bien este sistema ya imperaba en nuestro anterior sistema, escrito, en la medida en que en otros ordenamientos procesales vigentes en Iberoamérica aun subsiste la posibilidad de interponerse por separado, entendimos que resultaba conveniente indicarlo como otro ejemplo de concentración de actividades.

3.3 Principio de eventualidad

Este principio ordena aportar de una sola vez los medios de ataque y defensa que posea una de las partes ante la eventualidad de que

algunas de ellas resulten desestimadas. En general, implica, que todas las alegaciones que son propias de cada uno de los periodos preclusivos en que se divide el proceso deben plantearse en forma simultánea y no sucesiva, de forma tal, que si se rechaza una, pueda obtenerse pronunciamiento favorable sobre otra. Se relaciona con el de preclusión que analizaremos seguidamente.

Aplicación práctica de este principio lo encontramos en los arts. 122 CM y 1 32 CCP. Ambos textos legales señalan las distintas actitudes que puede asumir el demandado ante el emplazamiento que se la ha formulado. Puede entonces, allanarse a la pretensión, plantear excepciones previas, asumir actitud de expectativa, contestar contradiciendo o deducir reconvencción. Pero, agregan los textos legales, si adoptare más de una de esas actitudes deberá hacerlo en forma simultánea y en el mismo acto.

Y ello es aplicación del principio de eventualidad, ya que el demandado debe introducir en un solo acto, todos los medios de defensa o ataque que intente hacer valer, ante la eventualidad que alguno le fuere desestimado.

Principio de eventualidad que deriva también del de preclusión, en la medida en que obliga a aprovechar en cada ocasión procesal, en forma íntegra, los diferentes medios de ataque o defensa. Si no se interponen en esta oportunidad, precluye para el demandado la oportunidad de hacerlo.

3.4 Principio de preclusión

Finalmente habremos de referirnos al principio de preclusión como derivado y garantía del principio de economía procesal.

Este principio es el que le otorga fijeza a las distintas fases procesales en que se desarrolla el proceso.

Si el término preclusión significa cerrar, clausurar, este principio significa que cada acto procesal debe ser cumplido en su fase correspondiente sin que luego pueda volverse atrás en el proceso para realizar lo que se omitió cumplir a su debido tiempo.

3.5 Estructuras procesales contenciosas abreviadas

Es sabido que ambos Códigos, regulan, dentro de los procesos contenciosos, además de la ordinaria, la estructura extraordinaria y la monitoria.

Es sabido también que, en doctrina, se sostiene tradicionalmente, que las estructuras extraordinarias se justifican frente a la ordinaria, por tramitar las pretensiones en menor tiempo, en atención a las características especiales del objeto, que requieren de una mayor celeridad en la resolución del conflicto planteado.

Por tal razón entiendo necesario, efectuar un somero análisis de ambas estructuras contenciosas, para apreciar si, efectivamente, contribuyen a un acortamiento del tiempo del proceso y resultan también aplicación del principio de economía.

3.5.1 Proceso extraordinario

Regulado en los arts. 306 y 346 de los códigos Modelo y Uruguayo, respectivamente, resulta semejante en su estructura al ordinario, difiriendo únicamente en que el trámite se concentrará en una sola audiencia de conciliación, fijación de los puntos de debate, prueba, alegatos y sentencia.

A efectos de poder dictar sentencia al final de la audiencia, los códigos señalan que el tribunal dispondrá el diligenciamiento de las pruebas solicitadas por las partes luego de la demanda y contestación.

Asimismo se limita la reconvencción y la prueba en segunda instancia; y se elimina el despacho saneador en etapa de la preliminar ya que el tribunal se pronuncia en una única sentencia sobre las excepciones y defensas.

Si comparamos esta estructura con la ordinaria y nos detenemos en las pocas diferencias anotadas, parecería que la extraordinaria debería tramitar en menor tiempo que la ordinaria.

Sin embargo, en la práctica, se ha advertido que esta estructura extraordinaria, no ha abreviado el tiempo del proceso como era su intención respecto de la ordinaria.

