



Revista da FESP

Períodico de diálogos Científicos

ISSN 1982-0895

Dezembro de 2011 - Ano V

10ª Edição

CATALOGAÇÃO NA FONTE

Biblioteca Universitária da FESP, João Pessoa – PB.

Revista da FESP: Periódico de Diálogos Científicos.
v. 1, n. 10, (dez. 2011). João Pessoa: FESP – Fundação de Ensino Superior da
Paraíba, 2011

ISSN 1982-0895

Semestral

1. Ciências do Direito Brasil – Periódicos.
I. Título. II. Fundação de Ensino Superior da Paraíba – FESP

BU/FESP

CDU:34(81)(05)

Os trabalhos publicados nesta edição são de inteira responsabilidade de seus autores. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Como citar um artigo desta revista:

SOBRENOME DO AUTOR, nome do autor. Título do artigo. Revista da FESP: periódico de diálogos científicos. [online]. 2011, vol. 1, p. 01-142. Texto disponível em: <http://www.revistadafesp.com.br>. Último acesso: (preencha aqui com a data de último acesso ao site). ISSN: 1982-0895.

FUNDAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR DA PARAIBA
REVISTA DA FESP: PERIÓDICO DE DIÁLOGOS CIENTÍFICOS.
ISSN: 1982-0895

EXPEDIENTE

Diretora Presidente: Luiz Henrique dos Santos Barbosa

Diretor Administrativo-pedagógico: Maria Goretti de Assis Laier

Diretor Financeiro: Marcelo Henriques da Silva

Coordenadorias

Coordenação do Curso de Direito: Eduardo Cavalcanti

Coordenação de Prática Jurídica: Débora Peter

Coordenação de Monitoria e Estágio: Fernando Monteiro

Coordenação de Pesquisa e Extensão: Lara Sanábria Viana

Direção Editorial

Lara Sanábria Viana

Comitê Editorial Interno:

Antonio Carlos Iranlei / FESP

Eduardo Cavalcanti / FESP

Fernando Monteiro / FESP

Goretti de Assis Laier / FESP

Lara Sanábria Viana / FESP

Luciana Vilar de Assis / FESP

Raissa de Sena Xavier / FESP

Socorro Menezes / FESP

Revisão:

Jerffeson Cunha / FESP

Comitê Editorial Externo:

Alexandre Cavalcanti Belo – UFPB

Edísio Ferreira de Farias Júnior - UEPB

Gustavo Henrique Cordeiro Galvão de Souza – FAVIP/PE

Marco Antônio Martins – UFSC

Antonio da Silva Campos Junior - UFCG

Maríla Marques – UFCG

Rita de Cássia Souza Tabosa Freitas – FAVIP/PE

Sônia Barreto – UFSE

Sueli Arnoud – UFPB

SUMÁRIO

O JUIZ EM JUÍZO: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS NO CONTENCIOSO CÍVEL E A DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA COMO REQUISITO PARA A AÇÃO INDENIZATÓRIA

Sandra Pires

..... 09

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO E A PERDA DE UMA CHANCE: POSSIBILIDADES, NORMAS APLICÁVEIS E CONSEQUÊNCIAS NO BRASIL E NA ARGENTINA.

Walter Agra

..... 29

MUDANÇAS CLIMÁTICAS, TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA E PROPRIEDADE INTELECTUAL: UM DESAFIO PARA AS POLÍTICAS PÚBLICAS INTERNACIONAIS

Débora Alessandra Peter

..... 51

ACESSO À JUSTIÇA, MOROSIDADE E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Catarina Mota de Figueiredo Porto

..... 65

DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E CELERIDADE PROCESSUAL: PONTO DE EQUILÍBRIO A SER ALCANÇADO PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Gerson Dantas Soares

Luciana Vilar de Assis

..... 77

FUNCIONALISMO, SISTEMAS E JOGOS: UMA ANÁLISE INTEGRADA DOS GRUPOS DE PRESSÃO E DO PROCESSO POLÍTICO

Manoel Alexandre C. Belo

..... 93

EUTANÁSIA: DIREITO À MORTE DIGNA

Luciane Gomes

Jerffeson Cunha Almeida da Silva

..... 106

ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.304/2011 AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Eduardo de Araújo Cavalcante

Danuza Azevedo de Queiroz

Jéssica Avanise Carneiro Medeiros

..... 124

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS

..... 141

SUMMARY

THE JUDGE IN COURT: A LIABILITY FOR THE ACTS OF THE STATE COURTS AND CIVIL LITIGATION IN THE CONSTITUTION OF RES JUDICATA AS A REQUIREMENT FOR COMPENSATION ACTION

Sandra Pires

..... 09

THE LIABILITY OF ATTORNEY AND LOSS OF A POSSIBILITY: OPPORTUNITIES, REQUIREMENTS AND CONSEQUENCES IN BRAZIL AND ARGENTINA

Walter Agra

..... 29

CLIMATE CHANGE, TECHNOLOGY TRANSFER AND INTELLECTUAL PROPERTY: A CHALLENGE FOR INTERNATIONAL PUBLIC POLICY

Débora Alessandra Peter

..... 51

ACCESS TO JUSTICE, TIME CONSUMING AND LIABILITY OF THE STATE

Catarina Mota de Figueiredo Porto

..... 65

PROCEDURE AND DURATION OF REASONABLE PROMPTNESS: POINT OF BALANCE TO BE ACHIEVED BY BRAZILIAN LEGAL

Gerson Dantas Soares

Luciana Vilar de Assis

..... 77

FUNCTIONALISM, SYSTEMS AND GAME: AN INTEGRATED ANALYSIS OF PRESSURE GROUPS AND THE POLITICAL PROCESS

Manoel Alexandre C. Belo

..... 93

EUTHANÁSIA: DEATH TO THE RIGHT FIT

Luciane Gomes

Jerffeson Cunha Almeida da Silva

..... 106

CHANGES INTRODUCED BY LAW 12.304/2011 THE CODE OF CRIMINAL PROCEDUREEUTANÁSIA

Eduardo de Araújo Cavalcante

Danuza Azevedo de Queiroz

Jéssica Avanise Carneiro Medeiros

..... 124

CALL OF PAPERS

..... 141

EDITORIAL

A Faculdade de Ensino Superior da Paraíba- FESP vem buscando a excelência no ensino jurídico, para tanto, volta-se para a importância da Pesquisa e Extensão.

Neste sentido, a produção científica desenvolvida pela própria faculdade e por meio da colaboração de professores externos reafirma inequivocamente o necessário fomento a uma abordagem transdisciplinar da ciência do Direito, sob o enfoque do atual paradigma contemporâneo inerente ao processo de globalização.

Apostando na confluência desses fenômenos a Revista de Períodos recebe a colaboração de um corpo docente qualificado proveniente não apenas da área jurídica, mas também, com atuações na área de História, Filosofia, Política e Sociologia.

As publicações têm como objetivo realizar a ponte de exteriorização da produção acadêmica ao conhecimento da sociedade em geral, por essa razão, não se destina apenas à comunidade científica.

Acreditamos que a experiência auferida pelo conhecimento deve-se traduzir na reflexão e na solução das problemáticas sociais, bem como na produção de novas perspectivas palpáveis e realizáveis com o fim de construir e contribuir para o bem comum da coletividade.

Esta é a nossa honrosa e desafiadora missão.

Lara Sanábria Viana

Editora

João Pessoa, 20 de Dezembro de 2011

ARTIGOS

O JUIZ EM JUÍZO: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS NO CONTENCIOSO CÍVEL E A DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA COMO REQUISITO PARA A AÇÃO INDENIZATÓRIA

THE JUDGE IN COURT: A LIABILITY FOR THE ACTS OF THE STATE COURTS AND CIVIL LITIGATION IN THE CONSTITUTION OF RES JUDICATA AS A REQUIREMENT FOR COMPENSATION ACTON

SANDRA PIRES*

E-mail: sandrapires@hotmail.com

RESUMO

A responsabilidade civil talvez seja um dos temas que mais teve a participação do Poder Judiciário para chegar à configuração que tem hoje. A jurisprudência e a doutrina vêm preenchendo as crescentes lacunas da lei, em virtude do incremento das rápidas mudanças da (e na) sociedade. Os tempos são outros, não estando em julgamento aqui se melhores ou piores. A globalização, a velocidade na troca de informações, a democratização ao seu acesso e o consumismo formaram um novo perfil social, com relações mais complexas, avolumando, por consequência, o número de processos no Poder Judiciário e a possibilidade de cometimento de erros judiciais. O presente trabalho relata que o tema em foco vai da irresponsabilidade total do Estado à responsabilidade objetiva, havendo até os dias de hoje dissenso quanto a sua aplicabilidade por danos causados em virtude da prática de atos jurisdicionais no contencioso cível, ora com fulcro no comprometimento da autonomia dos magistrados e na sua não caracterização como agentes públicos, ora na imutabilidade da coisa julgada, exigindo-se a sua desconstituição como requisito para a propositura de eventual ação indenizatória. É no mínimo incoerente ter por inimputável o Estado-Juiz que decreta (ou não) a ocorrência dos requisitos da responsabilidade civil bem como das suas excludentes. O Estado deve se submeter às regras que ele próprio cria como qualquer administrado, seja lá de qual Poder emane seus atos: Executivo, Legislativo ou Judiciário. O princípio norteador da responsabilidade civil (quem causa dano a outrem deve indenizar) há de ser aplicado à Administração e ao Administrado; ou melhor, ao Estado-Juiz e ao Jurisdicionado. A despeito de parecer arcaico pregar a irresponsabilidade por danos causados em virtude da prática de atos jurisdicionais no contencioso cível, se verá adiante que ela continua rondando a doutrina e a jurisprudência numa demonstração

evidente de transgressão ao Estado Democrático de Direito e num inegável limite à constituição de uma cidadania plena.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil; Estado; Erro Judicial; Indenização.

ABSTRACT

Civil Liability may be the issue which had the biggest participation of the judiciary to get to the configuration it has today. The case law and doctrine come fill the growing gaps in the law, by virtue of the increase fast-moving of/in the society. Times have changed, not being on trial here if it better or worse. Globalization, the speed of the exchanged-information, the democratic access to these information's, and the consumerism have formed a new social profile, with more complex relationships, making higher, consequently, the number of processes in the judiciary and the possibility of mistrials. This paper reports that the theme will focus on the way between the total irresponsibility of the state and the objective liability, showing that today there is a dissent about its applicability for damages resulting from acts in civil litigation courts, sometimes with the involvement of the autonomy of the core of the judiciary and its characterization as non-officials, sometimes in the immutability of res judicata, demanding their constitution as a prerequisite to the bringing of any suit for damages. It is minimally inconsistent to have as untouchable the State-Judge who pronounces (or not) the occurrence of the requirements of civil liability as well as its exclusive. The State must submit to the rules that he himself creates as any administrated, no matter which power emanates from his actions: Executive, Legislative and Judiciary. The guiding principle of civil liability (who causes harm to others must compensate) must be applied to the Administration and the Administrator, or better, to the State-Judge and to the jurisdictional Judge. Despite blaming the irresponsibility for the damages resulting from acts courts in civil litigation sounding archaic, we shall see that it is still prowling the doctrine and jurisprudence in a clear proof of the infringement of the democratic state and an undeniable limit to the formation of full citizenship.

KEYWORDS: Civil Liability; State; Error in Judgment; Indemnity.

* Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA Universidad Del Museo Social Argentino, Especialista em Direito Processual Civil com Formação para o Magistério Superior, Professora de Prática Forense Civil II na FESP e de Prática Forense Civil I e Responsabilidade Civil no IESP.

1. INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro proíbe a autotutela. A partir do momento em que o Estado obteve poder suficiente para criar leis e fazê-las ser observadas, assumiu o papel de mediador dos conflitos, sendo responsável pela análise do caso concreto e pela respectiva decisão quanto a quem tem razão, vinculando as partes à prestação jurisdicional como forma de solução dos conflitos.

Assim, segundo Arenhart e Marinoni (2006, p. 150), “através da proibição da autotutela, o Estado assumiu o monopólio da jurisdição, ofertando àquele que não podia mais realizar o seu interesse através da própria força, o direito de recorrer à justiça”. Desta forma, quando se fala em tutela jurisdicional se está fazendo referência à proteção, ao arrimo que o Estado presta aos direitos dos indivíduos.

Percebe-se que se trata de um dever estatal, que tem de ser cumprido de modo eficaz, sob pena de falência do convívio social e do próprio Estado de Direito.

Neste mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior se posiciona (2005, p. 43):

Como o Estado de Direito não tolera a justiça feita pelas próprias mãos dos interessados, caberá a parte deduzir em juízo a lide existente e requerer ao Juiz que a solucione na forma da lei, fazendo, de tal maneira, a composição dos interesses conflitantes.

Cada cidadão faz *jus* a uma tutela efetiva de seus direitos pelo Estado. O artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal brasileira¹ prevê a inafastabilidade da jurisdição, significando não só proteção de direito, mas adequada proteção.

É o Estado assumindo o compromisso de apreciar e dispensar a proteção a toda e qualquer lesão ou ameaça a direito, seja por tutela reparatória ou sancionatória, seja por tutela preventiva. Não basta garantir-se o acesso ao Judiciário. Mais do que isso, é necessário garantir a possibilidade de obter uma decisão justa, célere e eficaz, bem como a reparação de eventual dano oriundo dessa atividade pública.

A justiça é um bem que afeta a todos e confere estabilidade ao convívio social. A propagação do acesso à informação e a crescente complexidade das aspirações humanas acarretam o alargamento das situações conflituosas surgidas no seio da sociedade, que por via de conseqüência, potencializa a ocorrência de danos originados do Estado-juiz. Carlos Marcato, atento a tal realidade, constata (MARCATO, Antonio Carlos. *Considerações sobre*

¹ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

a tutela jurisdicional diferenciada. Em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3350>>. Acesso em: 29 jan. 2010):

As aspirações do homem estão diretamente subordinadas ao grau de conhecimento da realidade que o cerca. (...) há os poucos que detêm uma parcela maior de poder, de influência e de riquezas, em detrimento da maioria; há os formadores de opinião e os informados (sempre a maioria), há os que dominam e os dominados (de novo ela, a maioria); há os bem nutridos e os famintos, (...). Há os que sabem, há os ignorantes.

(...) nos dias atuais os símbolos distintivos de classes sociais e econômicas tendem a desaparecer (a roupa, o automóvel e todos os demais ícones da sociedade contemporânea tornam-se acessíveis a uma faixa maior da população), a informação é transmitida concomitantemente ao fato informado (e milhões de pessoas têm acesso direto a ela), os bens de consumo ganham uma visibilidade (e uma viabilidade de aquisição) nunca antes conhecida.

Caem barreiras culturais (ou, se preferir, vulgariza-se a cultura).

(...) A informação e o apelo ao consumo infiltram-se democraticamente nas casas ricas e pobres, o homem médio passa a ter plena consciência de seu direito ao trabalho (em condições adequadas e com justa remuneração), ao lazer, à saúde, à educação, à proteção do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural. A ampliação do conhecimento aumenta o grau de aspiração humana, exacerba as expectativas. O desejável torna-se possível.

Notória é a insubsistência da tese de irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, bem como a da responsabilidade parcial, qual seja, somente nos casos especificados em lei, posto que a responsabilização pelos danos ocasionados ao jurisdicionado, independem do Poder que esteja agindo (Executivo, Legislativo ou Judiciário), devendo se observar o princípio geral norteador de todo o campo da responsabilidade civil que impõe a quem causa dano a outrem, o dever de reparar.

2. BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O posicionamento do instituto da responsabilidade do Estado nos dias atuais representa um panorama de sua evolução histórica, partindo de um período de completa irresponsabilidade, passando por momentos em que predominavam as noções civilistas de responsabilidade até ser inserida nos conceitos publicistas de responsabilização.

O período de irresponsabilidade do Estado compreende o momento em que vigoravam os regimes absolutistas, em que o Rei detinha um poder supremo, oriundo de Deus e que, por isso mesmo, não haveria de se conceber sua responsabilização diante de eventos danosos, insuscetível, portanto, de qualquer controle.

Num momento posterior, destaca-se a noção civilista de responsabilização, em que o indivíduo deveria provar que o funcionário (agente público) agiu com culpa ou dolo. Assim, havia uma separação das atividades estatais em atos de império e atos de gestão. Naqueles, o Estado estaria manifestando a vontade pública, devendo ser rechaçada a sua responsabilização, por estar conforme a vontade comum. Nos atos de gestão, o Estado atuaria como um particular, devendo responder pelos danos suportados pelos indivíduos quando fosse verificada a culpa do agente público causador do dano.

Evidente a desvantajosa posição da vítima que tinha o ônus de provar a culpa do agente público, o que resultou em inúmeras situações de irressarcibilidade.

Constada a inadequação da teoria civilista para responsabilizar o Estado, a questão passou a ser tratada em nível de direito público. É a fase publicista e da coletivização dos prejuízos, tendo relevo, aqui, a noção de solidariedade social, visto que se toda a sociedade usufrui dos bônus dos serviços prestados, nada mais justo que seja dividido entre todos os ônus de eventual prejuízo sofrido por alguém.

A responsabilidade passou a ser objetiva fulcrada no nexo de causalidade entre o dano e o fundamento do serviço público. A ideia centralizada na culpa é substituída pela de nexo causal entre a ação ou omissão do serviço público e o prejuízo sofrido pelo jurisdicionado, prescindindo a verificação de seu regular ou irregular funcionamento. Inverte-se o ônus da prova, cabendo ao Estado demonstrar a culpa exclusiva da vítima, força maior ou fato exclusivo de terceiro. Caso não seja evidenciada essa culpa ou algumas das excludentes, subsiste a responsabilidade estatal.

3. JUSTIFICATIVAS PARA AFASTAR A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO-JUIZ

A responsabilização do Estado pela prestação jurisdicional encontra entraves na jurisprudência, que insiste em não aceitá-la utilizando-se de argumentos inconsistentes tais como a inexistência de lei específica, a independência dos magistrados, a soberania do Poder Judiciário e a imutabilidade da coisa julgada. O posicionamento pretoriano destoa do intento do legislador constituinte, uma vez que a Carta Magna determina a responsabilização direta e objetiva do Estado.

O argumento de inexistência de lei específica centra-se no artigo 5º, LXXV da Constituição Federal, que trata da responsabilização por erro judiciário penal, excluindo-se todas as demais áreas de atuação do Estado na prestação jurisdicional. Entretanto, ele não possui respaldo jurídico, uma vez que, além do princípio geral de direito do dever de reparar

o dano causado a outrem, o texto constitucional determina a responsabilidade direta e objetiva do Estado pela atuação lesiva de seus agentes.

A tese da independência dos magistrados não tem solidez para afastar a responsabilização estatal, já que o próprio texto constitucional prevê garantias para a atuação desses agentes, com vistas a propiciar liberdade de consciência e apreciação. Nesta seara, elucida Loureiro Filho (2005, p. 114):

A responsabilidade por atividade judiciária não priva o julgador da livre apreciação das provas, nem restringe sua liberdade de consciência, possibilitando-lhe a liberdade na escolha do conteúdo da decisão, desde que motivada e amparada nos limites do ordenamento jurídico vigente (da mesma forma que a responsabilidade pública não constitui freio ou óbice à administração).

Quanto à soberania do Poder Judiciário, talvez seja o posicionamento mais inconsistente de todos, visto que soberano mesmo é o Estado em sua unicidade, sendo o Poder Judiciário e os demais Poderes, apenas autônomos, uns em relação aos outros.

A proteção à imutabilidade das decisões das quais não caiba mais recurso é frágil para impingir a não-indenização. Coisa julgada não significa justiça da decisão, mas estabilidade do *decisum*. O próprio Direito criou mecanismos posteriores ao trânsito em julgado de uma decisão, a fim de não se fazer injustiça, permitindo reformar ou anular a decisão prejudicial a uma das partes. É o caso da ação rescisória, prevista no artigo 485 do Código de Processo Civil, em que a coisa julgada não é desprezada, posto que há submissão aos requisitos restritivos para o seu cabimento.² A responsabilidade do Estado não se objeta a coisa julgada. A ação indenizatória é totalmente diversa e autônoma da revestida pela *res judicata*, tendo outras partes, outra causa de pedir e outro pedido.

² Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NOS DIAS DE HOJE

O Estado utiliza-se da tripartição dos poderes, sendo que cada um deles é dotado de função que lhe é própria, não se podendo conceber que Executivo, Legislativo ou Judiciário cause dano ao administrado sem a respectiva obrigação de indenizar, ainda que no desempenho de atividades estranhas a sua função precípua.

O comportamento unilateral comissivo ou omissivo do Estado, legítimo ou ilegítimo, pode causar dano à pessoa ou ao seu patrimônio. Em razão disso, o Estado tem que recompor os prejuízos de ordem patrimonial ou extrapatrimonial ocasionados ao administrado. Bandeira de Mello (1999, p. 654) defende que "a idéia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica e inevitável da noção de Estado de Direito". Em se reconhecendo a sujeição de todos, pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou de direito privado, ao ordenamento jurídico, se aceita o dever de responder por conduta transgressora da proteção jurídica alheia. Tratando-se de comportamento ofensivo com sujeito ativo estatal deve-se garantir, conforme preleciona Maria Helena Diniz (1999, p. 518) "uma equânime repartição dos ônus resultantes do evento danoso, evitando que uns suportem prejuízos oriundos de atividades desempenhadas em prol da coletividade".