Las pequeñas diferencias entre una y otra estructura, no han tenido el resultado esperado al haber eliminado la depuración previa del proceso que se realiza en la audiencia preliminar con el despacho saneador.

Además, resulta francamente inconveniente el anticipo de diligencias probatorias antes de la audiencia en que normalmente se logra conciliar sobre algún punto controvertido y más aún en casos de conciliación total.

Asimismo, en la medida en que el CCP no fija plazo al tribunal para la realización de las audiencias, en el caso del extraordinario el juez

recién convocará a la misma cuando se haya reunido la prueba que ordenó diligenciar.

Por ello, la estructura extraordinaria, no puede señalarse como una garantía al principio de economía en análisis.

3.5.2 Proceso monitorio

Los procesos de estructura monitoria, contrariamente a lo sostenido para los extraordinarios propiamente dicho, sí suponen una sustancial disminución del tiempo del proceso en relación con el de estructura ordinaria.

Podemos describir esta estructura diciendo que presentada la demanda el juez pronuncia sobre el fondo o mérito de la pretensión deducida, revistiendo su decisión carácter de sentencia susceptible de pasar en autoridad de cosa juzgada, si no es impugnada por la parte demandada mediante la oposición de excepciones. No existe decisión al final del debate, ya que el juez se pronuncia sin oír al demandado. Emite un mandato que puede ejecutarse si no media oposición del demandado. Con ello se advierte la rápida creación de un título de ejecución si no existe oposición.

Si el demandado opone excepciones, la decisión inicial queda supeditada a una nueva decisión sobre el fondo, ahora sí, luego de la culminación del debate.

Corno puede apreciarse, la diferencia notoria en el tiempo del proceso, se dará únicamente en aquellos procesos en que la parte demandada no oponga excepciones. Pero debemos destacar que, en un alto porcentaje, en estos procesos no se oponen.

Por la estructura monitoria tramitan además del proceso ejecutivo, los juicios de entrega de la cosa, entrega efectiva de la herencia, escrituración forzada, resolución de contrato de promesa, separación de cuerpos y divorcio, cesación de condominio de origen contractual (arts. 363 a 370 CGP) y desalojos (art. 546.2 CGP).

4 CONCLUSIONES

1. La sola consagración en normas de los principios procesales no garantiza su efectiva aplicación. Deben instrumentarse garantías específicas de los mismos, y asegurar que las mismas se cumplan estableciendo consecuencias desfavorables para quienes incumplan las cargas respectivas.

2. Los procesos contenciosos regulados en los Códigos Modelo y General del Proceso de Uruguay garantizan adecuadamente la efectiva aplicación del principio de economía procesal y sus proyecciones, con excepción del proceso extraordinario, que no resuelve adecuadamente la pretendida disminución del tiempo del proceso.

3. El sistema procesal más eficiente para asegurar la tutela judicial efectiva, será aquel que logre el mejor equilibrio entre oralidad y escritura, de forma de optimizar las ventajas de cada uno de ellos en la realización de los distintos actos en que se desarrolla el proceso.

NORMAS EDITORIAIS

1 APRESENTAÇÃO

Publicada e organizada pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, a *Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (RESPGE-SP)* tem como missão divulgar o conhecimento produzido no campo das Ciências Jurídicas, em especial, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Processual Civil, Direito Tributário, Direitos Humanos, Direito Ambiental, Filosofia e Teoria Geral do Direito.

Tem periodicidade anual e é dirigida para pesquisadores e estudantes das Ciências Jurídicas, operadores do Direito e gestores de políticas públicas.

2 PRÉ-REQUISITOS PARA ACEITAÇÃO DE ARTIGOS

A *RESPGE-SP* publica trabalhos inéditos de autoria de pesquisadores brasileiros e estrangeiros.

Os artigos devem destinar-se exclusivamente à *RESPGE-SP* e sua aceitação depende da adequação aos objetivos da publicação e do respeito às normas definidas para apresentação dos mesmos.

3 DIREITOS AUTORAIS

Os trabalhos publicados são de propriedade da *RESPGE-SP*, sendo vedada a reprodução total em outros periódicos, bem como a tradução para outros idiomas sem a autorização do Conselho Editorial da publicação.