O artigo 37, § 6º, da Carta Cidadã, atribui ao Estado responsabilidade objetiva por danos ocasionados por seus agentes, restando o direito de regresso quando se verifique dolo ou culpa. Assim, se deve investigar o nexos de causalidade entre o dano sofrido e a ação causadora, ou seja, se houver uma relação de causa e efeito entre a atividade do agente público e o dano, este deverá ser reparado; por outro lado, ausente essa relação de causalidade, não há que se falar em ressarcimento. *In verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa, (grifo nosso).

O Código Civil brasileiro dispõe:

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano

implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, (grifo nosso).

Cumprido destacar que o § 6º do art. 37 da Constituição não se aplica apenas às pessoas jurídicas de direito público, mas também às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Tem sido decidido que elas respondem imediata e diretamente pelos danos que causarem a terceiros, não se necessitando investigar o elemento culpa ou dolo. O Estado responde, então, de forma subsidiária e não solidária, a não ser que a falha na escolha ou na fiscalização da concessionária ou permissionária tenha sido a causa imediata do evento causador do dano.

Continuando a analisar o texto constitucional, ele não contempla atos omissivos, mas apenas comissivos. Embasados nisso, alguns doutrinadores entendem que a responsabilidade por omissão é subjetiva. Entretanto, a jurisprudência não faz distinção, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido que a atividade administrativa a que se refere o texto em comento abrange tanto a conduta comissiva quanto a omissiva, desde que, no último caso, a omissão seja a causa direta e imediata do dano.

O Estado tem, portanto, o dever jurídico de suportar os encargos advindos da atuação lesiva de seus agentes. Ele é sujeito de direitos e obrigações, o que confirma a compreensão de que o referido ente deva suportar os prejuízos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Independentemente do Poder causador do dano, a obrigação de restituir o administrado ao *statu quo ante* é do Estado, que não pode se esquivar desse dever.

5. A ATIVIDADE JUDICIÁRIA COMO SERVIÇO PÚBLICO E O JUIZ COMO AGENTE PÚBLICO

O Estado avocou para si a função de pacificar os conflitos intersubjetivos, fazendo atuar o direito ao caso concreto, erigindo o princípio da inafastabilidade da jurisdição à categoria dos Direitos e Garantias Fundamentais. A prestação jurisdicional, portanto, é serviço público. É colocada à disposição de todo e qualquer cidadão que tenha interesse em dirimir conflitos.

O termo atividade judiciária refere-se tanto a atos meramente administrativos (nomeações, concessão de férias), como a atos tipicamente jurisdicionais de fazer atuar o direito, sendo estes os de interesse para o presente estudo, não se podendo deixar de mencionar os atos legiferantes, quando edita portarias e regimentos internos.

O Poder Judiciário é tão responsável pelos seus atos lesivos, quanto o é o Poder Executivo, posto que todo o serviço público, em qualquer modalidade, implica a idéia de responsabilidade de quem o executa.

A expressão “agentes” da qual lançou mão o legislador constituinte refere-se às mais diversas categorias de servidores que atuam sob a égide do poder estatal, não sendo possível ao legislador ordinário fazer distinções onde o constituinte não o fez. Segundo ensinamento de Hely Lopes Meirelles (2000, pág. 601), “agentes públicos são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal”, o que implica dizer que se incluem nessa categoria os juízes e demais integrantes do Poder Judiciário. Conforme lição de Bandeira de Mello (1999, p. 175), “quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público”. Conclui Cavaliere (2000, p. 186) que esta categoria abrange “não somente os membros do Poder Judiciário, como agentes políticos, mas também, os serventuários e auxiliares da Justiça em geral, vez que desempenham funções estatais”. Atividades judiciais, por sua vez, segundo Cretella Júnior “são todas as atividades do Poder Judiciário, específicas ou anespecíficas, sem indagação de sua natureza, contenciosa ou graciosa.” Em acréscimo, dito professor esclarece (1970, p. 13-32):

(...) realmente, o serviço judiciário é, antes de tudo, serviço público. Ora, serviço público danoso, em qualquer de suas modalidades é serviço danoso do Estado. Por que motivo excluir, por exceção, a espécie serviço público judiciário, do gênero serviço público geral?

O magistrado é, por sua vez, agente público, conforme o preceituado no art. 37, § 6º, da Carta Maior. A expressão “agente”, utilizada no texto constitucional, mais ampla do que “funcionário”, quer significar, segundo Fagundes Seabra (1988, p. 5) que “todo e qualquer servidor estatal compromete, quando agindo nessa qualidade, a responsabilidade civil do dano a terceiro, da entidade a que serve”.

Lair Loureiro (2005, p. 114) faz a seguinte elucidação sobre o enquadramento dos magistrados no rol dos agentes públicos, em vista de quatro requisitos quais sejam: “a) a titularidade de um cargo criado por lei; b) investidura legal, por autoridade competente em caráter permanente; c) incorporação, mediante posse, compromisso e efetivo exercício; d) sujeição a regime jurídico de direito público”.

Assim, sendo o magistrado um agente público, e o serviço judiciário serviço público, enquadra-se essa situação ao regramento do artigo supra, de modo que verificada a causalidade entre o dano suportado pelo jurisdicionado e a atuação jurisdicional, aflora a responsabilização objetiva do Estado.

A despeito disso, há muita hesitação jurisprudencial em reconhecer a responsabilidade do Estado-juiz, aplicando-se o entendimento da responsabilidade concorrente entre Estado e agente público, em inobservância ao texto constitucional.

6. ATIVIDADE JURISDICIONAL DANOSA: QUEM É O RESPONSÁVEL? O JUIZ OU O ESTADO?

A responsabilização do Estado-juiz pode se dar tanto por atos lícitos quanto por atos ilícitos. Na categoria dos atos lícitos, encontram-se aquelas hipóteses em que o Estado atua em conformidade com a norma, que a despeito disso, causa prejuízo superior ao dano esperado, atingindo certo jurisdicionado, especificamente. Por outro lado, os atos ilícitos são aqueles que de alguma forma são praticados em desconformidade com as normas estabelecidas pelo ordenamento jurídico.

Hipóteses de atividade jurisdicional danosa são: i) o erro na condução do processo ou do próprio julgamento, abarcando as causas criminais e não criminais; ii) a culpa ou dolo do magistrado; iii) o excessivo tempo para a prestação jurisdicional. O presente estudo dará destaque a primeira hipótese, na esfera cível.

Comumente, erro judiciário é associado a equívocos cometidos, pelo magistrado, no curso de processos que tramitam na esfera penal. Siches (1973, p. 111) entende por erro como toda atividade jurisdicional dotada de algum engano ou equívoco que gere prejuízo ou dano a alguém, independentemente do procedimento e da materialidade do Direito aplicado. Assim, não são passíveis de erro, apenas as demandas propostas na esfera criminal.

O erro judiciário se caracteriza pelo equívoco do agente público, seja por meio de sentença, despacho ou decisão interlocutória, resultante de errônea interpretação dos fatos (erro de fato) ou de violação a regras de natureza processual e/ou material (erro de direito). O *error in procedendo* (equívoco na condução do procedimento), que leva o jurisdicionado a pleitear a invalidação do *decisum* e o *error in judicando* (equívoco no julgamento), que resulta no pedido de reforma da decisão são recorrentes no Poder Judiciário brasileiro que, a propósito, é o único que pode julgar a si próprio.

Admitir a irresponsabilidade ou a responsabilidade subjetiva para os atos jurisdicionais é retroceder. Não se defende aqui a responsabilização estatal pelo simples fato de alguém ter perdido uma demanda e com isso sofrer prejuízo, até porque é da natureza da jurisdição contenciosa que haja vencido e vencedor. O posicionamento sustentado é de responsabilidade, caso a decisão contenha erro.

Hodiernamente conjugam-se dois regimes: o da responsabilidade pessoal do juiz, baseado no artigo 133 do Código de Processo Civil brasileiro e o da responsabilidade objetiva do Estado, cabendo ao lesado a escolha de qual expediente pretende se utilizar. A

norma prevista no Código de Ritos complementa o dispositivo constitucional, pelo que não se cogita de antinomia. *In verbis*:

Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:
I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;
II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.
Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no nº II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.

A seu turno, o artigo 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) tem a seguinte redação:

Art. 49. Responderá por perdas e danos o magistrado, quando:
I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;
II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.
Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no nº II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias, (grifo nosso).

Notável é a ínfima diferenciação que guarda um dispositivo do outro, alterado, tão-somente, o vocábulo juiz por magistrado.

Esses artigos contemplam a responsabilidade pessoal do juiz por seus atos funcionais, aí incluídos os atos jurisdicionais. A sua responsabilização se concretizará independentemente do tipo do processo, da fase em que se encontra e do procedimento adotado. Tal interpretação se infere da expressão “no exercício de suas funções”, contidos nela qualquer ato de natureza jurisdicional.

Em razão do disposto no parágrafo 6º, art. 37 da Carta Magna, o Estado é responsável objetivamente e diretamente, e apenas nos casos previstos em lei, poderia o magistrado responder de forma indireta, por via da ação regressiva (mais precisamente nos dispositivos infraconstitucionais ora em comento).

A doutrina não é uníssona quanto ao pólo passivo da indenizatória, sustentando alguns que a ação só pode ser proposta contra a pessoa jurídica e não contra o agente. Outros sustentam que o lesado pode acionar o servidor diretamente, ou o Estado, ou ainda ambos, tendo em vista que o magistrado atua como órgão estatal, exercendo função pública. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que a primeira vertente se aplica unicamente às ações fundadas na responsabilidade objetiva. Entretanto, alerta Roberto Gonçalves (2008, p. 225) se o autor se dispuser a comprovar a culpa do servidor, poderá movê-la

contra ambos, arcando com o ônus de descrever a modalidade de culpa do funcionário e de provar a sua existência.

A responsabilidade estatal é princípio no ordenamento brasileiro. O afastamento da responsabilidade do Poder Judiciário proveniente de lesões que este possa realizar, deveria ser previsto em lei, de maneira expressa, excepcionando a regra, o que não ocorre.

A responsabilidade estatal é inerente ao Estado de Direito, de modo que prescinde de texto legal a estabelecê-la. Ademais, ela está consagrada em regra constitucional (art. 37, § 6º), aplicável aos atos danosos executivos, legislativos e judiciais não se podendo cogitar da existência de lacuna no ordenamento jurídico. Portanto, não procede o argumento de que o Estado somente responde por atos judiciais nas hipóteses legalmente previstas, até porque, seriam ilegais!

Além disso, é equivocado concluir que o Código de Processo Civil, em seu artigo 133 retro, teria firmado a responsabilidade pessoal do magistrado, em face da inimputabilidade do Estado. Neste sentido preleciona Maria Helena Diniz (2009, p. 662-664):

Estado e magistrado constituem um todo indissociável; se o juiz causar prejuízo a alguém, o Estado responderá patrimonialmente, tanto se o dano for causado por culpa, dolo ou fraude do órgão judicante. A responsabilidade pessoal do juiz não contraria nem exclui a do Estado, mas a consagra.

Convém destacar que a doutrina, desde o século passado, vem tentando caracterizar a responsabilidade civil do Estado por atos judiciais danosos e há uma tendência para responsabilizá-lo pelo equivocado ou insatisfatório funcionamento dos seus serviços judiciários. Guido Santiago Tawil (1983, p. 437), Professor de Direito Administrativo da Universidade de Buenos Aires, ensina que:

La naturaleza del ato que realiza un juez que viola sus deberes al dictar sentencia, no puede ser puesta en duda; porque siendo condiciones esenciales de la magistratura, la rectitud, la probidad y el conocimiento del derecho, comete sin duda un delito, más o menos grave, el juez que por interés, por amor u odio o por ignorancia juzga mal, resuelve contra derecho y atenta contra la justicia.

A possibilidade de o juiz prejudicar alguém não se esgota no dolo. O magistrado incompetente (no sentido técnico, mas não processual) acaba por causar danos à sociedade, ao Estado, à Justiça e aos seus pares.

Enfim, não é o jurisdicionado quem está obrigado a assumir o risco da atividade jurisdicional danosa, ao revés, quem avoca esse ônus para si é o Estado, legítimo detentor do monopólio do serviço judiciário, que nesse sentido também assume as possíveis mazelas do sistema. O poder é uno. O Estado detém a soberania, não merecendo respaldo a tese da

irresponsabilidade pelo exercício da atividade jurisdicional ou da responsabilidade pessoal do magistrado.

7. A DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA COMO REQUISITO PARA A AÇÃO INDENIZATÓRIA

A coisa julgada é princípio de proteção e segurança ao direito. Não é um valor absoluto, superior à idéia de justiça. Ela acoberta tão-somente a parte dispositiva da sentença, não abrangendo os fundamentos que lhe deram causa. Significa dizer que a parte que sucumbiu está obrigada a cumprir o mandamento dispositivo, já que a parte vencedora tem direito à satisfação do bem da vida que lhe foi assegurado no processo. Se os motivos que deram causa à decisão não estão resguardados pelo manto da coisa julgada, está evidenciada a possibilidade da parte prejudicada questioná-los, podendo, em conseqüência, buscar a reparação de eventuais prejuízos em face de quem os tenha causado: o Estado-juiz, seja em caso de erro da decisão, seja por dolo ou fraude.

José Afonso da Silva (2005, p.114), ao tratar do tema, ensina que:

(...) em sentido estrito, a segurança jurídica consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu.

Se mutável fosse o *decisum*, os litígios seriam perpétuos, já que obtendo tutela jurisdicional diversa do seu interesse, a parte iniciaria nova demanda, até que tivesse seus anseios atendidos. Ademais, a sentença deve ser portadora de uma presunção de veracidade e justiça, habilitando-a a promover a paz social.

O Professor Cândido Dinamarco (2001, p. 7-45) distingue coisa julgada material de coisa julgada formal e alerta que o valor da segurança nas relações jurídicas não é absoluto:

A distinção entre coisa julgada material e formal consiste, portanto, em que (a) a primeira é a imunidade dos efeitos da sentença, que os acompanha na vida das pessoas ainda depois de extinto o processo, impedindo qualquer ato estatal, processual ou não, que venha a negá-los; enquanto que (b) a coisa julgada formal é fenômeno interno ao processo e refere-se à sentença como ato processual, imunizada contra qualquer substituição por outra.

A coisa julgada material, a formal e as preclusões em geral incluem-se entre os institutos com que o sistema processual busca a estabilidade das decisões e, através dela, a segurança nas relações jurídicas. O valor da segurança das relações jurídicas não é absoluto no sistema, nem o é portanto a garantia da coisa julgada, porque

ambos devem conviver com outro valor de primeiríssima grandeza, que é o da justiça das decisões judiciais, constitucionalmente prometido mediante a garantia do acesso à justiça, (grifo nosso)

O alerta é bastante pertinente. Não basta garantir ao cidadão o acesso ao Poder Judiciário. É preciso assegurar decisões justas e o reconhecimento ao direito de indenização em face do Estado, em caso de erro no julgamento. Pondera José Cretella Júnior (1970, p. 19-32) que: "[...] elevar a *res judicata* à categoria de muralha sacrossanta, absolutamente impenetrável, é admitir a infalibilidade do julgamento humano ou a intransigência obstinada e incompreensível, mesmo diante de erro manifesto".

Questão que se impõe é a de se esclarecer sobre a necessidade ou não de desfazimento da coisa julgada para se pleitear a reparação pelos danos advindos da atuação jurisdicional.

A doutrina não é uníssona. Uma parte dela entende ser imprescindível rescindir o julgado, fazendo-se necessários, portanto, dois requisitos: a existência de coisa soberanamente julgada, insuscetível de recursos e a ação rescisória. Outra parte considera que a desconstituição do julgado não é condição para a ação indenizatória e conseqüente reparação do dano, como Hentz (1995, p. 43), que ao tratar do tema conclui que:

A sustentação que se faz aqui é no sentido da desnecessidade de desconstituir o julgado cível ou criminal, podendo a indenização ser postulada como ação autônoma, já que a coisa julgada não opera impedimentos a considerações sobre eventual desacerto do julgamento.

A condenação estatal na ação indenizatória não altera o julgado. A decisão continua válida entre as partes. Ela não deixa de ser intangível. É o Estado que terá que responder pelo prejuízo que a decisão imutável ocasionou a uma das partes, em decorrência de erro judiciário.

Corroborando esse entendimento, explica Dergint (1994, p. 45):

Mesmo se prescrita a ação rescisória, é de se admitir possa o prejudicado, pelo erro do Estado-Juiz, obter indenização, ainda que mantido o julgamento transitado em julgado. Atente-se para o fato de que na ação indenizatória não se busca a desconstituição da sentença lesiva e não se vinculam as mesmas partes (mas uma delas e o Estado). Assim sendo, a responsabilidade estatal não se contrapõe à coisa julgada, sendo despicienda a desconstituição do ato jurisdicional através da ação rescisória, (grifo nosso).

O posicionamento aqui defendido é no sentido da desnecessidade de desconstituir o julgado cível, podendo a indenização ser postulada como ação autônoma, já que a coisa julgada não impossibilita questionar eventual erro no julgamento, tampouco prejudica a indenização. Assim o é pelo fato de que não se perfaz necessária a prévia rescisão da

sentença para a apreciação do pedido indenizatório. Ora, a lide é outra, diversa, autônoma e independente, cuja pretensão ainda não se viu apreciada pelo Poder Judiciário. Por esses motivos não há como conceber que seja possível a coisa julgada impedir o manejo da ação ressarcitória.

Observe-se ainda que o Estado não ocupou o pólo passivo ou o ativo da demanda anterior, na qual o serviço judiciário foi lesivo. Está, então, fora do alcance da coisa julgada, não sendo esta suficiente para obstar o reconhecimento da obrigação estatal de indenizar.

É na ação indenizatória proposta contra o Estado que será averiguada a ocorrência do erro do magistrado, na forma de dolo, fraude ou culpa grave. Cabe lembrar que na ocorrência de erro técnico (atuação sem dolo ou sem culpa grave), somente o Estado responderá pela indenização, sendo incabível a ação regressiva.

A coisa julgada não pode ser um impedimento. É preciso ter em conta os limites impostos pela justiça, pela moralidade e pela legalidade.

8. UM BREVE COMPARATIVO: O POSICIONAMENTO NO DIREITO PORTENHO

As províncias que formam a República Argentina detêm poderes não delegados expressamente ao governo nacional, facultando-se a elas regulamentar a distribuição de competências (art. 121 da Constituição da Nação Argentina)³. Assim, o reconhecimento e a extensão da responsabilidade do Estado por erro no exercício da atividade jurisdicional variam conforme as normas de cada província. A maioria reconhece, em sua constituição ou em normas de procedimento, a responsabilidade estatal por erro judicial.

A Constituição da *Ciudad de Buenos Aires* limita a reparação ao erro judicial no âmbito penal e ampara a demora excessiva na resolução das causas em qualquer juízo, seja ele cível ou criminal (denominado anormal funcionamento da administração da Justiça). Entretanto, vem ganhando força, uma tendência de ampliar a responsabilidade por erro judicial a todas as esferas do Direito, bem como a de reconhecer a responsabilidade direta do Estado por danos causados por *empleados judiciales*, não sendo raras as vezes que incluem os juízes dentre os funcionários previstos no artigo 1112 do *Código Civil de La Nación*⁴.

³ ARTÍCULO 121.- *Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.*

⁴ Art. 1.112. *Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título.*

Diferentemente do que ocorre no Brasil, a maioria das províncias e a Nação, não preveem mecanismos de desconstituição da coisa julgada no âmbito civil. Parte da doutrina, como Frías Santiago (FRÍAS, Santiago Saraiva. Em: < www.juridicas.unam.mx>. Acesso em: 15 de out. 2010) defende que o seu regulamento pelos códigos amainará os poderes conferidos aos primeiro e segundo graus de jurisdição, bem como evitará o sacrifício da justiça pela segurança jurídica.

A *Corte Suprema de Justicia de La Nación* admite a propositura de ação autônoma para questionar erro judicial em sentença. Ainda assim, boa parte dos estudiosos reclama a necessidade de previsão codificada.

É posicionamento da mesma Corte e contrariamente à jurisprudência, a necessidade de declaração de ilegitimidade do ato judicial eivado de erro e da cessação de seus efeitos para a reparatoria, seja ele sentença ou decisão interlocutória, sustentando Tawil (1993, p. 75) que:

(..) antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, em tanto se mantenga, juzgar que hay error. Lo contrario importaría un atentado contra El orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños y perjuicios constituiría um recurso contra El pronunciamiento firme, no previsto ni admitido por la ley.

Conclui-se que o maior óbice para a reparação dos danos ao jurisdicionado por erro judicial é a coisa julgada, supervalorizada pelo direito argentino, quando em comparação ao brasileiro. Iturraspe (2005, p. 178-184), constatando tal fato, preleciona que há uma tendência nas legislações européias e americanas em deixar de lado os julgados de rescisão, revisão ou nulidade para consagrar uma ação direta, autônoma distinta, dissipando ou atenuando o tabu da coisa julgada. Quanto ao Brasil, menciona o mesmo autor que “ *En El Brasil avanzan los criterios favorables ao reconocimiento de una acción directa de la víctima del error judicial, sin requerir la previa rescisión o anulación de La cosa juzgada*”.

Juan Hitters (2001, ps. 255-257; 272; 305-306 e 325) dentre outros estudiosos, entende cabível a revisão da coisa julgada nas seguintes circunstâncias: i) aparição de documentos ou provas desconhecidas ao sentenciar ou declaração de falsidade de ditos documentos em ação autônoma; ii) fraude processual, engano, violência, simulação ou lesão empregada pelos litigantes para a obtenção da sentença; iii) atividade anômala do juiz, inserida nesta o erro judicial. Defende o Professor a infringência da autoridade do julgado se isso for essencial para fazer justiça e afastar desmandos, manifestando-se favoravelmente – e em antagonismo a Frías – à criação de uma teoria da revisão da coisa julgada sem previsão legal ou além das previsões legais eventualmente existentes (como no Brasil). Saliente-se que quando o doutrinador menciona o Brasil, refere-se à ação rescisória, prevista no Código de Processo Civil brasileiro (item 3 supra) e à *querela nullitatis* (ação na

qual se objetiva a declaração de inexistência da sentença eivada de erros judiciais graves, os quais não se sanam com a preclusão temporal, impedindo a formação da *res iudicata*). Didier (2008, p. 579) a define como “meio de impugnação de decisão maculada por vícios transrescisórios”, diferenciando-a da ação rescisória por ter hipóteses de cabimento mais restritas e por ser imprescritível, podendo ser manejada depois do decurso do prazo de dois anos previsto para a ação rescisória. Scarpinella Bueno (2007, p. 404) destaca a importância do controle das decisões jurisdicionais, mesmo quando transitadas em julgado, para a sua “adequação às realidades subjacentes ao processo e, nestas condições, possam elas próprias, restar imunes a novos questionamentos.

O direito brasileiro é mais flexível no que se refere à desconstituição da coisa julgada, o mesmo valendo para os requisitos de admissibilidade da ação reparatória em face do Estado por erro judicial cível, considerando indispensável para tal a demonstração do nexo de causalidade e do dano.

9. CONCLUSÃO

A imputação ao Estado do dever de indenizar os danos causados ao indivíduo caminhou a passos lentos. Ele, como qualquer administrado, é sujeito de direitos e obrigações, seja lá de qual Poder emane seus atos: Executivo, Legislativo ou Judiciário. A irresponsabilidade estatal é inconcebível.

O juiz, na prática de atos jurisdicionais, pode lesionar o jurisdicionado em qualquer fase do processo, seja por intermédio de despacho, decisão interlocutória ou sentença. As justificativas em defesa da não-responsabilidade do Estado como a inexistência de lei específica, a independência dos magistrados, a soberania do Poder Judiciário e a imutabilidade da coisa julgada são, no mínimo, inconsistentes. A uma, porque há mais que previsão infraconstitucional, posto que a responsabilização vem disposta na Carta Cidadã. A duas, porque a independência que se atribui aos magistrados não significa que eles estejam autorizados a decidir insubmissos ao princípio geral norteador de todo o campo da responsabilidade civil que impõe, a quem causa dano a outrem, o dever de reparar, além de terem garantias de atuação constitucionalmente asseguradas. A três, porque a soberania não é do Poder Judiciário, mas sim, do Estado, que é uno. E, finalmente, porque a coisa julgada não pode ser veículo de injustiça, sendo um despropósito exigir sua desconstituição como requisito de admissibilidade para a ação indenizatória em face do Estado.

O Código de Processo Civil brasileiro prevê no artigo 495 o prazo decadencial de dois anos para a propositura da ação rescisória, a contar do trânsito em julgado da sentença

rescindenda. O artigo 486, por sua vez, prescreve que os atos judiciais não materializados em sentença podem ser rescindidos por ação anulatória.⁵

Obrigar o cidadão lesionado a aguardar o trânsito em julgado da sentença, para depois desconstituí-la; ou ainda, obrigá-lo primeiramente a obter um provimento anulatório (quando o ato judicial não for uma sentença), para só assim buscar a indenização em face do Estado é ilógico. É tornar vã a batalha legislativa em reduzir a morosidade da Justiça.

A prolação da sentença rescindenda pode levar anos afio. A sua desconstituição e o provimento anulatório de uma decisão interlocutória, poderá levar uma longa temporada. Dependendo da comarca e da unidade da federação da qual tenham origem esses atos, pode-se alcançar a marca de dez a vinte anos de uma angustiante e custosa espera.

O legislador vem lutando bravamente para reduzir o tempo no Judiciário, seja intensificando os requisitos de admissibilidade dos recursos, seja instituindo o “tempo razoável de duração do processo” à categoria de direito e garantia fundamental do indivíduo (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal).⁶

É do conhecimento geral que a Fazenda Pública (a Administração) é uma das grandes congestionadoras do Poder Judiciário. Exigir-se do jurisdicionado o cumprimento de requisitos tão complexos e morosos para a propositura da indenizatória é no mínimo desigual, haja vista a imprescritibilidade das ações de regresso.

Há muito por fazer, tanto no Brasil, quanto na Argentina. O fato é que já se vislumbra uma tendência em responsabilizar o Estado por erros judiciais advindos de quaisquer áreas do Direito, bem como em abreviar a *via crucis* do lesionado para o pleito indenizatório, com a dispensa da desconstituição da coisa julgada como requisito para tal. O jurisdicionado agradece.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. *Código Civil de La Nación* (1871). Disponível em: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>. Acesso em 15 de out. 2010.

⁵ Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

Art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.

⁶ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

ARGENTINA. “*Constitución de La Nación Argentina*” (1994). Disponível em: <http://www.constitution.org/cons/argentin.htm> . Acesso em 15 de out. 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 11^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

BRASIL. *Código Civil* (2002). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 04 out. 2010.

_____. *Código de Processo Civil* (1973). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm >. Acesso em: 04 out. 2010.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Lei Orgânica da Magistratura Nacional* (1979). Disponível em: http://www..planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp35.htm. Acesso em: 19 jul. 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, 2^a ed, tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Responsabilidade do estado por atos judiciais* – Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, n. 99, p.13-32, jan./mar. 1970.

DERGINT, Augusto. *Responsabilidade do estado por atos judiciais*. Vol. 710/225. São Paulo: RT, 1994.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. 2^a ed. Bahia: Editora Jus PODIVM, v. 2, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. Revista da Escola Paulista da Magistratura, v. 2, n. 2, p. 7-45, jul-dez 01. Material da 4^a aula da Disciplina *Prova, Sentença e Coisa Julgada*, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil – UNISUL - IBDP – REDE LFG.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade civil*. 13^a. ed. São Paulo: Editora Saraiva, v. 7, 1999.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade civil*. 23^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, v. 7, 2009.

FAGUNDES, Miguel SEABRA. *C. Revista de direito administrativo*, 168/5, n. 4, 1988.

FRÍAS, Santiago Saraiva. “*Responsabilidad del estado por error judicial y deficiente administración de justicia*”. Unam. Disponível em: < www.juridicas.unam.mx>. Acesso em: 15 de out. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Parte geral*. 6ª. ed, São Paulo: Editora Saraiva, v. 1, 2008.

HENTZ, Luiz Antônio Soares. *Indenização do erro judiciário*. São Paulo: Eud, 1995.

HITTERS, Juan Carlos. “*Revisión de la cosa juzgada*”. Platense, La Plata, 2001, pp. 255-257; 272; 305-306 e 325.

ITURRASPE, Jorge Mosset. “*El error judicial*”. Rubinzal – Culzoni Editores, 2005.

LIEBMAN. Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, I, 2a ed., Rio, Forense, 1987, (trad. Cândido Rangel Dinamarco).

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. *Responsabilidade pública por atividade judiciária*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MARCATO, Antonio Carlos. *Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3350>>. Acesso em: 29 jan. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SICHES, Luis Recasens. “*Nueva filosofía de la interpretación del derecho. México*”: Editorial Porrúa, 1973.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAWIL, Santiago Guido. “*La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de Justicia*”, Ediciones Depalma Buenos Aires, 1989, pg. 127, "Obras completas del Doctor José Maía Moreno, I, BUENOS AIRES, 1983.

_____. “*La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de Justicia*”, 2ª ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 42ª ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2005.

**DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO E A PERDA DE UMA CHANCE:
POSSIBILIDADES, NORMAS APLICÁVEIS E CONSEQÜÊNCIAS NO BRASIL E
NA ARGENTINA.**

**THE LIABILITY OF ATTORNEY AND LOSS OF A POSSIBILITY:
OPPORTUNITES, REQUIREMENTS AND CONSEQUENCES IN BRAZIL AND
ARGENTINA**

WALTER AGRA*

E-mail: walteragra@uol.com.br

RESUMO

A atividade advocatícia enseja, em regra, uma obrigação de meio e não de resultado, devendo a responsabilização por atos lesivos ser apurada, de forma subjetiva, tomando como base o art. 32 da Lei 8.904 e, subsidiariamente, aplicado o Código Civil. A quantificação do dano deve ser concreta e objetiva, não podendo basear-se apenas em critérios de futurologia.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil; advogado; norma aplicável; perda de uma chance; quantificação.

ABSTRACT

The law practice gives rise, as a rule, to an obligation of means and not of results, the civil liability derived from harmful acts shall be determined, subjectively, based on the Art. 32 of the Law nº 8.904 and, secondarily, applied the Civil Code. The quantification of the damage should be concrete and objective, and can not be based solely on the criteria of futurology.

KEYWORDS: Liability; lawyer standard; the loss of a possibility quantification.

* Doutorando em Direito na UBA. Mestre pela UNICAP. Professor da Universidade Federal da Paraíba – UFPB; Professor da FESP; Presidente da Comissão Nacional de Exame de Ordem da OAB Nacional; Especialista em Direito Processual Civil; Ex-Promotor de Justiça no Estado de Pernambuco; Ex-Procurador Geral do Município de João Pessoa – PB; Advogado Militante.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No Brasil a atividade dos advogados é garantida, por preceito constitucional, como indispensável para o efetivo funcionamento da justiça *ex vi* do art. 133 da Constituição Federal.

Embora seja imprescindível este mister, nem de longe podemos conceber que por ser essa função indispensável, as pessoas que a exercem possam ficar livres de responsabilização civil quando, no exercício de sua profissão, praticarem atos que lesionem seus clientes ou terceiros.

Dentro deste prisma mister se faz investigar qual o tipo de obrigação na relação exercida entre parte e o advogado, bem como se a relação jurídica é contratual ou extracontratual.

Para proceder a esta análise, pois o tema ainda é palpitante no Brasil, tomaremos como norte idêntica situação na Argentina, verificando a solução dada por aquela legislação para solucionar esta situação.

Em sendo definido o tipo de obrigação e de responsabilidade civil para estas situações, mister se faz especificar qual a norma que deve regulamentar ou balizar estes atos, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil ou as normas estatutárias.

Por fim, tem-se também como escopo a definição de parâmetros para quantificação do dano, mormente quando o prejuízo for a perda de um ato processual tomando por base a aplicação ou não da teoria da perda de uma chance.

É na busca de soluções para estes questionamentos que pretendemos desenvolver esse trabalho e, para tanto, começaremos pela natureza da relação contratual entre o advogado e a parte.

2. DO TIPO DE OBRIGAÇÃO E DA RELAÇÃO DE RESPONSABILIDADE ENTRE O ADVOGADO E O CLIENTE NO BRASIL E NA ARGENTINA

Todo direito, seja qual for a sua natureza, pessoal ou real, encerra sempre uma idéia de obrigação, como antítese natural. Neste sentido Washington de Barros Monteiro⁷ pontificou clássica definição ainda bem viva no direito brasileiro ao assim vincular direito e obrigação, *in verbis*:

“Direito e obrigação constituem, realmente, os dois lados da mesma medalha, o direito e o avesso do mesmo tecido. Sob esse aspecto, numa imagem feliz, houve quem afirmasse que as obrigações são

⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações. Vol I. São Paulo: Editora Saraiva. 1962. 2ª Edição. p. 03.

como as sombras que os direitos projetam sobre a vasta superfície do mundo. Podemos deixar assentado, efetivamente, que não existe direito sem a respectiva obrigação, nem obrigação sem o respectivo direito.”

A partir da conceituação trazida por Washington de Barros necessário se faz perquirir, inicialmente, se a obrigação do advogado – *quando do exercício dos atos atinentes a sua profissão* – são de resultado ou de meio. Para tanto, torna-se conveniente fazer uma diferenciação entre obrigação de meio e obrigação de resultado para melhor enquadrar os atos dos advogados. Com este escopo traz-se o escólio elucidativo de Maria Helena Diniz⁸ que assim pontifica:

“A obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga tão-somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo. Infere-se daí que sua pretensão não consiste num resultado certo e determinado a ser conseguido pelo obrigado, mas tão-somente numa atividade prudente e diligente deste em benefício do credor. Seu conteúdo é a própria atividade do devedor, ou seja, os meios tendentes a produzir o escopo almejado, de maneira que a inexecução da obrigação se caracteriza pela omissão do devedor em tomar certas precauções, sem se cogitar do resultado final.”

“A obrigação de resultado é aquela em que o credor tem o direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o que se terá o inadimplemento da relação obrigacional. Tem em vista o resultado em si mesmo, de tal sorte que a obrigação só se considerará adimplida com a efetiva produção do resultado colimado. Ter-se-á execução dessa relação obrigacional quando o devedor cumprir o objeto final.”

Conceituada a obrigação de meio e de resultado tem-se que, em regra, as obrigações decorrentes da atividade advocatícia são obrigações de meio, ante a impossibilidade do advogado garantir, por exemplo, o êxito na causa, posto que o resultado positivo para o cliente não dependerá apenas e exclusivamente do esforço e do trabalho do advogado, mas sobretudo do direito da parte e dos atos processuais praticados por cada uma das partes dentro do processo.

A obrigação do advogado contratado é desempenhar a sua função em um processo judicial praticando todos os atos necessários para a defesa ou proteção do direito da parte que representa, devendo agir com prudência, conhecimento de causa, cuidado e

⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil. Vol VII. São Paulo: Editora Saraiva. 1993. 7ª Edição. p. 191-192.

consciência para melhor desempenhar o *múnus* que lhe foi atribuído pelo constituinte. Nestes casos, indubitavelmente, a obrigação é de meio.

No tocante a conceituação de obrigação de resultado e de meios, merece destaque o que restou assentado pela Dra. Dra. María Deña Pereiro de Grigaravicius⁹ quando consignou:

“En las OBLIGACIONES DE RESULTADO el deudor asume el compromiso de conseguir un objetivo o efecto determinado .

En las de MEDIOS , el deudor no asegura la consecución del resultado esperado por el acreedor, sino sólo se obliga a poner de su parte el empleo de los medios conducentes a ellos.

En la compleja actividad médica se ha entendido que el médico no libera su responsabilidad frente a un MAL RESULTADO , demostrando que se dedicó simplemente a la atención del paciente . Tiene que aportar elementos que prueben haber puesto los medios adecuados y que convenzan al juez de que el fracaso se produjo a pesar de todos ellos , por un álea incontrolable.”

Na Argentina, igualmente, o advogado tem que envolver todos os seus conhecimentos no sentido de obter êxito na causa nos termos do art. 902 do Código Civil Argentino tem sido considerada a atividade advocatícia como uma atividade de meio, com faz prova jurisprudência assim assentada:

“...La obligación del abogado en la defensa de su cliente es de medios y no de resultado, pues el profesional no asegura a su patrocinado el éxito del proceso, sino emplear por su parte los recursos conducentes a ese triunfo...” (CNCiv. Sala L, 15/6/95, Aguerondo, María Inés c. Blanco Gerardo LL 1996-A-15 y DJ 1996-1-775).

Com efeito, não se pode deixar de considerar que, excepcionalmente, a atividade do advogado pode ser constituída em uma obrigação de resultado. Tais casos podem ocorrer, por exemplo, quando o advogado é contratado para analisar ou formatar um determinado contrato. Nestes casos o advogado não é responsável pelo sucesso do negócio jurídico nele contido, embora seja responsável pela feitura do contrato dentro das normas jurídicas balizadoras do assunto telado.

No caso do exemplo acima, a responsabilidade do advogado é de resultado – *pois se comprometeu a fazer um contrato dentro dos regramentos legais disciplinadores do assunto*

⁹ PEREIRO DE GRIGARAVICIUS, María Deña. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO EN EL DERECHO ARGENTINO. Trabalho publicado em “ La responsabilité – Aspects nouveaux “ Association Henri Capitant LGDJ . Paris 2003 . LA LEY – T. 1999 – E – p. 1085. Buenos Aires – Argentina e republicado em RESPONSABILIDAD CIVIL – DOCTRINAS ESENCIALES – TOMO V , Pag. 451 – Año 2008 – LA LEY.

-, ou seja, a sua obrigação é elaborar e fornecer um contrato (de compra e venda por exemplo) dentro dos preceitos legais. Se não o fizer dentro das previsões legais, deixando de garantir situação certa e previsível, o resultado contratado não foi atingido ensejando a responsabilização do advogado pelo resultado não atingido.

Em síntese, embora em regra a responsabilidade do advogado por seus atos no exercício da profissão seja de meio, dependendo do objeto do contrato essa obrigação pode também ser de resultado, pelo que antes da definição do tipo de responsabilidade deve ser analisado o objeto do negócio jurídico a ser disciplinado no contrato.

Dentro deste contexto, o direito do advogado representar o seu constituinte não surge divorciado de obrigações de lado a lado. Ao se estabelecer esta relação de representação processual dá-se início, também, a uma relação contratual, seja ele formal ou informal.

Quando a contratação se dá por intermédio de um contrato formal, devem restar bem claras as incumbências e obrigações de parte a parte tomando por base a função social do contrato e a boa fé objetiva, como forma de conciliar os interesses colidentes dos contratantes como bem consignou Clóvis Beviláqua¹⁰.

No mesmo norte temos a conceituação de contrato por Pablo Stolze Gagliano que assim pontifica:

*“Portanto, à vista do exposto, poderíamos, sem prejuízo da definição supra apresentada, e já sob uma perspectiva mais estrutural, reconceituarmos o contrato, genericamente, como sendo **um negócio jurídico bilateral, por meio do qual as partes, visando a atingir determinados interesses patrimoniais, convergem as suas vontades, criando um dever jurídico principal (de dar, fazer ou não fazer), e, bem assim, deveres jurídicos anexos, decorrentes da boa-fé objetiva e do superior princípio da função social.**”*

No que pertine a observância da função social do contrato firmado com um advogado, esta exigência existe não apenas por força de norma infra-constitucional, mas, sobretudo, em decorrência do comando constitucional contido no art. 133 da Carta Magna brasileira que estabelece que o advogado é indispensável à administração da justiça. Logo, como indispensável para o exercício de uma função estatal pública, necessário se faz reconhecer que o desempenho desta função encontra-se indissociavelmente ligada a uma função social, posto que compete ao Estado – **e apenas a este** – prestar a tutela jurisdicional, para a qual o advogado apresenta-se como peça basilar para provocá-la.

Já quanto a necessidade de boa-fé objetiva, este requisito também se apresenta ínsito a atividade advocatícia, posto que não há que se falar em atuação advocatícia sem a

¹⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das Obrigações. Campinas:RED Livros, 2000. p. 211

prática a boa-fé contratual e processual como, posteriormente, abordaremos ao discorrer sobre os deveres dos advogados.

Assim, havendo contrato formal entre o advogado e o cliente, mister se faz concluir que a responsabilidade quanto a este fato estará regulada pela culpa contratual.

Todavia, muitos são os casos em que os advogados não firmam um contrato específico de prestação de serviços com o constituinte, mas, mesmo assim, lhe prestam serviço com a expressa e mútua anuência entre as partes, como por exemplo, quando a parte outorga um instrumento procuratório para o advogado que o utiliza para a prática de um ato judicial em favor de quem a outorgou.

Nestes casos não se tem um contrato formal e prévio a prestação do serviço, mas não se pode duvidar que restou materializada uma relação – **um negócio jurídico** – entre advogado e cliente.

Para se chegar a esta conclusão basta verificar se os quatro elementos constitutivos de um contrato estariam presentes, quais sejam: a) manifestação de vontade; b) agente; c) objeto e d) forma.

A manifestação de vontade e os agentes apresentam-se bastante clara quando o cliente outorga um mandato para o advogado e quando este o utiliza para representar o outorgante. O objeto é a representação judicial ou extra-judicial, especificada nos poderes declinados no referido instrumento que é a forma de aperfeiçoamento do negócio jurídico.

No direito argentino, de igual forma, as partes estarão obrigadas, em regra, conforme expressam o consentimento, como bem se pede verificar no magistério de Ricardo Luis Lorenzetti¹¹ que assim registrou, *in verbis*:

“En el Capítulo II, al tratar la causa de la obligación contractual, hemos concluído em que la regla general es que las partes quedan obligadas conforme al consentimiento, es decir, si demuestran la intención de obligarse sobre la base de términos suficientemente específicos. Hemos admitido (Cap. III) que el modelo del contrato negociado entre iguales presenta excepciones, con diferentes grados de apartamiento, y que dan lugar a otros factores de atribución contractual.”

Como posto, há o expresse consentimento livre entre as partes com a outorga e a utilização do instrumento procuratório constituído pelo mandato. Esta liberdade fica ainda mais evidente quando se constata que, a qualquer tempo, pode as partes contratantes – **advogado ou cliente** – revogar o contrato.

¹¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los Contratos. Parte General. Santa Fe:Rubinzal-Culzoni Editores.2ª Edición. 2010.p. 255/256.

Para tanto basta atentar para o contido no art. 692¹² do Código Civil que remete o tema aos arts. 44 e 45¹³ do Código de Processo Civil, onde resta consignado a possibilidade da parte revogar o mandato outorgado ao advogado, bem como que este possa renunciar, a qualquer tempo, o mandato que lhe foi outorgado, sendo necessário, no último caso, a ciência prévia da parte contrária e a continuidade da prestação dos serviços por mais 10 dias seguidos a comunicação, caso não haja a substituição do causídico pela parte em lapso temporal menor.