Os autores de trabalhos publicados têm direito de reutilizar o material em outras publicações futuras, desde que autorizados pelo Conselho Editorial da *RESPGE-SP*. Nesse caso, deve-se mencionar a publicação anterior na *RESPGE-SP*, utilizando-se da seguinte referência bibliográfica:

SOBRENOME DO AUTOR EM MAIÚSCULA, Nome do autor. Título do artigo. *Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 1, n.1, p. 5-25, 2010. (ABNT - NBR 10520).

Os autores também estão autorizados a utilizar os trabalhos para fins pedagógicos e de pesquisa, sob as seguintes condições: (a) em caso de fotocópias, os documentos não podem ser comercializados e (b) sempre realizar a devida referência à fonte original da publicação, com a indicação do nome da *RESPGE-SP*.

Todos os artigos submetidos à apreciação do Conselho Editorial deverão ser acompanhados dos documentos *Declaração de Responsabilidade* e *Transferência de Direitos Autorais* (disponíveis na página eletrônica da *RESPGE-SP*), assinados pelos autores.

Os conceitos e opiniões emitidos nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

4 APRECIÇÃO DOS ORIGINAIS

Os originais recebidos são submetidos à apreciação do Editor Científico, que os avalia com relação à adequação à política editorial da publicação definida em seu Estatuto.

Os trabalhos aceitos pelo Editor Científico são encaminhados a especialistas responsáveis pela avaliação científica dos documentos, em um processo duplo-cego, no qual os autores dos artigos enviados não tomam conhecimento dos pareceristas e vice-versa.

A *RESPGE-SP* reserva-se o direito de realizar adaptações nos artigos, de acordo com seu estilo editorial, situação em que os autores são devidamente comunicados das alterações.

Os trabalhos são revisados de acordo com as regras vigentes do *Novo Acordo Ortográfico dos Países de Língua Portuguesa*, para a correção de eventuais erros gramaticais, de grafia e digitação. Os manuscritos também são revisados quanto à normalização bibliográfica.

Caso o artigo não seja aprovado pelo Editor Científico, os autores serão comunicados da decisão.

5 NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS

5.1. Formato

Os artigos submetidos à *Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo* devem ter até 35 laudas, com 2.100 caracteres

cada uma (incluindo os espaços), em folha A4, sendo que esse total de páginas inclui as referências bibliográficas.

Os textos devem ser escritos em editor de texto *Word*, em fonte *Times New Roman*, tamanho 12, com espaçamento entre as linhas de 1,5 e espaçamento entre os parágrafos na opção “Automático” (antes e depois).

O alinhamento de todo o texto deve estar com recuo “0” da margem esquerda, inclusive os parágrafos.

5.2. Itens essenciais

Os manuscritos devem necessariamente apresentar:

A. FOLHA DE ROSTO (PÁGINA 1)

- a. Nome(s) do(s) autor(es);
- b. Qualificação profissional e acadêmica do(s) autor(es) - títulos, instituições de vínculo (incluindo cidade e país) etc.;
- c. Endereços completos, incluindo endereços de correio eletrônico e telefones.

B. PÁGINA DE APRESENTAÇÃO (PÁGINA 2)

- a. Título do manuscrito nos idiomas Português e Inglês;
- b. Tratando-se de trabalho apresentado em evento, indicar o nome do evento, principal organizador, local e data de realização;
- c. Resumo nos idiomas Português e Inglês;
- d. Palavras-chave nos idiomas Português e Inglês.

5.2.1. Resumo (Português e Inglês)

Deve ser constituído de uma sequência de frases completas e objetivas e não de uma simples enumeração de tópicos e não deve ultrapassar 150 palavras. Para sua redação, devem ser observadas as recomendações da ABNT - NBR 14724:

- a. Apresentação do objeto do trabalho;
- b. Descrição dos métodos de forma concisa;
- c. Relação dos resultados em ordem lógica;
- d. Sem uso de adjetivos;
- e. Uso de termos geralmente aceitos e não apenas os de uso particular;
- f. Redação em um único parágrafo, em espaço simples.