Na Argentina a regra é que a oferta pode ser revogada livremente e a qualquer momento, posto que ninguém pode obrigado a se manter vinculado a outro indefinidamente, mormente quando o móvel dessa vinculação é a confiança. A limitação para tal revogação é a aceitação pela parte que, no caso dos atos praticados por advogados se consumem ato a ato, pelo que deve ser aplicado o disposto no art. 1150¹⁴ do Código Civil Argentino, desde que não tenha havido a renúncia a faculdade de revogar, posto que nestes casos deixa-se de ter o exercício de uma liberdade, mas uma obrigação.

Portanto, em qualquer dos cenários – ***seja a luz das normas do Brasil ou da Argentina*** -, em regra, a relação entre advogado e constituinte é contratual podendo esta operar-se pela figura formal de instrumento contratual próprio ou através do aceite e uso do mandato.

Entrementes, não podemos perder de vista que os atos praticados pelos advogados praticados no exercício de sua profissão também podem ser considerados dentro da seara de responsabilidade extra-contratual.

O Código Civil distinguiu perfeitamente estas duas hipóteses de responsabilidades. A responsabilidade contratual ficou bem delimitada ao conceituar os defeitos dos negócios jurídicos nos artigos 166 a 184 da referida norma. Por seu turno, a responsabilidade extracontratual ou aquiliana restou configurada ao conceituar o ato ilícito regulamentando-a em diversos momentos.

José de Aguiar Dias¹⁵ Estabelece um perfeito paralelo entre responsabilidade contratual e extracontratual ao assim consignar:

“Partindo-se do princípio geral de que a culpa se corporifica em ato ilícito e este é a violação de um dever preexistente, passa-se à

¹² “Art. 692.- O mandato judicial fica subordinado às normas que lhe dizem respeito, constantes na legislação processual, e, supletivamente, às estabelecidas neste Código.”

¹³ “Art. 44.- A parte, que revogar o mandato outorgado ao seu advogado, no mesmo ato constituirá outro que assumo o patrocínio da causa.

Art. 45.- O advogado poderá, a qualquer tempo, renunciar ao mandato, provando que cientificou o mandante a fim de que este nomeie substituto. Durante os 10 (dez) dias seguintes, o advogado continuará a representar o mandante, desde que necessário para lhe evitar prejuízo.”

¹⁴ “Artículo 1150. Las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas, a no ser que el que las hubiere hecho, hubiese renunciado a la facultad de retirarlas, o se hubiese obligado al hacerlas, a permanecer en ellas hasta una época determinada.”

¹⁵ DAIS, José de Aguiar. Responsabilidade Civil. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Forense. p. 148-149.

verificação de que esse dever tanto pode ser de ordem legal, como um preceito moral determinado ou uma obrigação geral de não prejudicar ou, ainda, um dever contratual. As três espécies se agrupam no título 'culpa extracontratual', e embora, decerto, menos nítidas as linhas diferenciais entre elas, esses traços distintivos persistem. O jurista que se esmera no mérito não deixará de reconhecê-los. O certo é que a classificação geral é a de culpa extracontratual. A categoria paralela é a culpa contratual.

A culpa contratual, assim, se estabelece em terreno bem definido e limitado, e consiste, segundo **Savatier**, cuja lição nos parece correta, "na inexecução previsível e inevitável, por uma parte ou seus sucessores, de obrigação nascida de contrato prejudicial à outra parte ou seus sucessores. Todavia, essa distinção não justifica a conclusão de **Savatieri**, no sentido de opor a culpa contratual, conceito uno, à culpa extracontratual, conceito vário. Já vimos, através de **amézaga**, que a unidade genérica não é perturbada pelas diferenças específicas. Mal não há que se precisem traços, com a ressalva formulada, porque é exata a asserção de **Savatier**: a responsabilidade contratual escapa às regras próprias dos contratos. Além disso: é certo que a responsabilidade contratual se funda na autonomia da vontade, ao passo que a responsabilidade extracontratual independe dela. Só os subjetivistas não o reconhecem: a responsabilidade contratual obedece às regras comuns dos contratos e, frequentemente, baseia-se em dever de resultado, o que acarreta a presunção de culpa."

Fazendo uma comparação conceitual e normativa com o direito argentino tem-se igual Ricardo Luis Lorenzetti¹⁶ também faz uma perfeita diferenciação entre responsabilidade contratual e extracontratual, merecendo especial distinção quanto a antijuridicidade e a causalidade, tendo assim consignado:

"Los principales elementos diferenciadores son los siguientes:

Antijuridicidad: En la responsabilidad aquiliana la antijuridicidad se configura por la contradicción con el deber genérico de no dañar a outro; en la contractual surge por la violación de una obligación pré-existente y de origen convencional. Ello conduce a establecer precisiones adicionales:

- El contrato es la creación de la autonomía privada y, por lo tanto, hay um critério particular para administrar los riesgos, entre ellos el incumplimiento; en cambio, em la extracontractual solamente hay valoraciones colectivas.

- La responsabilidad contractual se diseñó pra garantizar la cooperación ajena buscada a través del contrato. Em cambio, em la aquiliana se pretende evitar la invasión ilícita de la esfera protegida, lo cual hace que tengan critérios diferentes.

¹⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los Contratos. Parte General. Santa Fe:Rubinzal-Culzoni Editores.2ª Edición. 2010.p. 605-606.

- La responsabilidad contractual está enfocada en la protección del crédito respecto de las valoraciones que causa el obligado. En el ámbito aquiliano también se puede proteger el crédito, pero respecto de los ataques de terceros y no del deudor.

Causalidad: En la responsabilidad aquiliana se responde en forma plena e integral, es decir por las consecuencias inmediatas y por las mediatas previsibles, mientras que en la responsabilidad contractual se responde por las consecuencias “inmediatas y necesarias” del incumplimiento (art. 520, Cód. Civ.) , salvo se hubiera dolo o malicia (art. 521).”

Estabelecidas estas diferenciações nestes dois ordenamentos jurídicos, tem-se que a responsabilidade extracontratual escapa às previsões contratuais seja por não ter sido firmado um contrato específico seja por terem sido transpostos os seus limites, sendo o agente causados do dano responsável pelos prejuízos imediatos ou previsíveis causados de seus atos ou omissões.

Na atividade advocatícia tem-se que o advogado terá sobre si a responsabilidade aquiliana, por exemplo, quando ele causar dano a terceiro praticando ato fora dos limites e poderes outorgados no mandato, exercendo-o com abuso de poderes. Essa situação figura-se mais clara ainda quando o advogado constituído não tem poderes especiais para transacionar ou ar quitação e, embora não tenha poderes para tanto, pratica tais atos.

Nestes casos os direitos do mandatário em nada serão afetados – *eis que o advogado não tinha poderes para a prática de ato que a lei exige poderes específicos e especiais* -, todavia o terceiro prejudicado pelo advogado poderá cobrar os danos por ele sofridos frente aos atos desmedidos e indevidos praticados pelo advogado. Nesta situação, inegavelmente, tem-se responsabilidade extracontratual.

Por fim, embora a obrigação referente a prestação de serviços advocatícios seja uma obrigação de meio – sem comprometimento de se alcançar um resultado certo – e sendo a responsabilidade entre o cliente e o advogado uma responsabilidade contratual, necessário se faz atentar que, dependendo das situação ou do serviço contratado, tanto a obrigação do advogado pelo ser de resultado como a obrigação ser decorrente de responsabilização extracontratual.

3. DA LIBERDADE E INDEPENDÊNCIA DA ATIVIDADE ADVOCATÍCIA. DA APLICAÇÃO DO CDC, DO CÓDIGO CIVIL E DAS NORMAS ESTATUTÁRIAS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DO ADVOGADO

Estabelecidas as premissas básicas para diferir e especificar o tipo de obrigação e a forma de responsabilização dos advogados em decorrência dos atos por eles praticados no exercício de seu mister, necessário se faz estabelecer qual norma deve ser utilizada para aplicar essa responsabilização.

Antes de enfrentar a liberdade e independência do advogado, convém pontuar que a origem do advogado por intermédio do escólio de Carlos Sebastião Silva Nina¹⁷ que assim consignou:

“O termo advogado tem origem no latim advocatio, que significa assistência, consulta judiciária, reunião ou assembléia de defensores de um acusado. Por sua vez, as palavras advocatio e advocatus relacionam-se com o verbo advocare, “que pode significar chamar a si, convocar, convidar, chamar como conselheiro num processo, chamar em auxílio, tomar como defensor na época imperial de Roma, ou apelar para, recorrer a, invocar a assistência.” Na prática, contudo, a essência da advocacia e a vocação do advogado já estavam latentes na aurora da sociedade.”

A importância da advocacia também resta consignada no ordenamento jurídico argentino, como se constata com o magistério de Rodolfo Luis Vigo¹⁸ sobre a advocacia, vejamos:

“El derecho venció a la arbitrariedad y conquistó la seguridad, y a partir de esse momento sus regulados pudieron conocer sus respectivas esferas de licitud, pero para obtener esa información recurrieron al jurisperito, al especialista o capacitado, el que además les polibilitara el reconocimiento por los jueces de sus derechos.”

“La tarea del legislador fue generando un cuerpo complejo de disposiciones a las que era necesario compatibilizarlas y sistematizarlas, informase detalladamente sobre las mismas, asesorar a los interesados y defenderlos ante los órganos encargados de aplicarlas, y así apareció definida no ya una circunstancial actividad al alcance de cualquiera, sino una verdadera profesión u oficio, esse nuevo arte-sano era el abogado, el que fue adquiriendo importancia y especialización a medida que crecía cuantitativa y cualitativamente el derecho positivo.”

Assim como na Argentina, no Brasil a atividade advocatícia é também de superlativa importância, pelo que por força do mandamento constitucional contido no art. 133 da Carta Magna brasileira, além do advogado ser essencial à administração da justiça, o causídico no

¹⁷ NINA, Carlos Sebastião Silva. A Ordem dos Advogados do Brasil e o Estado Brasileiro. Brasília: OAB, Conselho Federal. 2001.p. 27.

¹⁸ VIGO, Rodolfo Luis. Etica del Abogado – conducta procesal indebida. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1990. p. 34

exercício de suas funções é inviolável por seus atos e manifestações. Esta garantia tem a finalidade específica de garantir ao advogado independência e liberdade no exercício de suas funções apresentando-se em pé de igualdade com a magistratura e o Ministério Público.

Escorço constitucional valioso sobre o tema é o ministrado pelo emérito constitucionalista Walber de Moura Agra que, comentando o art. 133 da Constituição assim registrou:

“Para o exercício profissional da advocacia sem óbices que possam enfraquecê-la, há a garantia constitucional de inviolabilidade do advogado pelos seus atos e manifestações na atuação da profissão. A intangibilidade par ao exercício das prerrogativas funcionais do advogado não deve ser vislumbrada de forma absoluta. Como seu escopo é garantir uma proteção especial para o desempenho profissional, os parâmetros legais definirão o seu alcance. Importante ressaltar que os abusos e as práticas atentatórias à dignidade da justiça devem ser severamente punidos.”

Como visto as garantias dadas aos advogados nada mais constitui que uma forma de possibilitar que na defesa de seus constituintes, o advogado possa enfrentar todos os poderes da república, estando em pé de igualdade frente a juízes e representantes do Ministério Público.

Estas garantias estão consignadas nos arts. 6º e 7º da Lei 8.906/94 (Estatuto dos Advogados) e vão desde a inexistência de subordinação entre advogados, magistrados, promotores e procuradores, sendo garantida a sua liberdade, a inviolabilidade dos seus escritórios e seus registros e pastas, bem ainda o direito de ingressar livremente nas salas de audiências e salas de sessões de tribunais, manusear autos processuais e usar da palavra dentro outros tantos direitos.

Além das funções e atividades processuais, os advogados ainda exercem uma função pública ainda mais importante por serem os guardiões dos direitos da cidadania, zelando pelas instituições úteis a todos com a finalidade de defender um Estado democrático de direito privilegiando as necessidades mais básicas, como educação, saúde, liberdade e justiça.

Sintetizando a importância destas prerrogativas funcionais assim registrou Carlos Sebastião Silva Nina¹⁹, *verbo ad verbum*:

“Os advogados detêm prerrogativas indispensáveis para a independência de sua atuação profissional. Não são elas privilégios

¹⁹ NINA, Carlos Sebastião Silva. A Ordem dos Advogados do Brasil e o Estado Brasileiro. Brasília: OAB, Conselho Federal. 2001.p.61.

para uma determinada profissão, mas garantias para aqueles cujo mister é representar, perante o Estado, os interesses, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, fundamentais para a prestação da justiça com a isenção que é esperada do aparelho estatal.”

Demonstrada a necessidade de autonomia e independência do advogado para o exercício de sua função, convém enfrentar a questão atinente a qual ou quais normas podem ou devem ser aplicadas aos advogados quanto ao tema de responsabilização por atos decorrentes do exercício da profissão.

A especificação da norma de regência sobre a responsabilidade civil contratual pelos atos praticados pelos advogados não é uma tarefa fácil nem tampouco pacífica. Questiona-se é possível, inicialmente, a possibilidade de aplicação do disposto no Código Civil e o disposto no Código de Defesa do Consumidor.

No capítulo II do título responsabilidade civil, o Código Civil brasileiro especifica formas de quantificação dos danos e no art. 951 pontifica:

*“Art. 951.- O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que no exercício de atividade profissional , por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do **paciente**, agravando-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.”*

Embora a análise primeira da norma suso transcrita possa nos indicar a sua aplicação para os atos praticados por advogados, o vocábulo “**paciente**” especificado na norma deixa bem claro que a *men legis* do legislador era restringir a aplicação apenas para profissionais da área médica, visto que apenas estes poderiam ter pacientes.

Atente-se que se o legislador quisesse estender a aplicação da referida norma para toda e qualquer pessoa não teria utilizado o termo paciente, mas cliente ou contratado. Por isso, não penso ser a melhor idéia defender a aplicação do referido dispositivo no caso de responsabilização civil de advogados, por não concordar com a interpretação extensiva de norma, mormente quando possui caráter apenador ou de criação de responsabilidade não especificada.

Ainda pretendendo especificar a responsabilidade dos profissionais liberais prestadores de serviço, o Código de Defesa do Consumidor no § 4º do art. 14 traz grande contribuição ao especificar o seguinte:

“Art. 14.- O fornecedor de serviços, responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação de danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem

como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§4º.- A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

Neste ponto, atente-se que a própria norma é precisa em dizer que no que se refere a responsabilização de profissionais liberais pelos serviços prestados a responsabilidade será subjetiva – embora a regra no CDC seja a responsabilidade objetiva, ou seja, mediante a demonstração de culpa em qualquer de suas modalidades. Ainda assim, precisa-se saber: É possível aplicar esta norma aos advogados? Com todas as vênias, entendo que não.

Não se pode perder de foco que a indigitada norma é de consumo e, para aplicá-la aos advogados, necessário se faz que a atividade advocatícia seja considerada consumerista. O § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor (CDC) especifica que fornecer é toda pessoa que desenvolvam atividade como a de prestação de serviços e que o serviço é qualquer atividade fornecida ao mercado comum de consumo.

Mercado comum de consumo. Aqui está a elementar que faz com que o serviço advocatício uma relação de consumo. E o motivo é simples. Ao advogado são estabelecidas diversas vedações legais que impede a concorrência – algo inevitável no mercado comum de consumo – ou a promoção pessoal. São múltiplas as vedações legais que o retiram do mercado de consumo, como por exemplo, as especificadas nas normas abaixo transcritas:

“Art. 34. Constitui infração disciplinar:

III - valer-se de agenciador de causas, mediante participação nos honorários a receber;

XII - recusar-se a prestar, sem justo motivo, assistência jurídica, quando nomeado em virtude de impossibilidade da Defensoria Pública;” (Lei 8.906/94)

“Art. 28. O advogado pode anunciar os seus serviços profissionais, individual ou coletivamente, com discrição e moderação, para finalidade exclusivamente informativa, vedada a divulgação em conjunto com outra atividade.” (Código de Ética dos Advogados)

“Art. 31. O anúncio não deve conter fotografias, ilustrações, cores, figuras, desenhos, logotipos, marcas ou símbolos incompatíveis com a sobriedade da advocacia, sendo proibido o uso dos símbolos oficiais e dos que sejam utilizados pela Ordem dos Advogados do Brasil.

§1º São vedadas referências a valores dos serviços, tabelas, gratuidade ou forma de pagamento, termos ou expressões que possam iludir ou confundir o público, informações de serviços jurídicos suscetíveis de implicar, direta ou indiretamente, captação de causa ou clientes, bem como menção ao tamanho, qualidade e estrutura da sede profissional.” (Código de Ética dos Advogados)

Ora se ao advogado é vedada a publicidade de seus serviços com a finalidade de captar o cliente – *sendo apenas permitida a comunicação das áreas em que se atua* – e até mesmo a divulgação do preço para o serviço que está habilitado a prestar, sendo vedado

também fazer ou divulgar qualquer tipo de promoção como forma de captar clientela. Tem-se também que o advogado pode ser forçado, por força de lei, a atuar quando não houver no local assistência judiciária gratuita, como poderia o causídico concorrer com o mercado de consumo, mormente quando os demais prestadores de serviços não são obrigados a trabalhar sem remuneração.

O porquê do advogado ter que trabalhar de graça, ainda que em situações excepcionais, está vinculado a natureza de sua atividade, qual seja: a advocacia, antes de tudo, é um mister público.

Sobre a aplicação do CDC na prestação de serviço advocatício a doutrina tem, em grande parte, entendido pela não aplicação das normas contidas no Código consumerista, como tem expressado Rui Stoco²⁰ em sua clássica obra Tratado de Responsabilidade Civil, *in verbis*:

“Ora, se o princípio adotado pelo CDC é o da responsabilidade objetiva, ao estabelecer a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, afastou-os, como exceção, do seu âmbito de abrangência, reconhecendo que estes profissionais são regidos por estatuto próprio, como ocorre com os advogados, na consideração de que a lei que estabeleça disposições gerais (CDC) não revoga a lei especial, ou seja, a lei específica que regulamenta determinadas profissões liberais (LICC, art. 2º, § 2º).”

Embora o posicionamento jurisprudencial brasileiro ainda não esteja bem sedimentado quanto a não aplicação do CDC aos serviços advocatícios, alguns julgados da corte infra-constitucional máxima do país merece especial referência:

“DIREITO CIVIL. CONTRATO DE HONORÁRIOS QUOTA LITIS. REMUNERAÇÃO AD EXITUM FIXADA EM 50% SOBRE O BENEFÍCIO ECONÔMICO. LESÃO.

1. A abertura da instância especial alegada não enseja ofensa a Circulares, Resoluções, Portarias, Súmulas ou dispositivos inseridos em Regimentos Internos, por não se enquadrarem no conceito de lei federal previsto no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal. Assim, não se pode apreciar recurso especial fundamentado na violação do Código de Ética e Disciplina da OAB.

2. O CDC não se aplica à regulação de contratos de serviços advocatícios. Precedentes.

3. Consubstancia lesão a desproporção existente entre as prestações de um contrato no momento da realização do negócio, havendo para

²⁰ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 6ª Edição. 2004. p. 481.

uma das partes um aproveitamento indevido decorrente da situação de inferioridade da outra parte.

4. O instituto da lesão é passível de reconhecimento também em contratos aleatórios, na hipótese em que, ao se valorarem os riscos, estes forem inexpressivos para uma das partes, em contraposição àqueles suportados pela outra, havendo exploração da situação de inferioridade de um contratante.

5. Ocorre lesão na hipótese em que um advogado, valendo-se de situação de desespero da parte, firma contrato quota litis no qual fixa sua remuneração ad exitum em 50% do benefício econômico gerado pela causa.

6. Recurso especial conhecido e provido, revisando-se a cláusula contratual que fixou os honorários advocatícios para o fim de reduzi-los ao patamar de 30% da condenação obtida. (STJ. RESP 1155200/DF. Rel. Min. Massami Uyeda. 3ª Turma. DJe 02.03.2011)(grifei)

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. FORO DE ELEIÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. EXCEÇÃO DE COMPETÊNCIA. EFEITO SUSPENSIVO. DECISÃO DEFINITIVA DO TRIBUNAL DE ORIGEM. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1 - As relações contratuais entre clientes e advogados são regidas pelo Estatuto da OAB, aprovado pela Lei n. 8.906/94, a elas não se aplicando o Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. (REsp. 539077/MS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 26/04/2005, DJ 30/05/2005 p. 383; REsp 914105/GO, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJe 22/09/2008).

2 - O Superior Tribunal de Justiça entende que a exceção de competência suspende o curso do processo até a decisão definitiva na origem, subsistindo, somente, o efeito devolutivo ao recurso especial.

3 - Recurso Especial não conhecido.(STJ. RESP 1134889/PE. Rel. Honildo Amaral de Mello Castro.4ª Turma. DJe 08.04.2010)(grifei)

Como visto, começa a ser sedimentado o entendimento de que as normas consumeristas não se aplicam na relação entre o advogado e o seu cliente e que a norma que deve reger essa relação deve ser as normas estatutárias próprias.

A Lei Federal nº 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) estabelece no art. 32 a forma de responsabilização dos advogados pela prática de seus atos no desempenho de sua função ao assim dispor:

“Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.”