5.2.2. Palavras-chave

Devem ser incluídas logo abaixo do Resumo, sendo no máximo 5 (cinco).

Os descritores devem ser constituídos de palavras representativas do conteúdo do trabalho e apresentados nos idiomas Português e Inglês (NBR 6028).

A RESPGE-SP recomenda o uso <<http://www.stj.jus.br/SCON/thesaurus/>>

5.3. Citações, notas e referências bibliográficas

5.3.1. Citações

As citações devem ser indicadas no texto por sistema numérico, obedecendo a ABNT - NBR 10520/ago. 2002, sendo que:

a. As citações diretas no texto, com até três linhas, devem estar contidas entre aspas duplas.

b. As citações diretas no texto, com mais de três linhas, devem ser destacadas com recuo de 4 cm da margem esquerda, com fonte menor que a do texto utilizado e com aspas.

As referências bibliográficas das citações devem ser mencionadas em notas de rodapé, na mesma página, em sistema numérico.

5.3.2. Notas de referência bibliográfica

As notas de referência devem ser indicadas no rodapé, sendo que a primeira citação de uma obra deve ter sua referência completa (ABNT - NBR 10520/ago. 2002).

São considerados elementos essenciais à identificação de um documento: autor (SOBRENOME, Nome), título, local, editora e data de publicação. Indicar a paginação inicial e final, quando se tratar de artigo de periódico, capítulo de livro ou parte de um documento.

Todas as referências bibliográficas deverão ser apresentadas ao final do texto, em ordem alfabética pelo sobrenome do autor.

5.3.3. Referências bibliográficas

Todas as obras citadas no texto devem obrigatoriamente figurar nas referências bibliográficas.

Apresentar as referências de acordo com os exemplos.

Livros com autoria específica

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 608.

Livros sem autoria específica

O DIREITO sanitário na Constituição brasileira de 1988: normatividade, garantias e seguridade social. Brasília: Organização Pan-Americana de Saúde, 1994. (Série Direito e Saúde, n. 4).

Capítulos de Livros

MAINETTI, José Alberto; PÉREZ, Marta Lucía. Referenciais de bioética en Argentina. In: PESSINI, Leo et al. (Coord.). *Perspectivas de la bioética en Iberoamérica*. Chile: OPS/OMS, 2007. p. 71-75.

Artigos de Periódicos

DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 22, n. 4, p. 327-334, 1998.

Dissertações e Teses

BASTOS, Lisiane de Alcântara. *A integração das normas internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro: o caso da Convenção 158 da OIT - Organização Internacional do Trabalho*. 1997. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997.

Eventos

DALLARI, Dalmo de Abreu. Características generales de la Constitución de 1988. In: EL DERECHO a la salud en la nueva Constitución brasileña: exposiciones realizadas en el Ciclo de Conferencias sobre Salud en el Desarrollo de la OPS, 1992, New York. Washington: Org. Panamericana de la Salud, 1993.

Documentos eletrônicos

DALLARI, Sueli Gandolfi. A justiça, o direito e os bancos de dados epidemiológicos. *Ciências & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, p. 633-641, jun. 2007. *SciELO Brasil*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/cgi-bin/wxis.exe/iah/>>. Acesso em: 30 set. 2007.

5.4. Outros elementos do artigo

5.4.1. Numeração de tópicos

A numeração de tópicos dentro do artigo deve seguir o seguinte sistema:

I TÍTULO DO TÓPICO EM CAIXA ALTA E NEGRITO

1 Título do subtópico em caixa baixa e negrito

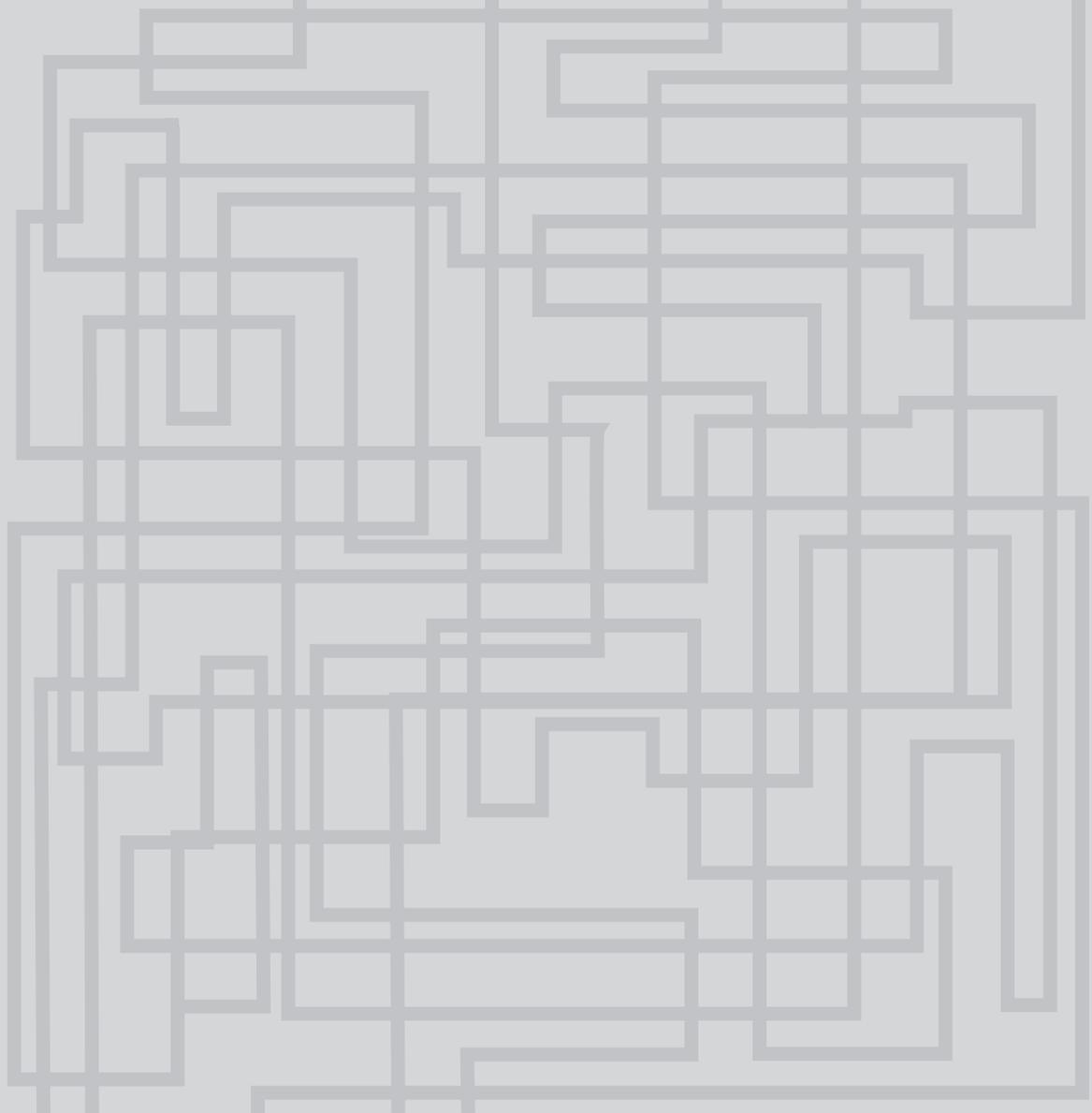
1.1 Título da parte em caixa baixa e negrito

1.1.1 Título da parte em caixa baixa e negrito

6 Envio dos artigos

Os interessados em submeter artigos à *RESPGE-SP* devem encaminhar os manuscritos, incluindo os documentos *Declaração de Responsabilidade e Transferência de Direitos Autorais* para os endereços de correio eletrônico: *pwerner@sp.gov.br*; *mchaves@sp.gov.br* e *respgeesp@gmail.com*.

ctp, impressão e acabamento



ESPCPE
ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO



**GOVERNO DO ESTADO
DE SÃO PAULO**