Em razão do princípio da especialidade das normas, em havendo norma específica que regule a responsabilidade civil dos advogados, deve esta ser aplicada em prioridade a qualquer outra, cabendo as demais a aplicação apenas de forma subsidiária. É o que ocorre no caso da responsabilidade civil dos advogados.

Como posto o art. 32 da Lei 8.906/94 estabelece a culpa subjetiva para a apuração da responsabilidade civil dos advogados, de modo que a responsabilidade só se dá quando o causídico atuar com dolo ou com culpa. E, quando atuar em lide temerária, será juntamente com o constituinte solidariamente responsável pelos danos que vier a causar.

Neste trilhar, resta bem claro que o advogado pode e deve responder civilmente quanto pratica ato danoso, com dolo ou culpa, em desfavor de constituinte ou de terceiros no exercício de sua profissão, tomando sempre como norte que a sua atividade, em regra, é de meios e não de resultado. Nestes casos a responsabilidade é subjetiva e deve ser apurada conforme as elementares de cada caso, devendo ser aplicadas as normativas contidas na lei 8.906/94 e, subsidiariamente, as preconizadas no Código Civil brasileiro.

4. DA FORMA DE APURAÇÃO DO DANO. PERDA DE UMA CHANCE

Após restar consignado que o advogado pode e deve responder pelos danos que vier a causar no exercício de sua profissão, necessário se faz atentar para a identificação da forma com que este dano vai ser apurado.

Diante da lacuna legal na norma específica para a apuração do *quantum* indenizatório convém atentar par ao que dispõe o Código Civil brasileiro nos arts. 944 e 945 sobre a fixação da indenização:

“Art. 944.- A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único.- Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

“Art. 945.- Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”

Dúvidas não restam que se o ato danoso tiver uma correlação direta, necessária e imprescindível para a ocorrência do dano, resta fácil a fixação do valor a ser reparado, qual seja: o efetivo valor do dano.

Mas, todavia, o ato culposo ou doloso do advogado para ser referente a apenas um ou alguns atos processuais que, isoladamente podem não ser necessário e suficiente para ocasionar o resultado danoso final, posto que, este pode ocorrer associados a um conjunto de fatores atrelados ao direito das partes.

Assim, se o advogado perde o prazo para ofertar uma defesa ou apresentar um recurso não que dizer que este ato, por si só, foi o responsável pelo dano arcado pela parte. Em muitas vezes, ante a ausência de direito, a parte com a melhor das defesas ou razões recursais ainda assim tem que suportar um revés ante a sua completa ausência de direito. Logo, a indenização nesses casos não pode ser fixada apenas tomando como parâmetro a extensão do dano.

Para regular tais situações o Professor Sérgio Novais Dias²¹ defendeu o que denominou de perda de uma chance como forma de quantificar os danos causados por advogados no exercício de sua profissão, tendo assim consignado:

“O presente trabalho se propõe, pois, a demonstrar que nos casos de perda de uma chance o advogado é responsável pelos danos sofridos pelo cliente desde que exista uma relação de causalidade adequada entre o ato ou a omissão do advogado e o dano, ou seja, que, em termos de probabilidade, num prognóstico feito a posteriori, os danos tenham decorrido, necessariamente, direta e imediatamente da falha cometida pelo advogado.”

Por seu turno, alguns autores defendem ser indevida a aplicação da teoria da chance perdida para a fixação de valor indenizatório, sob o argumento de que quando se perde uma chance deixa-se de ter uma oportunidade e, se ela não existiu torna-se impossível quantificá-la. Como contra-ponto, Rui Stoco²² assim pontifica sobre o assunto:

“Ora, admitir a possibilidade de o cliente obter reparação por perda de uma chance é o mesmo que aceitar ou presumir de ver a ação julgada conduzirá, obrigatoriamente, a uma decisão a ele favorável. Será também admitir a existência de um dano não comprovado e que não se sabe se ocorreria. Ademais de se caracterizar de verdadeira futurologia empírica, mais grave ainda é admitir que alguém possa ser responsabilizado por um resultado que não ocorreu e, portanto, por um dano hipotético e, em última ratio, não verificado ou demonstrado e sem concreção.”

²¹ DIAS, Sérgio Novais. Responsabilidade civil do advogado – Perda de uma chance. São Paulo: LTr, 1999. p. 15.

²² STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 6ª Edição. 2004. p. 490.

Com todas as venhas ao entendimento em contrário acima exposto, mas com ele não posso concordar. A aplicação da teoria da perda de uma chance, ao meu ver, não serve para fazer um exercício de futurologia empírica ou reparação de dano hipotético. Ora, se dúvidas há sobre a ocorrência ou não de dano, melhor será não haver responsabilização, posto que é melhor a inexistência de uma reprimenda que uma reprimenda injusta e indevida.

Ratificando o entendimento que defendo mister se faz trazer o escólio de Glenda Gonçalves Gondim²³ que conceituando essa teoria de origem francesa assim registrou:

“A teoria da perda de uma chance, como é comumente denominada, objetiva a indenização da vítima que teve frustrado o seu objetivo. O dano em si, não será imputado ao agente, pois poderá haver outras concausas, todavia, o agente será responsável pela chance perdida, ou seja, a certeza de ganho que foi encerrada por sua conduta.

Assim, a reparação não é do dano, mas sim da chance.”

O que se defende com a teoria da chance perdida é a aferição de parâmetros concretos e objetivos entre a perda do ato processual – **ou da chance** – com o evento dano efetivamente ocorrido. Como posto anteriormente, necessário se faz a existência de uma correlação direta e inevitável entre o evento e o dano. Ora, se o dano ocorreria com ou sem a prática do ato questionado, não há que se falar em reparação.

E mais. Se a hipótese é de que em razão da ausência de um ato processual ou de sua prática errônea a parte contratante deixou de ganhar algo, entendo que também deve ser aplicada a teoria da chance perdida, tendo neste caso que ser provado que com a prática de um determinado ato o resultado positivo para a parte poderia ter ocorrido.

Neste caminho tem se pautado as jurisprudências existentes sobre o assunto – **haja vista que, no Brasil, a aplicação dessa teoria ainda está na fase embrionária.** Vejamos:

*“APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. ADVOGADO INTEGRANTE DA DEFENSORIA PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE NEGLIGÊNCIA DIANTE DA NÃO OPOSIÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO EM NOME DOS APELANTES, EM EXECUÇÃO DA HIPOTECA DO IMÓVEL EM QUE RESIDIAM. IMPUTAÇÃO DE OMISSÃO ESPECÍFICA AO AGENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO (FALTA DO SERVIÇO). AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA CULPA DO ADVOGADO PÚBLICO. PROVAS INSUFICIENTES A TANTO. CONDENAÇÃO INVIÁVEL, MESMO EM FACE DA TEORIA DA “PERDA DE UMA CHANCE”. SENTENÇA CORRETA PELA IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA. MANUTENÇÃO NESTA INSTÂNCIA. APELAÇÃO CÍVEL DESPROVIDA. A) **Sabe-se que a obrigação do advogado é “de meio”, não “de resultado”.** B) No*

²³ GONDIM, Glenda Gonçalves. RESPONSABILIDADE CIVIL: TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. Publicado no Jus Plenum Ouro. Número 14. Julho de 2010.

caso, a oposição de embargos à execução em nome dos apelantes, dependia de avaliação de documentos e do recálculo da dívida. C) Como os apelantes não providenciaram o recálculo da dívida (a Defensoria Pública não presta esse serviço, restou inviabilizada a interposição dos embargos pela Defensoria Pública, sob pena de agir de forma temerária em juízo. D) **Quanto à suposta "perda de uma chance", o erro do advogado deve ser grosseiro, inescusável, e a alegada chance não pode ser mera possibilidade em abstrato, exigindo-se que o grau de probabilidade seja alto, factível.** Circunstâncias não verificadas no caso dos autos. (Apelação Cível nº 0461774-5, 5ª Câmara Cível do TJPR, Rel. José Marcos de Moura, Rel. Convocado Rogério Ribas. j. 23.11.2009, unânime, DJe 04.12.2009). **(grifei)**

"AGRAVO RETIDO AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO QUANTO À SUA APRECIÇÃO EXEGESE DO ARTIGO 523, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO NÃO CONHECIDO. APELAÇÃO CÍVEL (1). Ação de indenização por dano material e moral responsabilidade do advogado pelo cancelamento de demanda culpa caracterizada danos materiais não configurados ausência de comprovação. Ônus que incumbia ao autor dano moral majoração inviabilidade critério da razoabilidade e proporcionalidade manutenção do quantum arbitrado apelo conhecido e não provido. APELAÇÃO CÍVEL (2). Ação de indenização por dano material e moral prejudicial de mérito. Prescrição não ocorrência ajuizamento da ação dentro do lapso temporal de três anos inteligência do artigo 206, § 3º, inciso V extirpação dos danos morais impossibilidade responsabilidade do advogado culpa caracterizada. Danos morais devidos pela perda de uma chance sentença incorreta recurso conhecido e não provido. (Apelação Cível nº 0626389-8 (20023), 10ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Domingos José Perfetto. j. 21.01.2010, unânime, DJe 05.02.2010). **(grifei)**

O que se tem, em verdade, é a dificuldade de se demonstrar a necessária correlação entre o ato e o dano e não a impossibilidade de fazê-lo. Se a parte não consegue demonstrar tal fato, em uma ação autônoma com esta exclusiva finalidade, como responsabilizar o advogado por não tê-la feito ou produzida em uma outra ação que tinha outro objeto? Impossível!!!

Defendo que a responsabilização deve ser concretizada, apenas e tão somente, nos casos em que haja uma vinculação direta e concreta entre o ato ou sua ausência e um dano concreto ou um ganho absolutamente iminente. Fora destes casos, não se tem o nexo causal, o dano não existe ou o suposto ganho não era real e iminente e, por conseqüência, não há que se falar em reparação.

Portanto, é de muita lucidez a teoria da perda de uma chance, eis que como os atos processuais não acontecem isoladamente, torna-se imprescindível analisar o processo e o dano nele causado no conjunto, como um todo, tomando como base tudo o que

juridicamente poderia ter sido feito pelo advogado e não o foi, mas, também, as consequências e possibilidades de êxito ou não de cada ato.

Como se depreende, para a quantificação deste dano necessário se faz uma análise acurada e ampla da importância e magnitude de cada ato que se deixou culposamente de produzir, em relação direta com o prejuízo suportado pela parte. Em qualquer caso, além da reparação civil que caiba para o caso, ao meu sentir, o advogado suporta um outro dano bastante elevado: o dano moral e psicológico de ter falhado profissionalmente impingindo prejuízo a quem, por dever, deveria proteger.

Com efeito, em havendo dano causado pelo advogado este terá que repará-lo de forma patrimonial ou pecuniária, mas, todavia, carregará consigo atrelado a seu nome e a sua credibilidade a pecha de negligente, imprudente ou de ausência de perícia para a prática de ato inerente a sua profissão. Esta pena ele pagará até o último dia de sua atuação profissional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como posto na apresentação deste trabalho, o seu desenvolvimento teve como norte o enfrentamento da hipótese do advogado ser ou não civilmente responsável pelos atos danosos que viesse a praticar no desempenho de sua função. E, em sendo responsável, deveríamos definir a qual de obrigação na sua prestação de serviços – **se de meio ou resultado** – e qual o tipo de responsabilidade civil lhe seria imposta, subjetiva ou objetiva para, em seguida definir qual a norma que regularia esta responsabilização e como seria a quantificação de um eventual dano.

Embora a Carta Magna brasileira garanta inviolabilidade dos atos e manifestações do advogado na prática de seus atos no exercício de sua profissão, tem-se que essa garantia e inviolabilidade não é absoluta, pelo que o advogado pode e deve responder civilmente pelos atos danos que causar com a prática de seus atos.

Em função do advogado está obrigado a empregar todos os cuidados e diligências necessárias quando da prática dos atos processuais por ele realizados – embora não seja, em regra, garantidor do êxito de seu trabalho – tem-se que a obrigação assumida pelo advogado para com o cliente é uma obrigação de meio posto que o advogado não pode garantir uma decisão favorável que por ele não será proferida. Excepcionalmente e tomando como base a natureza do objeto contratado, a obrigação assumida entre a parte e o advogado pode ser de resultado, como, por exemplo, na feitura de um contrato. Nestes casos o advogado não garante o sucesso do negócio jurídico contido no contrato, mas a perfeita formatação do instrumento contratual. Este também é o entendimento já bem

sedimentado no direito argentino quanto a natureza da obrigação assumida pelos advogados frente aos seus constituintes.

Definida e especificada a obrigação dos advogados para com as partes, restou consignado que a responsabilização pela prática danosa no exercício da profissão pelos advogados deve ser aferida de modo subjetivo, devendo verificar o *animus* de causar o dano ou que a ação comissiva ou omissiva se deu por negligência, imprudência ou imperícia do advogado.

Viajando pela divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a aplicabilidade das normas contidas no Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil brasileiro, tem-se que em face ao princípio da especialidade das normas deve ser aplicada a forma de responsabilização contida no art. 32 da Lei Federal nº 8.906/94 (Estatuto dos Advogados), pelo que os advogados devem ser responsabilizados pelos atos que praticarem com dolo ou com culpa ou, ainda, de modo solidário com o constituinte, nos casos de lide temerária.

Não se admite a aplicação das normas consumeristas, por não se conceber que a prestação de serviço advocatícia – ante as suas inúmeras limitações – possam ser inseridas no mercado comum de consumo pelo que deve ser afastada a aplicação desta norma nestes casos, como começou a sedimentar o Superior Tribunal de Justiça.

Por seu turno, o Código Civil brasileiro deve ser aplicado, subsidiariamente, para definir os parâmetros indenizatórios nos termos dos arts. 944 e 945. Também pode e deve ser levada em consideração a teoria da perda de uma chance como forma e fator de quantificação da reparação por ação ou omissão, dolosa ou culposa, praticada por advogado e que venha impor danos aos seus constituintes.

A aplicação da teoria da perda de uma chance não pode nem deve ser tida como um exercício de futurologia abstrato. Muito pelo contrário. A aplicação dessa teoria deve levar em consideração a correlação direta, concreta, objetiva e indissociável entre o ato processual que se deixou de praticar com o dano causado ou com o lucro que a parte deixou de auferir.

Não havendo essa correlação, associação ou vinculação direta, não há que se falar em responsabilização civil do advogado, pois a perda desse ato processual que deixou de ser praticado ou o foi erroneamente, deve ser a causa ou a razão principal para o insucesso questionado. Não o sendo, não há que se falar em reparação de dano ou responsabilidade civil do advogado, seja pela ausência de nexo causal ou do dano efetivo, real ou iminente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. Manual de Direito Constitucional. São Paulo: Editora dos Tribunais. 2002. p.564.

BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das Obrigações. Campinas:RED Livros, 2000.

DIAS, José de Aguiar. Responsabilidade Civil. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Forense.

DIAS, Sérgio Novais. Responsabilidade civil do advogado – Perda de uma chance. São Paulo: LTr, 1999.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil. Vol VII. São Paulo: Editora Saraiva. 1993.7ª Edição.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 15.

GONDIM, Glenda Gonçalves. RESPONSABILIDADE CIVIL: TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. Publicado no Jus Plenum Ouro. Número 14. Julho de 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los Contratos. Parte General. Santa Fe:Rubinzal-Culzoni Editores.2ª Edición. 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações. Vol I. São Paulo: Editora Saraiva. 1962. 2ª Edição.

NINA, Carlos Sebastião Silva. A Ordem dos Advogados do Brasil e o Estado Brasileiro. Brasília: OAB, Conselho Federal. 2001.

PEREIRO DE GRIGARAVICIUS, María Deña. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO EN EL DERECHO ARGENTINO. Trabalho publicado em “ La responsabilité – Aspects nouveaux “ Association Henri Capitant LGDJ . Paris 2003 . LA LEY – T. 1999 – E – p. 1085. Buenos Aires – Argentina e republicado em RESPONSABILIDAD CIVIL – DOCTRINAS ESENCIALES – TOMO V , Pag. 451 – Año 2008 – LA LEY.

VIGO, Rodolfo Luis. Ética del Abogado – Conducta procesal indebida. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1990.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 6ª Edição. 2004.

MUDANÇAS CLIMÁTICAS, TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA E PROPRIEDADE INTELECTUAL: UM DESAFIO PARA AS POLÍTICAS PÚBLICAS INTERNACIONAIS*

CLIMATE CHANGE, TECHNOLOGY TRANSFER AND INTELLECTUAL PROPERTY: A CHALLENGE FOR INTERNATIONAL PUBLIC POLICY

DÉBORA ALESSANDRA PETER**

E-mail: deborapeter1@hotmail.com

RESUMO

Diante da maioria das opiniões da comunidade científica, que atribuem às atividades antrópicas a causa do aquecimento atual da temperatura média do planeta, os agentes das políticas públicas internacionais buscam mecanismos para diminuir esse desequilíbrio climático. Dentre esses mecanismos, a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança Global do Clima prevê o compromisso, para os países parte da mesma, de transferir toda a tecnologia capaz de mitigar as mudanças climáticas. Ocorre que o tema trava severas discussões, uma vez que existem interesses divergentes entre quem transfere e os destinatários da informação tecnológica. Enquanto aqueles defendem a exclusividade no uso ou a recompensa financeira pela divulgação, amparados pelas normas da Organização Mundial do Comércio acerca da patente intelectual; esses afirmam que, além de não possuírem meios de criar essas tecnologias, toda a questão econômica é irrelevante diante da problemática do aquecimento global, estando assegurados pelas disposições da Convenção Quadro. Por meio de breve descrição histórica e análise bibliográfica e legislativa, identifica-se a fundamentação legal dos interessados e os efeitos socioeconômico-ambientais de cada posicionamento, demonstrando o desafio a ser solucionado pelas políticas públicas internacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Mudanças climáticas, política internacional do aquecimento global, Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança Global do Clima, Organização Mundial do Comércio, transferência de tecnologia, patente intelectual.

ABSTRACT

Given the majority opinion of the scientific community, which they attribute to human activities causing the current warming of the planet's average temperature, the officials of international public policy seek mechanisms to reduce this imbalance climate. Among these mechanisms, the United Nations Framework Convention on Global Climate Change provides for the appointment, for the countries part of it, to transfer any technology to mitigate climate change. It happens that the subject latch severe discussions, since there are conflicting interests between the transferor and the recipient of information technology. While those advocating the exclusive use or disclosure by financial reward, backed by the standards of the World Trade Organization about the intellectual patent, these state that, besides not having the means to create these technologies, any economic question is irrelevant to the issue global warming, being assured by the provisions of the Framework Convention. Through a brief historical overview and analysis of literature and law, identifies the legal reasoning of the parties and the socioeconomic and environmental effects of each placement, demonstrating the challenge to be solved by international public policy.

KEYWORDS: Climate change, international politics of global warming, the United Nations Framework Convention on Global Climate Change, World Trade Organization, technology transfer, intellectual patent.

* Artigo premiado pela International Law Association durante a I Conferência Nacional ILA – Brasil, em outubro de 2010.

** Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente – UFPB, Doutoranda da Universidad Del Museo Social Argentino, Docente da Fesp Faculdades, Advogada em Direito Ambiental.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tema das mudanças climáticas não é estranho à humanidade, acreditando-se que os primeiros registros que apontam para elevação da temperatura se referem a um asteróide de 10 quilômetros de diâmetro, há 65 milhões de anos, o qual teria caído no mar, dissolvendo o fundo formado de dióxido de carbono estocado naturalmente em uma camada de calcário, liberando-o e elevando a temperatura global em vários graus, mudando, assim, drasticamente o clima no planeta e ocasionando a perda de mais de metade das espécies, incluindo os dinossauros. (Ângelo, 2008).

A novidade, que tornou o tema alvo de interesse global, é advinda da atribuição das causas do aumento de gases de efeito estufa²⁴ (GEE) na atmosfera às atividades antrópicas, relatada pelo cientista norte americano Charles David Keeling que, em 1958, detecta a elevação anual de dióxido de carbono (CO₂) atmosférico a partir do aumento do uso de combustíveis fósseis no pós-guerra.

Inúmeros são os efeitos do aquecimento global²⁵, muitos deles já percebidos, tais como: elevação do nível do mar e conseqüente inundação de regiões costeiras; chuvas muito mais intensas; maior número de furacões, tufões e ciclones e variações aos extremos de calor e frio.

Atento aos possíveis efeitos catastróficos do aquecimento global, em 1988, um grupo de quase dois mil cientistas, de várias nacionalidades, formaram o Painel Intergovernamental de Mudança do Clima (IPCC, da sigla em inglês de *Intergovernmental Panel on Climate Change*), cuja função consiste em avaliar a informação científica disponível sobre os efeitos das mudanças climáticas, destacar seus impactos ambientais e socioeconômicos e traçar estratégias para minimizar o fenômeno, publicando os resultados, a cada cinco anos, por meio de relatórios de avaliação.

A mais importante conclusão dos estudos do IPCC, assim como os relatos de Keeling, aponta para as atividades humanas em prol do crescimento econômico²⁶ as causas da atual elevação do efeito estufa, muito necessário à vida na Terra quando está em seus índices naturais.

Em nível político internacional, foi criada, em 1992, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança Global do Clima (UNFCCC, da sigla em inglês de *United Nations Framework Convention on Climate Change*), a qual está em vigor desde 21 de março de 1994 e atualmente conta com 194²⁷ ratificações, estabelecendo metas e regras gerais para enfrentar a mudança climática causada pelo aquecimento global.

²⁴ Conforme a UNFCCC, em seu art. 1º, 5 “Gases de efeito estufa” são os constituintes gasosos da atmosfera, naturais e antrópicos, que absorvem e reemitem radiação infravermelha.

²⁵ Conforme a UNFCCC, em seu art. 1º, 1. “Efeitos negativos da mudança do clima” são as mudanças no meio ambiente físico ou biota resultantes da mudança do clima que tenham efeitos deletérios significativos sobre a composição, resiliência ou produtividade de ecossistemas naturais e administrados, sobre o funcionamento de sistemas socioeconômicos ou sobre a saúde e o bem-estar humanos.

²⁶ Crescimento econômico aqui referido com significado distinto de desenvolvimento econômico, conforme lhe atribui Amartya Sen (2000): “O desenvolvimento econômico consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente.” Ou seja, enquanto o desenvolvimento econômico promove a expansão das liberdades humanas, aproximando-se da concepção de desenvolvimento sustentável, o crescimento econômico promove apenas a expansão da economia.

²⁷ Todas as indicações acerca do *status* da UNFCCC constantes deste artigo científico estão disponíveis em www.unfccc.int. Acesso em 08 de outubro de 2010.

No art. 1º, 2. da UNFCCC resta claro que a comunidade política internacional acata a afirmação de que o aquecimento global é causado por atividades antrópicas, uma vez que considera mudança do clima como:

Uma mudança de clima que possa ser direta ou indiretamente atribuída à atividade humana que altere a composição da atmosfera mundial e que se some àquela provocada pela variabilidade climática natural observada ao longo de períodos comparáveis.

Diante desse cenário, é facilmente perceptível o aumento das desigualdades sociais, pois são os economicamente desfavorecidos, cujo maior número de aglomerações se encontra nos países em desenvolvimento, que mais sofrerão com o aumento da temperatura e a adaptação às condições climáticas e socioeconômicas subseqüentes.

Ocorre que, o meio ambiente não reconhece fronteiras socioeconômicas ou territoriais, sendo necessária a efetiva implantação de medidas de âmbito global. Daí a importância da discussão, definição e regulamentação das políticas públicas internacionais relacionadas à transferência de tecnologia capaz de mitigar os efeitos das mudanças climáticas, o que vai ao encontro da afirmação de Ângelo, (2008), segundo a qual “O aquecimento global é, provavelmente, o maior problema que a humanidade já teve de enfrentar coletivamente”.

2. OS PAÍSES-PARTE DA UNFCCC E OS INTERESSES ACERCA DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA

Prevê a UNFCCC, dentre outros dispositivos análogos, em seu art. 4. Obrigações, que:

1. Todas as Partes, levando em conta suas responsabilidades comuns, mas diferenciadas e suas prioridades de desenvolvimento, objetivos e circunstâncias específicos, nacionais e regionais, devem:

c) Promover e cooperar para o desenvolvimento, aplicação e difusão, inclusive transferência, de tecnologias, práticas e processos que controlem, reduzam ou previnam as emissões antrópicas de gases de efeito estufa não controlados pelo Protocolo de Montreal em todos os setores pertinentes,

inclusive nos setores de energia, transportes, indústria, agricultura, silvicultura e administração de resíduos;

As partes são os países que ratificaram e conseqüentemente se comprometeram com as disposições da UNFCCC²⁸, em contraposição àqueles que ratificaram mas que não são partes desse tratado internacional, os quais são conhecidos como terceiro-Estado²⁹.

As partes da UNFCCC, de acordo com o nível de desenvolvimento socioeconômico, diretamente proporcional ao índice histórico de emissão de GEE, e os compromissos assumidos – relação que é chamada de “responsabilidade comum mas diferenciada”, sendo comum em relação à preservação do meio ambiente sadio, mas diferenciada em relação ao nível de responsabilidade histórica diante do atual cenário das mudanças climáticas –, são classificadas em três grupos:

Partes não-Anexo I: Formado, principalmente, pelos países em desenvolvimento, são reconhecidas pela UNFCCC como mais vulneráveis aos impactos adversos das alterações climáticas, incluindo os países situados em zonas costeiras e os propensos à desertificação e à seca, como também os países que dependem fortemente de renda advinda da produção de combustíveis fósseis em relação aos potenciais impactos econômicos das medidas mitigadoras das mudanças climáticas.

Dentre eles o Brasil, a Argentina, a China e a Índia.

Partes Anexo I: Inclui os países industrializados que eram membros, em 1992, da Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OECD, da sigla em inglês de *Organisation for Economic Co-operation and Development*), além de países com economias em transição (partes IET, da sigla em inglês de *economies in transition*).

Esse grupo subdividido no primeiro grupo (denominado países Anexo II), incluindo os Estados Unidos da América, a Alemanha, a Austrália e o Canadá; e o segundo grupo (as partes IET), dentre eles a Bulgária, a Croácia, a Federação Russa e a Hungria.

As partes Anexo II, composto pelos membros da OCDE, do anexo I, mas que não são partes EIT, são obrigadas a fornecer recursos financeiros para os países em desenvolvimento para desenvolver atividades de redução de emissões ao abrigo da UNFCCC e para ajudá-los a se adaptarem aos efeitos adversos das alterações climáticas. Além disso, eles assumiram o compromisso de adotar as medidas possíveis para promover

²⁸ Artigo 2 - Expressões Empregadas. 1. Para os fins da presente Convenção:

g) "parte" significa um Estado que consentiu em se obrigar pelo tratado e em relação ao qual este esteja em vigor;

²⁹ Artigo 2 - Expressões Empregadas. 1. Para os fins da presente Convenção:

h) "terceiro Estado" significa um Estado que não é parte no tratado;

o desenvolvimento e a transferência de tecnologias ambientalmente sustentáveis para as partes IET e para os países em desenvolvimento.

Percebe-se, assim, que há interesses convergentes em relação à transferência de tecnologia no âmbito da UNFCCC, no sentido de mitigar os efeitos do aquecimento global. Bem como existem interesses divergentes, uma vez que os países em desenvolvimento e os países com economia de transição não detêm capacidade técnica e financeira, tanto em quantidade e, na sua maioria, também em qualidade, para criar tecnologias capazes de mitigar a emissão de GEE e os efeitos das mudanças climáticas; nesse sentido, em contraposição aos interesses dos países desenvolvidos que detêm essas tecnologias e visam manter ou serem satisfatoriamente compensados, em termos financeiros, pelas transferências das respectivas patentes intelectuais.

Por isso, a problemática da transferência de tecnologia, a qual envolve a discussão acerca da propriedade intelectual, é invariavelmente tema das reuniões anuais da UNFCCC, chamadas de Conferência das Partes (COPs), pois a grande maioria das ações mitigadoras do aquecimento global dependem do conhecimento e implementação de tecnologias muitas vezes apenas disponíveis nos países mais desenvolvidos, como os Estados Unidos da América, o Japão, a França e a Alemanha.

A discussão do tema foi intensificada durante a COP 4, no ano de 1998 em Buenos Aires e, até 2009, durante a COP 15, em Copenhague, convenção amplamente divulgada pela mídia, nenhum consenso foi auferido.

A problemática do tema está no fato de que, esses países detentores de tecnologia, vêm se posicionando no sentido de serem recompensados dos custos de pesquisa em prol da inovação tecnológica, bem como do perigo de, do contrário, desestimular as práticas de fomento à economia, efeito que pode gerar uma desestabilização econômica mundial.

Em contrapartida, os países com economias em transição e os países em desenvolvimento argumentam que, dada a relevância e o perigo do aquecimento global para toda a humanidade, a retórica dos países detentores de tecnologia deve ser desprezada e as normas internacionais acerca das patentes intelectuais devem ser flexibilizadas quando relacionadas à diminuição do efeito estufa, até mesmo para que, caso disponibilizadas as tecnologias, pudessem ser implementadas no mundo todo, considerando que o contrário poderia gerar catástrofes climáticas em todo planeta.

3. A UNFCCC E O ESTADO INADIMPLENTE

Apesar de as partes da UNFCCC estarem compromissadas com a promoção e cooperação para o desenvolvimento, aplicação e difusão de transferência de tecnologias,

deve-se considerar o inadimplemento desse compromisso, o que colocaria a parte inadimplente frente às sanções de Direito Internacional.

Em última instância seria o Conselho de Segurança da ONU o órgão competente para aplicar a sanção, executada pelos países-membros que, em caso extremado, poderia chegar ao uso de força bélica para obrigar ao cumprimento do compromisso assumido na UNFCCC.

Ocorre que, as decisões do Conselho de Segurança dependem do voto de nove dos dez membros eleitos (não-permanentes), cada um, a cada dois anos pela Assembléia-Geral, e dos cinco membros permanentes, os quais detém, individualmente, o chamado poder de veto, que consiste na necessidade de aprovação unânime para aplicação de penalidades.

Lembremos que os dez membros eleitos, nessa data³⁰, são: Áustria, Brasil, Bosnia e Herzegovina, Gabão, Japão, Líbano, México, Nigéria, Turquia e Uganda; e os cinco membros permanentes são: Estados Unidos, China, Federação Russa, França e Reino Unido.

Resta óbvio que, por exemplo, no caso da França não promover a difusão de transferência tecnológica em prol da mitigação dos efeitos das mudanças climáticas jamais lhe seria imposta qualquer penalidade de Direito Internacional.

4. A TRANSPARÊNCIA DO PROTOCOLO DE QUIOTO

Diante da necessidade de se criar normas de aplicabilidade das disposições programáticas da UNFCCC, em 1997, durante a realização da COP 3, em Quioto, governos de vários países se uniram para ratificar o acordo internacional conhecido como Protocolo de Quioto, o qual visa à redução da emissão de GEE para atmosfera pelos países desenvolvidos, em 5% em relação aos níveis de 1990, no período entre 2008 e 2012, com o auxílio de três mecanismos de flexibilização: O Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), o Comércio de Emissões e a Implementação Conjunta.

Esses mecanismos, cada um com suas peculiaridades, possibilitam a comercialização do total de redução de GEE excedente à meta acima indicada, entre os países, para que esses computem os créditos daí resultantes em suas metas de redução preestabelecidas.

Ocorre que, para que esses créditos sejam comercializados, devem passar pela análise e certificação da ONU, por meio de projetos aprovados, executados e cujas reduções forem efetivamente auferidas e demonstradas.

³⁰ Disponível em www.un.org. Acesso em 09 de outubro de 2010.

Nesses projetos, desde o Documento de Concepção do Projeto (PDD, na sigla em inglês de *Project Design Document*) deve ser descrita a metodologia e, conseqüentemente, a tecnologia que será empregada, detalhadamente.

Com isso, as partes que participam desse mercado global conhecido como mercado de créditos de carbono³¹, que muitos já denominam de “a nova moeda global”, deve disponibilizar, no sítio público da UNFCCC na rede mundial de computadores³², desde o PDD até os resultados auferidos, onde está inserida a tecnologia empregada no projeto de redução ou captação de GEE.

Importante ressaltar que, quando um projeto de créditos de carbono tem sua metodologia aprovada, essa fica automaticamente aprovada para ser usado por qualquer outra parte em projetos futuros similares.

Com isso, todo o *know how*³³ torna-se de domínio público.

5. A TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA E A PATENTE INTELECTUAL NA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

A criação de novas tecnologias é, atualmente, um dos mais importantes instrumentos de competitividade mercadológica, por isso muito valor é investido em invenções industriais, sejam de processos ou da criação de novos produtos.

Segundo COELHO (2010),

Em termos jurídicos, tecnologia é o saber industrial, isto é, aquele tipo de conhecimento que se pode utilizar na produção de um bem ou comodidade destinados à comercialização. Somente esta espécie de saber tem valor de mercado, e, por isso, o Direito se ocupa em disciplinar os muitos interesses que gravitam em torno de sua circulação econômica.

Essas novas tecnologias são atribuídas aos inventores por meio da patente intelectual, a qual garante ao titular, durante o prazo de vigência da mesma, a exploração

³¹ A nomenclatura advém da necessidade de se converter, para fins DCE comercialização, as toneladas auferidas de redução de emissão, ou de captação, dos seis GEE contemplados pelo Protocolo de Quioto no equivalente a toneladas de CO₂. Ex.: Uma tonelada de gás metano (CH₄) é igual a duzentos e noventa e oito toneladas de Co₂ equivalente (1tCH₄ = 298tCO₂e).

³² www.unfccc.int

³³ Palavra da língua inglesa que significa o conhecimento técnico profundo para efetuar determinados processos ou procedimentos. Inclui a capacidade de aplicar as regras de uma disciplina aos problemas complexos do mundo real, traduzindo o aprendizado básico em execução efetiva. É o nível de habilidade profissional que mais cria valor. (LANCOMBE, 2004)

econômica exclusiva sobre o objeto, em regime de monopólio, ou a compensação financeira no caso de revelação, uma vez que possibilita a capacitação de interessados a partir do investimento em pesquisa e desenvolvimento (P&D) realizado pelo titular.

SILVA (1993), define patente de invenção como sendo

[...] o título de privilégio concedido ao inventor de uma descoberta de utilidade industrial (invenção).

Por ela, cuja concessão assenta em regular processo administrativo, garante-se ao inventor o uso e gozo exclusivo da exploração de seu invento ou descoberta.

A patente não é concedida em caráter permanente. A lei marca prazo para o gozo do privilégio, inerente à sua concessão.

Ocorre que, os Estados são soberanos na criação de sua legislação interna com vistas a criar garantias aos detentores de novas tecnologias. Por isso o interesse dos países desenvolvidos em regulamentar, em termos de Direito Internacional, as garantias para esses investidores, visando à segurança jurídica e o incentivo aos investimentos em P&D.

Atualmente, diante da globalização da economia, a matéria é regulada pelo Direito Internacional por meio do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (ADPIC, ou TRIPS, como é mais conhecido, na sigla em inglês de *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*).

Esse acordo tem força coercitiva para adesão, aos países em desenvolvimento ou com economias em transição, uma vez que os países desenvolvidos detentores de novas tecnologias exigem que os demais Estados tornem-se signatários do mesmo, e cumpram efetivamente suas exigências em termos de existência de legislação interna eficaz relacionada aos Direitos de Propriedade Intelectual, para poderem participar do mercado de comércio internacional.

Conforme VARELLA e MARINHO (2005):

O TRIPS é um tratado-contrato implicando ao país signatário um comprometimento em promulgar leis que internalizem os padrões mínimos constantes no Acordo. Os Estados devem ter em suas legislações nacionais no mínimo o que o acordo da OMC obriga, [...]. A obediência ou exigência de direitos assegurados pelo Acordo fica condicionada, dessa forma a

criação de leis nacionais, não gerando, portanto, direito subjetivo para a esfera privada.

A principal sanção utilizada pelos países detentores de novas tecnologias, quando um estado não é parte do TRIPS ou descumpra as suas disposições, é o aumento da taxaço sobre os produtos externos e a concessão de subsídios aos produtos similares internos, esse procedimento é chamado de sanção unilateral.

Com esse procedimento, o país desenvolvido consegue tornar inviável a competitividade dos produtos advindos do país em desenvolvimento que descumpra o TRIPS. Esse efeito é que, na prática, reflete a força coercitiva de adesão ao Acordo TRIPS, prevendo o art. 64 do mesmo as disposições para soluções de controvérsias.

Em relação ao foco desse trabalho, faz-se necessária a leitura dos seguintes dispositivos do Acordo TRIPS:

SEÇÃO 5:

PATENTES

Artigo 27

Matéria Patenteável

1. [...], qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial (Para os fins deste Artigo, os termos "passo inventivo" e "passível de aplicação industrial" podem ser caracterizados por um Membro como sinônimos aos termos "não-óbvio" e "utilizável".) 5. [...], as patentes serão disponíveis e os direitos patentários serão usufruíveis sem discriminação quanto ao local de invenção, quanto a seu setor tecnológico e quanto ao fato de os bens serem importados ou produzidos localmente.

2. Os Membros podem considerar como não patenteáveis invenções cuja exploração em seu território seja necessário evitar para proteger a ordem pública ou a moralidade, inclusive para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal **ou para evitar sérios prejuízos ao meio ambiente**, desde que esta determinação não seja feita apenas por que a exploração é proibida por sua legislação. (grifo da autora)

Artigo 31

Outro Uso sem Autorização do Titular

Quando a legislação de um Membro permite outro uso do objeto da patente sem a autorização de seu titular, inclusive o uso pelo Governo ou por terceiros autorizados pelo governo, as seguintes disposições serão respeitadas:

[...]

Artigo 33

Vigência

A vigência da patente não será inferior a um prazo de 20 anos, contados a partir da data do depósito.

Artigo 66

Países de Menor Desenvolvimento Relativo Membros

2. Os países desenvolvidos Membros concederão incentivos a empresas e instituições de seus territórios com o objetivo de promover e estimular a transferência de tecnologia aos países de menor desenvolvimento relativo Membros, a fim de habilitá-los a estabelecer uma base tecnológica sólida e viável.

Diante disso, percebe-se, em relação à transferência tecnológica para fins de proteção ao meio ambiente, incluindo a mitigação do aquecimento da temperatura média global que:

- 1- Novas tecnologias deverão, em cada Estado, ser passíveis de patente intelectual, sob pena de impossibilidade de participação no comércio internacional;
- 2- Podem não ser patenteadas, em cada país, as novas tecnologias de que capazes de evitar sérios prejuízos ao meio ambiente;
- 3- É possível a licença compulsória, a qual tem o efeito de retirar o invento tecnológico do abrigo protetivo da patente intelectual, para evitar sérios prejuízos ao meio ambiente;

4- O prazo máximo de proteção conferido a uma patente é de vinte anos;

5- Os países desenvolvidos estão obrigados, pelo Acordo TRIPS, a promover a transferência tecnológica aos países de menor desenvolvimento, a fim de habilitá-los a estabelecer uma base tecnológica sólida e viável.

Convém lembrar que o Estado interessado na exploração da nova tecnologia, se for o caso, também poderá fazer uso da sanção unilateral, uma vez que os Estados desenvolvidos não possuem suficiência de suprimento em matéria de fontes primárias, como a agricultura e a biodiversidade.

6. O ACORDO TRIPS E O ESTADO INADIMPLENTE

Igualmente ao que ocorre com os Estados inadimplentes em relação às disposições da UNFCCC relacionadas à transferência de tecnologia, em última instância, após a apreciação da matéria pelo Conselho TRIPS, seria o Conselho de Segurança da ONU o órgão competente para aplicar a sanção, remetendo novamente à questão dos membros eleitos e permanentes e ao poder de veto desses, resultando na quase impossibilidade de haver força coercitiva ao Estado membro permanente do Conselho de Segurança.

7. CONCLUSÃO

Diante da análise dos dispositivos legais da UNFCCC e do Acordo TRIPS, citados ao longo do texto, resta evidente que ambos os diplomas legais internacionais obrigam aos signatários a proceder à transferência de tecnologia capaz de contribuir com a mitigação das mudanças climáticas.

Entretanto, as previsões legislativas internacionais não tem sido eficazes para promover essa transferência de tecnologia, bastando lembrar que durante a COP 15, em Copenhague, o assunto foi amplamente discutido e resultou sem consenso.

Por enquanto, as partes interessadas podem fazer uso, para promover a licença de uso de tecnologia capaz de colaborar com a mitigação das mudanças climáticas, que implica em transferência de tecnologia, enquanto vigorar a patente, da licença compulsoria, devendo sempre ser respeitadas as disposições protetivas ao titular, inclusive quanto à compensação financeira no investimento em P&D.

Ocorre que, a concessão de licença compulsória para exploração das novas tecnologias pode implicar em sanções econômicas para o Estado concedente e dificilmente implicará em sanções sérias ao Estado titular.

Entretanto, o Estado detentor da nova tecnologia, em caso de descumprimento, ou seja, caso não transfira a tecnologia capaz de contribuir com a solução do problema do aquecimento global, não está imune as demais sanções de Direito Internacional, podendo o Estado interessado na nova tecnologia deixar de supri-lo de produtos primários, se for o caso.

Para tanto, obviamente, severa haver consenso nesse embargo pro todos os Estados produtores desse insumo, sob pena de ineficácia da medida.

Tem-se, com tudo isso, que o problema da transferência de tecnologia capaz de colaborar com a mitigação das mudanças é um grande desafio a ser solucionado pelos agentes de Estado, esperando-se que durante as negociações da COP 16, a ser realizada no México, haja maior sucesso do que nos encontros internacionais anteriores.

Para tanto, será necessário que cada dirigente de Estado lembre que, apesar de o desenvolvimento econômico ter como objetivo a melhoria da qualidade de vida, sem que hajam condições climáticas adequadas no planeta, não haverá vida.

REFERÊNCIAS

Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – Acordo TRIPS. Disponível em <http://www.cultura.gov.br>. Acesso em 08 de outubro de 2010.

ÂNGELO, Claudio. O Aquecimento Global. São Paulo. Publifolha, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. Saraiva, 2010.

LANCOMBE, Francisco José Masset. Dicionário de Administração. São Paulo. Saraiva, 2004.

Organização das Nações Unidas. Sítio oficial. Disponível em www.un.org. Acesso em 09 de outubro de 2010.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro, Forense, 1993.

VARELLA e MARINHO, Marcelo Dias. Marinho, Edelvacy Pinto. A Propriedade Intelectual na OMC. Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB, Brasília, v. 2, n. 2,

p.136-153, jul./dez. 2005. Disponível www.mestrado.uniceub.br. Acesso em 09 de outubro de 2010.

United Nations Framework Convention on Climate Change – UNFCCC. Disponível em www.unfccc.int. Acesso em 08 de outubro de 2010.

ACESSO À JUSTIÇA, MOROSIDADE E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

ACCESS TO JUSTICE, TIME CONSUMING AND LIABILITY OF THE STATE

CATARINA MOTA DE F. PORTO*

E-mail: caty_porto@hotmail.com

RESUMO

O acesso à justiça comporta inúmeros questionamentos e consequências quanto à responsabilização do Estado diante do seu descumprimento, que acarrete danos aos usuários da justiça. O direito fundamental ao acesso à justiça pode ser interpretado quanto à proibição de prisão ilegal/indevida, a má administração da justiça e a razoável duração do processo. Este artigo se limita a abordar esse terceiro aspecto, ou seja, o problema da morosidade da justiça e a responsabilização do Estado diante desse fato, internamente e externamente.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça; Morosidade; Responsabilização do Estado nos âmbitos da jurisdição nacional e internacional.

ABSTRACT

Access to justice involves many questions and consequences for the accountability of the state before his failure, which leads to damage to people who uses the justice. The fundamental right access to justice can be interpreted as prohibiting the unlawful detention / misuse, poor administration of justice and the reasonable duration of proceedings. This article is limited to address this third aspect, namely the problem of delays of justice and accountability of the State before that fact, internally and externally.

KEYWORDS: Access to justice; reasonable duration of proceedings; state responsibility under national and jurisdiction.

* Mestre em Ciências Jurídicas – Direito Econômico (UFPB). Doutoranda na Universidade de Coimbra – 2010 em Ciências Jurídico-Empresariais. Docente em Direito do Trabalho – FESP e Conciliação, Mediação e Arbitragem – UNIPÊ. Advogada atuante do Escritório Porto Belo e Advogados.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade do Estado por seus atos é instituto jurídico que foi se desenvolvendo ao longo da história, evoluindo da total irresponsabilidade estatal, pela teoria da subjetividade (baseada em dolo ou culpa) e, finalmente, na teoria da objetividade da responsabilidade civil. Embora atualmente esteja consolidada a doutrina quanto à responsabilidade estatal por seus atos administrativos e legislativos, o mesmo não se pode afirmar quanto à responsabilidade por atos jurisdicionais, pois em alguns países se entende que não há que se falar em responsabilidade por atos jurisdicionais sem previsão expressa em suas leis (como foi o caso de Portugal, que somente reconheceu esse tipo de responsabilidade a partir de 2007, através de legislação própria).

Em se tratando do Brasil, com a Constituição de 1988, em virtude do surgimento de inúmeros direitos inseridos nesse texto, houve aumento do número de ações judiciais, sobrecarregando o Poder Judiciário. Muitos direitos que deveriam ser aplicados pelo Poder Executivo, como o direito à saúde, passaram a ser buscados no âmbito judicial, pois o Estado descumpre reiteradamente, por exemplo, o fornecimento de medicamentos à população. Por outro lado, a sociedade também leva aos tribunais questões que sequer deveriam ser tratadas na seara pública, mas sim na intimidade/privacidade da família, no que se chama de judicialização do afeto, o que causa do mesmo modo um aumento considerável no número de demandas judiciais.

O acesso à justiça é um direito fundamental que tem diversas facetas. Nesse trabalho, será tratado, principalmente, a morosidade da justiça e a responsabilidade do Estado por esse atraso, no âmbito do direito nacional e do direito internacional, excluindo-se dessa temática, a responsabilidade estatal por atos jurisdicionais, caso ocorra erros judiciais ou prisão ilegal/indevida. A morosidade do Poder Judiciário é uma das principais queixas dos usuários da justiça e, atualmente, atinge o Brasil também de uma forma negativa, na esfera do direito internacional.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Com o Estado Moderno é que se pode considerar o surgimento da responsabilidade estatal, pois, até então, no Estado Absolutista, havia a ideia de que o rei não podia errar (*the King can do no wrong*). A partir desse momento é que se desenvolve a teoria da responsabilidade civil estatal, mas apenas no âmbito dos poderes legislativo e executivo, e não dos atos do poder judiciário. Posteriormente surgem as primeiras legislações a respeito da responsabilidade por atos jurisdicionais. Cada país desenvolveu a responsabilidade civil

e optou por sistema de responsabilidade total do juiz, solidária desse com o Estado ou exclusiva desse último. A responsabilidade civil por atos jurisdicionais pode ser estudada quanto à responsabilidade por erro judiciário, por prisão indevida/ilegal e por má administração da justiça.

Hodiernamente, a responsabilidade do magistrado é entendida mais como do Estado, do que exclusiva do primeiro, pois esse último é apenas um funcionário do Estado – pessoa coletiva, que responde por erros cometidos por seus representantes. Em muitas legislações, entretanto, também já está previsto que o Estado poderá acionar regressivamente o magistrado, por atos jurisdicionais equivocados. A responsabilidade do Estado, da forma que é vista nos tempos atuais, isto é, o Estado respondendo por atos de seus agentes/funcionários, tendo em vista que os últimos agiram por conta do Estado, nem sempre foi assim. De fato, partindo-se da irresponsabilidade total do Estado até a teoria objetiva de responsabilidade estatal, longo percurso foi percorrido.

Quanto maior a intervenção estatal na sociedade, maior a responsabilidade estatal. O advento do Estado Social, também conhecido como *Welfare State*, em que são atribuídas mais funções e responsabilidades ao Estado, em comparação ao anterior Estado liberal, em que se pregou a mínima intervenção possível, preocupado com as questões que envolviam a soberania e a segurança nacional, trouxe ao Estado Social, uma imensa responsabilidade, na medida em que, muitas vezes, em virtude de uma deficiência dos demais poderes, cabe ao poder judiciário a efetivação de diversos direitos previstos em lei, antes inexistentes, como os direitos sociais, econômicos, culturais, entre outros, o que pode prejudicar o andamento célere das ações judiciais.

A sociedade de massa, cada dia mais consciente de seus direitos, em virtude de uma maior divulgação na mídia, inclusive na rede mundial de computadores, utiliza-se da justiça como nunca ocorreu antes, e lota até os juizados especiais, criados com a finalidade de resolver mais rapidamente as pendências judiciais, com procedimento específico, mais simplificado do que o processo civil comum, mas que, infelizmente, em decorrência do seu próprio sucesso e da busca exacerbada da população, terminou por sofrer do mesmo mal que atinge a justiça comum, isto é, a morosidade de seus processos.

O Poder Judiciário e o papel do juiz passam a ter uma maior importância, especialmente com o surgimento do Estado Social. Explica Pereira³⁴ que o juiz, após a segunda grande guerra, com a maior complexidade das sociedades, deixa de ser a mera boca que pronuncia a lei, isto é, não pode mais interpretar a lei apenas na literalidade, como defendia Montesquieu.

³⁴PEREIRA, João Aveiro. *A responsabilidade Civil por Actos Jurisdicionais*. Coimbra: Coimbra, 2001, p.20.

Com o crescimento do papel do juiz, começa a ser questionado de que forma se poderia exercer um controle sobre esse, pois, como qualquer poder, seria preciso conter os abusos, erros que causassem danos à sociedade, quando, por exemplo, o juiz, por um erro grave, julgasse uma ação procedente. No entanto, esse controle ou fiscalização do juiz deveria ser criado de forma que não ferisse a independência e autonomia dos juízes. A questão da independência dos juízes ao proferirem suas decisões seria o ponto principal dos que seriam contra a responsabilização dos magistrados, que, ao serem considerados irresponsáveis, não sofreriam qualquer pressão externa no seu julgamento. Todavia, há de se compreender que a independência do poder judiciário não se trata de um benefício ao magistrado, mas de uma garantia, um valor instrumental da própria justiça, que é o fim último. Nesse sentido, entende Remédio³⁵:

Apesar da sua decisiva importância, a independência não é um valor absoluto, mas um valor instrumental, dirigido à imparcialidade e, portanto, à legitimidade da decisão do juiz, e um valor relativo, pois nem o juiz está isolado da sociedade, nem o poder judicial está isolado dos demais poderes do Estado. A independência tem, portanto, limites e estes passam também pela responsabilização judicial, que deve deixar de ser contemplada apenas com referência a abstrações como a independência ou o prestígio do sistema judicial para simplesmente passar a ser vista também numa óptica de serviço público prestado aos utentes do sistema judicial." A função jurisdicional tem por escopo a solução de conflitos de interesses. Dessa forma, a independência do magistrado é concebida como um meio, ou instrumento, para alcançar a resolução do conflito.

Costa e Silva³⁶ explica que apenas com a socialização dos riscos é que se altera a ideia de responsabilidade estatal. Dessa forma, entende Costa e Silva³⁷ que:

Na construção da obrigação de indemnizar, prevalece a posição do lesado sobre a posição do lesante; na relação interna, o Estado-pessoa colectiva, responsável directamente perante o lesado, passa a poder agir disciplinarmente contra o seu funcionário. Este modo de entender a responsabilidade por erro judiciário, assente na dicotomia de planos – o da relação entre a pessoa colectiva e o lesado e o da relação entre a pessoa colectiva e o titular do órgão - , estende-se, por fim, e não obstante as suas alegadas peculiaridades, ao exercício da actividade judicial. Assim, se ao longo dos séculos, o erro judiciário- seja qual for o sentido desta expressão – desencadeou uma responsabilidade directa e exclusiva do juiz – o que quer que seja que se compreenda no dever de indemnizar -, só durante os séculos XIX e XX, este modelo vem a ser paulatinamente abandonado.

³⁵ REMÉDIO, Alberto Esteves. *Sobre a responsabilidade civil dos magistrados por actos praticados no exercício das suas funções*, in Revista do Ministério Público, ano22o, outubro-dezembro, 2001, n.88º, p.31-49, em esp.p.33-34.

³⁶ COSTA E SILVA, Paula. *A ideia de Estado de Direito e a responsabilidade do Estado por erro judiciário*. Coimbra, Juridireito, in Revista O Direito, vol.142, I, 2010,p.42.

³⁷ Ob.Cit., p.42-43

Luísa Neto³⁸, aprofundando o tema, esclarece que:

Se o direito à jurisdição é o direito público subjetivo constitucionalmente assegurado ao cidadão de exigir do Estado a prestação da actividade de jurisdição, não deixa por outro lado de constituir-se numa obrigação de organização tal por parte do Estado que elimine ou minimize os prejuízos ou danos que decorram daquela actividade. É também notório hoje que o aumento da exigência quanto à responsabilidade jurisdicional resulta também da inflação legislativa característica do Estado Social de Direito. A indesejável – inevitável? – perda de densidade e determinabilidade das leis, que alcançam a máxima abstracção possível, aumentam o espectro de valoração jurisdicional, num equilibrado esquema de checks and balances que salientam precisamente o hodierno papel criativo da interpretação judicial.

A inflação legislativa e a cultura de 'sempre litigar' tem inflacionado a justiça, causando lentidão e descrédito do poder judiciário perante a sociedade. No entanto, essa mesma sociedade busca o judiciário para questões que sequer deveriam ser tratadas naquele Poder. Em notícia recente do *site* Consultor Jurídico, fala-se a respeito da judicialização dos afetos, ou seja, da propositura indevida de ações judiciais para se decidir a respeito de questões do âmbito privado das famílias. Nesse sentido, diz a notícia escrita por Haidar³⁹ que não cabe ao judiciário intervir na intimidade ou privacidade das famílias, pois a decisão a respeito sobre que colégio o filho deve estudar cabe aos próprios pais. A incapacidade de comunicação dos genitores que não conseguem decidir sozinho sobre matérias corriqueiras na educação dos filhos, não é passível de transferência desse tipo de decisão ao poder judiciário.

2. RESPONSABILIDADE ESTATAL NO ÂMBITO INTERNACIONAL

A responsabilidade estatal por atos jurisdicionais está também protegida no âmbito do direito internacional, através de seus tratados e convenções internacionais (Convenção Americana, artigo 8º, parágrafo 1º, artigo 25 e Convenção Européia, artigo 6º, parágrafo 1º). Assim, é direito do indivíduo a prestação eficaz e em prazo razoável da justiça, em uma clara evocação ao direito fundamental ao acesso à justiça, previsto em inúmeras legislações.

³⁸ NETO, Luísa. *A (ir)responsabilidade dos juízes*, in Revista FDUP – Faculdade de Direito da Universidade do Porto, III, Coimbra, 2006, p.573-574.

³⁹ HAIDAR, Rodrigo. *Não cabe à justiça decidir qual a melhor escola para a criança*. Notícia inserida no site do CONJUR (www.conjur.com.br), em 09 de março de 2011.

Ressalva-se que o direito ao acesso à justiça abrange também a proteção do indivíduo em face de erros judiciários, ou seja, tanto a ação, quanto às omissões do poder judiciário estão inseridos no conceito de acesso à justiça. Dessa forma, tanto a ordem jurídica interna, no caso do Brasil, quanto a ordem jurídica internacional (artigos 8º e 25⁴⁰ do Pacto de São José), considerando-se que o Brasil é país signatário da Convenção Americana, trazem em seu bojo o direito ao acesso à justiça. Annoni⁴¹ explica que:

A responsabilidade do Estado por violações de direitos humanos oriundas de ato judicial pode ocorrer em duas hipóteses: quando a decisão judicial é tardia ou inexistente, ou quando a decisão judicial é tida, no seu mérito, como violadora de direito protegido.

Na hipótese de decisão tardia, argumenta-se que a delonga ou demora impede que a prestação jurisdicional seja útil ou eficaz. A doutrina consagrou o termo “denegação de justiça”(ou déni de justice), que engloba tanto a inexistência do remédio judicial (recusa de acesso ao Judiciário), ou deficiências do mesmo, como demora na prestação jurisdicional e o mau funcionamento do Judiciário, que ocorrem na delonga da prolação do provimento judicial devido, no prazo devido, ou mesmo a inexistência de tribunais.

No aspecto internacional, o acesso à justiça se encontra também protegido, na medida em que é um direito fundamental que interessa às sociedades, na medida em que, através de uma justiça eficiente, é que se pode garantir direitos sociais que não estejam sendo devidamente concretizados pelo Estado. O acesso à justiça é visto tanto do ponto de vista econômico, isto é, se as partes têm condições de entrar com ações judiciais e se não tiverem, se o Estado fornece meios de alcançar a justiça (como através de Defensorias Públicas), que foi o primeiro aspecto das ditas ‘ondas’ do acesso à justiça, estudadas por Capelletti e Garth. A segunda onda seria a questão da proteção dos direitos difusos e a terceira onda, ou o terceiro momento, é que entraria a preocupação com a satisfação do usuário/consumidor da justiça.

⁴⁰ “Art. 8º. Garantias Judiciais.

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.[...].”

“Art. 25. Proteção Judicial.

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. [...]”

⁴¹ ANNONI, Danielle. Direitos Humanos & Acesso à Justiça no Direito Internacional – Responsabilidade Internacional do Estado. Curitiba:Juruá,2003, p.50-51.

3. O PROBLEMA DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A respeito da duração razoável do processo, há a dificuldade de se conceituar o que seria essa razoabilidade de prazo. Na verdade, apenas através da análise de casos concretos é que se poderá dizer se houve uma prestação judicial em prazo razoável. A respeito desse tema, entendem Spengler e Morais⁴²:

Todavia, resta a pergunta; no que consiste a 'razoável duração do processo'? Como deve ser interpretada essa expressão? A resposta poderia considerar duas hipóteses: a) tempo razoável é o tempo legal, expressamente previsto na legislação processual; b) tempo razoável é o tempo médio efetivamente despendido no País, para cada espécie concreta de processo. Nesses casos, a primeira opção reproduz um critério objetivo, sofrendo o desgaste de nem sempre existir, em cada etapa processual, tempo previamente definido em lei. Já a adoção da segunda hipótese traz a negativa da garantia constitucional, pois a média de duração dos processos no Brasil, hoje se encontra muito acima do legal e do razoável.

Destaca-se o fato de que a morosidade das ações é também causada pela existência de um processo complicado, com muitos recursos previstos. Será precisa uma ampla mudança na legislação processual, a fim de que se minimize a possibilidade de recorrer, mas sem afetar o direito a ampla defesa e contraditório previstos em lei. Ademais, é insuficiente prever prazos processuais para que os juízes decidam, sem que esses prazos sejam observados, e não haja qualquer sanção prevista em lei. Claro está que, muitas vezes, a realidade dos cartórios ultrapassa qualquer possibilidade de se cumprir os prazos processuais, pois os cartórios podem ter funcionários insuficientes, excesso de processos, etc, e tudo isso significa atraso na prestação jurisdicional. Daí a importância da fiscalização por parte da Corregedoria, ou do Conselho Nacional de Justiça, a fim de que haja um diagnóstico preciso dos problemas encontrados nos respectivos cartórios. Alguns Tribunais, como o Tribunal de Justiça da Paraíba e Tribunal de Minas Gerais vêm investindo em reformas administrativas, inclusive contratando empresas especializadas em gestão, com o escopo de melhorar a administração da justiça, no que repercute em um melhor acesso à justiça.

Os magistrados opinam a respeito da morosidade na justiça alegando diversos fatores. Ribeiro⁴³ enfatiza que há muitas causas da morosidade, sendo que os magistrados

⁴²MORAIS, José Luis Bolzan e SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem – alternativas à jurisdição*. 2ª Ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.39-40.

RIBEIRO, Ludmila. *A Emenda Constitucional 45 e a questão do acesso à justiça*. Rev. Direito GV, vol.4 no.2 São Paulo July/Dec. 2008, p.15-16.

tendem a destacar o excesso de recursos, a carência de recursos materiais ou mesmo o excesso de trabalho. Assim, afirma o referido autor:

Nesses termos, qualquer reforma que tenha como objetivo tornar a prestação judicial mais efetiva por intermédio da instituição de um prazo mais razoável para o processamento das demandas deve, necessariamente, alterar esses problemas, quais sejam: o excesso de recursos protelatórios existentes, a ausência de proporcionalidade entre juízes e habitantes das diversas regiões e a carência de recursos materiais.

Quanto à morosidade da decisão, ou o direito à prestação jurisdicional em prazo razoável, dificuldade se encontra em se conceituar o que seria esse prazo razoável, ficando, atualmente, a critério da própria justiça definir em sua jurisprudência o que seria esse prazo razoável. Nesse contexto, a respeito do direito à prestação jurisdicional, explica Leite⁴⁴ que, já que, regra geral, não cabe às partes promover a autodefesa, o Estado deve prestar a tutela jurisdicional de forma eficiente. Cabe aos jurisdicionados, dessa forma, exigir essa prestação jurisdicional.

O direito à prestação jurisdicional em prazo razoável está previsto assim em legislações nacionais e em tratados internacionais a fim de garantir um efetivo acesso à justiça. Em muitas situações, caso a demora no processo tenha sido excessiva, sem motivos de força maior, caso fortuito, ou pela propositura de recursos protelatórios visando exclusivamente postergar os efeitos da decisão (que poderá inclusive ensejar a condenação daquele que agiu dessa forma, por litigância de má-fé), já se tem decidido favoravelmente às partes que foram prejudicadas, tanto no âmbito da justiça brasileira, quanto no âmbito da Corte Internacional (no caso do Brasil, a Corte Interamericana).

Quanto aos critérios de averiguação sobre a razoável duração de um processo, Belo⁴⁵ esclarece que:

(...) há um consenso de que o princípio da razoável duração do processo traduz o direito a um processo sem dilações indevidas. Alguns critérios, estabelecidos pela jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos dos Homens, norteiam essa compreensão: (i) a complexidade da causa; (ii) o comportamento das partes; (iii) a atuação das autoridades.

A complexidade da causa é aferida pelo número de pessoas envolvidas no feito e pelas peculiaridades das questões fáticas ou jurídicas, sobressaindo-se as complicações probatórias como

⁴⁴ LEITE, Rosimeire Ventura. *Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais*. Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre, 2002, p.22-23.

⁴⁵ BELO, Duina Porto. *A razoável duração do processo como instrumento de acesso à justiça*. Revista do curso de direito da UNIPÊ – Direito e Desenvolvimento. Ano 1., n.2, 2010. ISSN 2177-0026, 2009, p.61.

incremento a delonga processual. (...) O comportamento das partes inclui a investigação sobre os responsáveis pelo prolongamento excessivo das causas, trazendo à tona temas como abuso de direito, boa-fé e lealdade processuais. (...) No que concerne à atuação de autoridades, analisa-se a conduta dos juízes e serventuários, ou seja, dos agentes públicos que lidam com o processamento e julgamento dos feitos. Mas essa aferição da razoabilidade temporal deve ser ocorrer de forma qualitativa, averiguando-se não apenas o tempo transcorrido no processo, mas de que maneira esse tempo foi empregado, para constatar se o dispêndio foi compatível com a atividade jurisdicional prestada.

Dessa forma, percebe-se que não se pode atribuir a demora excessiva na duração do processo apenas ao magistrado, eis que cada processo envolve, além das partes (se forem muitas, poderá dificultar o andamento da ação, quando, por exemplo, no início do processo, tenha que haver a citação dos réus, e esses forem inúmeros); os advogados atuantes, pois se esses agirem de má-fé poderão prolongar a demanda através de recursos protelatórios (sendo que o Estado, por seus procuradores, é que mais prorroga as ações judiciais, mesmo na hipótese de já haver decisão sumulada em sentido contrário ao governo); os serventuários (que por vezes são insuficientes para atender ao cartório), e, por fim, a produção de provas, que pode atrasar demasiado a conclusão da ação. Assim, todos esses fatores devem ser considerados na avaliação da duração razoável do processo e responsabilização do Estado por atos jurisdicionais.

A existência de órgãos como o CNJ – Conselho Nacional de Justiça, que tem por fim, entre outros, o de fiscalização do Poder Judiciário, no intuito de promover o acesso à justiça, estabelecendo metas judiciais, por exemplo, para que os processos sejam mais céleres, tem pontos positivos e negativos, eis que seria melhor empregada caso houvesse uma preocupação maior com o aspecto qualitativo e não apenas quantitativo das decisões judiciais, e, também, as referidas metas devem exigir de cada judiciário uma melhor gestão de pessoas, promovendo-se cursos de atualização dos serventuários e magistrados, requisitando a realização de concursos públicos, quando necessário, pois os juízes, muitas vezes, estão sobrecarregados de processos e respondem, muitas vezes, por mais de um cartório.

Além disso, a formação de juristas, tanto juízes, quanto advogados, procuradores e promotores, em cursos de mediação, conciliação e arbitragem, através de suas técnicas de solução de conflitos, poderá transformar a cultura da litigiosidade presente na sociedade e também no poder judiciário. Não basta o simples questionamento do magistrado em início da audiência de tentativa de conciliação, se as partes têm interesse em conciliar. Ora, para uma tentativa real de conciliação, será necessária a utilização de técnicas de conciliação e mediação. Somente assim, poder-se-á mudar o perfil da justiça brasileira.

A demora na prestação jurisdicional traz descrédito ao Poder Judiciário de um país e também acarreta a responsabilidade civil do Estado, tanto no âmbito nacional, quanto nas Cortes Internacionais. Por fim, a demora na prestação jurisdicional também poderá afetar as relações sob o ponto de vista econômico. Um país que não tenha um judiciário eficiente, em que as decisões são tomadas e efetivadas em prazo não razoável, acarreta um risco alto para empresas que aqui desejarem se estabelecer. Sobre esse aspecto, explicita Silveira⁴⁶:

A morosidade do Judiciário é considerada pelas empresas estrangeiras interessadas em investir no país a ponto de refrear investimentos. Considera-se que o Poder Judiciário, como instituição, não acompanhou a globalização econômica e as solicitações do mercado financeiro, apresentando-se ineficiente para oferecer a segurança jurídica necessária ao desenvolvimento. Antes da década de 80, discussões sobre mudanças no Judiciário restringiam-se aos operadores jurídicos (advogados, juízes e promotores), mas com a retomada do crescimento do país o setor econômico passou a participar da discussão de forma crítica e ativa, ao mesmo tempo em que aflorou a consciência de que o crescimento econômico também depende de adaptações e mudanças nas instituições. A capacidade em fazer com que a lei seja cumprida é o termômetro dos investidores e, nesse aspecto, o Judiciário brasileiro é considerado fraco. E esse é o terceiro problema que bloqueia investimentos, perdendo apenas para os quesitos carga tributária e encargos sociais.

Sob o ponto de vista econômico, deve-se destacar, que, apesar das decisões judiciais afetarem a economia, especialmente, no momento em que se vive o fenômeno da globalização econômica, não se pode olvidar o papel do Judiciário que é, sobretudo de defesa dos direitos sociais. Os direitos econômicos são apenas um dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. O Juiz, ao tomar uma decisão, deverá pugnar pela ponderação dos direitos/princípios constitucionais, isto é, buscar tanto a defesa de interesses das empresas, como, por exemplo, questões ambientais ou até trabalhistas. O acesso à justiça deverá ser garantido pelo Estado, sob pena de ser responsabilizado por não garantir um direito fundamental, pois como diz o ditado popular, justiça tardia, não é justiça.

⁴⁶ Silveira, Fabiana Rodrigues. *A morosidade no poder judiciário e seus reflexos econômicos*. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre: 2007, p.15.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito ao acesso à justiça evolui ao longo do tempo, para atingir, finalmente, a figura do consumidor da justiça, ou seja, a preocupação maior do poder judiciário hodiernamente é com a satisfação de seus usuários. Para isso, além da reforma legislativa, que permita diminuir prazos ou mesmo extinguir determinados recursos, é preciso também se reformar o poder judiciário no sentido de dar condições aos Juízes para que decidam de forma célere e eficaz. O problema da morosidade das ações não é exclusivo do trabalho dos juízes, mas de um conjunto de fatores abordados no presente artigo, como por exemplo, falta de funcionários no cartório, número reduzido de juízes, complexidade da causa, recursos protelatórios, e, sem olvidar, do aumento considerável de demandas após a Constituição Federal de 1988. O atraso na prestação jurisdicional que ocasione dano à parte litigante, poderá acarretar a responsabilização do Estado tanto no Brasil, quanto no âmbito internacional e, quanto a esse último aspecto, trata-se de mais um possibilidade dos usuários da justiça, de demandar o Estado brasileiro por descumprimento de um dever previsto na Carta Maior.

Assim, apenas com um conjunto de medidas é que se conseguirá diminuir a morosidade de uma ação judicial na justiça brasileira, no que significará o retorno da confiabilidade da população nesse Poder, além da confiabilidade de empresas a investir nesse país, diminuindo o risco do investimento e trazendo desenvolvimento ao Brasil.

REFERÊNCIAS

ANNONI, Danielle. Direitos Humanos & Acesso à Justiça no Direito Internacional – Responsabilidade Internacional do Estado. Curitiba:Juruá,2003.

BELO, Duina Porto. *A razoável duração do processo como instrumento de acesso à justiça*. Revista do curso de direito da UNIPÊ – Direito e Desenvolvimento. Ano 1., n.2, 2010.

COSTA E SILVA, Paula. *A ideia de Estado de Direito e a responsabilidade do Estado por erro judiciário*. Coimbra, Juridireito, in Revista O Direito, vol.142, I, 2010.

HAIDAR, Rodrigo. *Não cabe à justiça decidir qual a melhor escola para a criança*. Notícia inserida no site do CONJUR (www.conjur.com.br), em 09 de março de 2011

LEITE, Rosimeire Ventura. *Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais*. Sergio Antonio Fabris.Porto Alegre, 2002.

MORAIS, José Luis Bolzan e SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem – alternativas à jurisdição*. 2ª Ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

NETO, Luísa. *A (ir)responsabilidade dos juízes*, in Revista FDUP – Faculdade de Direito da Universidade do Porto, III, Coimbra, 2006.

PEREIRA, João Aveiro. *A responsabilidade Civil por Actos Jurisdicionais*. Coimbra: Coimbra, 2001.

REMÉDIO, Alberto Esteves. *Sobre a responsabilidade civil dos magistrados por actos praticados no exercício das suas funções*, in Revista do Ministério Público, ano 22º, outubro-dezembro, 2001, n.88º.

SILVEIRA, Fabiana Rodrigues. *A morosidade no poder judiciário e seus reflexos econômicos*. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre: 2007.

DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E CELERIDADE PROCESSUAL: PONTO DE EQUILÍBRIO A SER ALCANÇADO PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

PROCEDURE AND DURATION OF REASONABLE PROMPTNESS: POINT OF BALANCE TO BE ACHIEVED BY BRAZILIAN LEGAL

GERSON DANTAS SOARES⁴⁷

LUCIANA VILAR DE ASSIS⁴⁸

RESUMO

O Estado, no exercício de sua soberania, através do Poder Judiciário, tutela os bens jurídicos através da prestação jurisdicional materializada por meio do processo, o qual segundo a Constituição em seu art. 5º, em tese, deve-se desenvolver e ser concretizado da forma mais célere possível, com a duração razoável em sua tramitação, mas sempre de forma justa, imparcial, respeitando o contraditório e a ampla defesa, e em conformidade com os princípios e garantias do devido processo legal. O presente artigo demonstra que, na prática, essa previsão legal está bem longe de ser efetivada, pois o sonhado equilíbrio entre o processo em si e o tempo de sua tramitação, apresenta total desconformidade com o preceito constitucional. O que os cidadãos aguardam do Judiciário é a efetivação de tal preceito, pois quando se busca a tutela do Estado, se espera a imediata reparação do direito ameaçado ou lesado.

PALAVRAS-CHAVE: Prestação jurisdicional; Duração razoável do processo; Celeridade processual.

ABSTRACT

The State, in exercise of its sovereignty through the judiciary, the legal guardianship by providing materialized through the court process, which according to the constitution in its art. 5, in theory, should be developed and implemented in the most expeditious possible, with reasonable time in your process, but always fairly, impartially, respecting the law and full protection and in accordance with the principles and guarantees of due process. This article

⁴⁷ Estudante do 8º período do curso de Direito da Fesp Faculdades.

⁴⁸ Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba, professora de Direito Administrativo da Fesp Faculdades.

demonstrates that, in practice, this legal provision is far from being realized, as the balance between the dream process itself and the time of its passage, presents total disagreement with the constitutional precept. What citizens expect of the judiciary is the realization of such a provision, because when you search the authority of the state, is expected to immediately repair the right threatened or injured.

KEYWORDS: Provision court; Reasonable length of proceedings; Speedy trial.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nos primórdios da humanidade, quando o homem vivia de forma nômade, os conflitos resultantes da atividade e convivência humana, eram resolvidos através da força bruta, prevalecendo a lei do mais forte. Os homens daquele tempo estavam submetidos não só a brutalidade de sua própria natureza, como também as intempéries naturais, ou seja, a força da natureza ameaçando à sua espécie. Sendo assim, no sentido de sobrevivência, os homens começaram a se agrupar e a se organizar numa verdadeira sociedade, necessitando de regras de convivência para solucionar os conflitos existentes. Surge, então, o Direito como um conjunto de normas e de regras de conduta e comportamento para convivência e solução de litígios.

Desde aqueles tempos, os homens procuravam àqueles que representavam a sociedade, àqueles que detinham o poder-dever de solucionar os conflitos, de forma a manter ou restabelecer a pacificação social. Sempre se buscava uma solução rápida, mas justa para o litígio. Esse era o desejo das partes, mas nem sempre alcançado por elas. Hoje, com o desenvolvimento das civilizações e o conseqüente crescimento populacional, os conflitos passaram a se apresentar de forma muito mais constante e em grande número, necessitando de uma atuação muito mais rápida e eficiente por parte do Estado no intuito de alcançar essa pacificação.

A atuação do Estado no sentido de solucionar os conflitos que a ele se apresentam, se faz por meio da prestação jurisdicional, sendo esta, exercida quando da existência de um conflito de interesses, uma das partes, procura a Justiça com um pedido, exercendo seu direito público subjetivo de ação, manifestado, quando se instaura a relação processual. O processo, como instrumento de manifestação desse direito de ação, é norteado e regido não só pelas normas processuais, mas também por princípios que, ora dão base a formação dessas normas, sendo, portanto, anteriores a própria norma, e ora são extraídos dessas normas, sendo então, posteriores à norma.

Alguns doutrinadores dizem que não existe hierarquia entre princípios, que todos têm sua aplicação e importância diante de um caso concreto. Porém, o que se verifica no próprio processo, é a prevalência ou a sua regência pelo princípio do devido processo legal (“*due process of law*”), constitucionalmente previsto no art. 5º, inciso LIV, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Tal princípio abrange inúmeros outros que lhes são corolários, como o princípio da igualdade ou isonomia, que visa minimizar as desigualdades existentes entre as partes, conferindo paridade de armas, ou seja, dando-lhes as mesmas oportunidades dentro do processo. Existe a presença do contraditório e ampla defesa, previstos no artigo 5º, inciso LV, da CF/88, indispensáveis para o desenvolvimento válido do processo, cuja rejeição torna o processo passível de nulidade. A duração razoável do processo, a celeridade processual e a economia processual, são princípios igualmente indispensáveis, como tantos outros, para uma justa e eficiente prestação jurisdicional, devendo esta, ainda, ser presidida pela imparcialidade e competência do representante do Estado, o juiz, em conformidade com o devido processo legal, proporcionando uma efetiva segurança jurídica.

Assim, não é apenas a celeridade o aspecto mais importante para a adequada prestação jurisdicional, mas a conjugação desta com os demais princípios norteadores do processo judicial. A respeito desse assunto, e corroborando com o que foi exposto acima, assim se posicionou o Supremo Tribunal Federal – STF:

*HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. DEMORA NA FORMAÇÃO DA CULPA. COMPLEXIDADE DO FEITO. RAZOABILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. 1. Há elementos nos autos que apontam para a complexidade do processo, com a existência de vários réus, com defensores distintos. 2. **A razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), logicamente, deve ser harmonizada com outros princípios e valores constitucionalmente adotados no Direito brasileiro, não podendo ser considerada de maneira isolada e descontextualizada do caso relacionado à lide penal que se instaurou a partir da prática dos ilícitos.** 3. **Esta Suprema Corte vem entendendo que a complexidade do processo pode justificar eventual dilatação no prazo da instrução criminal.** Precedentes. 4. A prisão preventiva do paciente foi devidamente fundamentada, apoiada em elementos concretos. 5. Primariedade, bons antecedentes e residência fixa, por si sós, não são elementos aptos a afastar a prisão provisória.*

Precedentes. 6. Não há constrangimento ilegal a ser sanado. 7. Writ denegado. (STF. HC 101364 / RJ. DJU. 08.06.10). (grifo nosso).

O ponto 3 do julgado acima transcrito, revela o mesmo entendimento da Corte Européia dos Direitos do Homem, a qual segundo Didier (2009) assentou que, para se determinar a duração razoável do processo, devem ser observados os seguintes critérios: 1. a complexidade do assunto; 2. o comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo; 3. a atuação do órgão jurisdicional.

Conforme Tucci (1999, p. 239-240):

O reconhecimento destes critérios traz como imediata consequência a visualização das dilações indevidas como um conceito indeterminado e aberto, que impede de considerá-las como o simples desprezo aos prazos processuais pré-fixados. [...]

É necessário que a demora, para ser reputada realmente inaceitável, decorra da inércia, pura e simples, do órgão jurisdicional encarregado de dirigir as diversas etapas do processo. É claro que a pleora de causas, o excesso de trabalho, não pode ser considerado, nesse particular, justificativa plausível para a lentidão de tutela jurisdicional.

Theodoro Júnior (2009) afirma que o Estado deve propiciar uma Justiça barata e rápida, regida pelo ideal de obter o maior resultado com o mínimo de emprego de atividade processual, atividade esta, norteadas com base no devido processo legal e nos princípios que lhes são corolários como a celeridade processual e a economia processual.

A duração razoável do processo tem íntima relação com a celeridade e economia processual, pois estabelecem que o processo deve se desenvolver e extinguir o mais rápido possível, porém com uma prestação jurisdicional justa, eficiente, imparcial e respeitando a ampla defesa e o contraditório, dando uma resposta rápida como solução do litígio, aplicando o direito ao caso concreto. São princípios que foram inseridos pela EC 45/04, no rol dos direitos e garantias fundamentais, previstos no art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, assim expresso: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, onde estes meios, segundo Grinover (2005), devem ser proporcionados pela legislação infraconstitucional, a qual também deve sofrer reformas, possibilitando assim, que a legislação processual ofereça soluções hábeis à desburocratização e simplificação do processo, garantindo a celeridade de sua tramitação.

Nesse mesmo sentido, Moraes (2005) relata que o sistema processual judiciário necessita de alterações infraconstitucionais que privilegiem a solução dos conflitos, a distribuição da justiça e uma maior segurança jurídica, afastando tecnicismos exagerados, possibilitando assim, maior celeridade na tramitação dos processos e redução na morosidade da Justiça brasileira.

2. SENTIMENTO GERADO PELA MOROSIDADE PROCESSUAL

O Estado, ao trazer para si o monopólio da Justiça, adquiriu a obrigação de tutelar os direitos dos cidadãos através da prestação jurisdicional. Porém, a morosidade com que a justiça brasileira tem atuado provoca um sentimento de descrédito nos cidadãos e, até mesmo, de injustiça por não ver a imediata reparação do direito violado ou ameaçado, já que a Carta Magna garante o amplo acesso ao Judiciário, estabelecendo que a lei não excluirá da apreciação deste, lesão ou ameaça a direito, previsto em seu artigo 5º, inciso XXXV.

Para Theodoro Júnior (2009), *justiça tardia é justiça denegada*, não podendo, uma causa que se arrasta penosamente pelo foro ser considerada justa. Tal fato desanima a parte e desacredita o aparelho judiciário perante a sociedade. Segundo o supracitado autor, não sendo rápida a resposta do juízo para a pacificação do litígio, a tutela não se revela efetiva, pois o longo tempo que o titular permaneceu privado de seu bem jurídico, aguardando o provimento lento da justiça, sem nenhuma razão plausível para essa quase estática justiça, somente pode ser visto como uma grande injustiça, sendo, portanto, essencial que o Estado combata a morosidade judicial para garantir a duração razoável do processo e a celeridade de sua tramitação, visto que este é um dever primário e fundamental do próprio Estado: fornecer segurança jurídica.

O Poder Judiciário, como um dos poderes representantes da soberania estatal, tem que obedecer, como os demais Poderes da União, aos princípios da Administração Pública previstos na Carta maior em seu artigo 37, *caput*, assim expressos: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...”. A própria eficiência prevista no artigo aqui mencionado traduz já a idéia de que a jurisdição, como função do Poder Judiciário, tem que ser prestada da forma mais eficiente possível incluindo, nesse contexto, a razoável duração, a própria celeridade na tramitação dos processos e a conseqüente solução dos litígios, sempre da forma mais justa e respeitando direitos e garantias do “*due process of law*”.

O direito a um processo justo e rápido é garantia defendida por várias constituições. Como exemplo dessa afirmativa, pode-se citar a Constituição de Portugal que, em seu art. 20, n. 4, reza: “*Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.*” A Constituição do México igualmente defende esse direito de celeridade e cumprimento com a justiça em seu art.17:

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

A garantia constitucional a um processo com duração razoável já era prevista como direito fundamental do ser humano na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, o qual além de estabelecer essa garantia, que foi inserida constitucionalmente pela emenda 45/2004, prevê outras que estão inseridas intrinsecamente no devido processo legal, como a garantia ao princípio do juiz natural, a presunção de inocência, ao duplo grau de jurisdição, dentre tantos outros que foram inseridos em nossa constituição. O respeito a essas garantias está expresso em alguns artigos do Pacto, como nos arts. 8º, 1, e 25, 1, onde rezam respectivamente que:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

Conforme sinaliza Lenza (2008), em algumas situações a demora causada pela duração do processo e sistemática dos procedimentos, pode gerar total inutilidade ou ineficácia do provimento requerido. Continuando o constitucionalista e citando Bedaque (*apud* Lenza, 2008, p. 636):

[...] o tempo constitui um dos grandes óbices à efetividade da tutela jurisdicional, em especial no processo de conhecimento, pois para o desenvolvimento da atividade cognitiva do julgador é necessária a prática de vários atos, de natureza ordinária e instrutória. Isso impede a imediata concessão do provimento requerido, o que pode gerar risco de inutilidade ou ineficácia, visto que muitas vezes a satisfação necessita ser imediata, sob pena de perecimento mesmo do direito reclamado.

3. A REALIDADE PROCESSUAL EM NÚMEROS

Segundo o sistema de coleta de dados, Justiça em Números, do *site* do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, durante o ano de 2008 tramitaram na Justiça Federal 5,5 milhões de processos dos quais, nos Tribunais Regionais Federais (2º Grau), foram quase 1,2 milhão de processos; no 1º grau, 2,1 milhões de processos, e, nos Juizados Especiais, quase 2,2 milhões de processos. Na Justiça do Trabalho tramitaram durante 2008, 6,882 milhões de processos, sendo 882 mil nos Tribunais Regionais do Trabalho (2º grau) e 6 milhões no primeiro grau. Na Justiça Estadual tramitaram mais de 56,641 milhões de processos no ano de 2008, sendo 3 milhões de processos no 2º grau, mais de 45 milhões de processos no 1º grau, 441 mil nas Turmas Recursais, e 8,2 milhões nos Juizados Especiais. Em suma, mais de 70 milhões de processos passaram pelas mãos dos 15 mil magistrados federais, estaduais e do trabalho em 2008. Somente 25 milhões foram julgados em tal ano. A carga de trabalho média por juiz, chega a 9 mil processos na Justiça estadual.

Em fevereiro de 2009, o *site* g1 da globo.com divulgou dados do CNJ nos quais demonstrava que mais de 12 milhões de novos processos, somente nos Tribunais de todo o país, tinham ingressado na justiça no ano de 2008, sendo os Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, onde mais se iniciaram processos. A pesquisa feita pelo CNJ também revelou que os processos são mais lentos em Pernambuco, se agravando essa situação, ainda mais, na Bahia, Estado no qual 134 mil processos de primeira instância estavam parados há mais de cem dias em dezembro de 2008.

Atualmente, o CNJ aponta que existem no Brasil cerca de 40 milhões de processos somente em fase de execução, correspondendo esse número à metade das ações judiciais em tramitação no país. Em abril deste ano, foi divulgado que, pela primeira vez em dez anos, foram registrados menos de 100 mil processos em andamento no STF. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo divulgou no dia 18/08/10 que a primeira instância registrou, em julho deste ano, 281.441 sentenças proferidas, além de 91.558 audiências realizadas, mas que, mesmo assim, os processos em andamento somam, atualmente, 18.321.576.

Recentemente, no dia 14 de setembro de 2010, na sexta edição da pesquisa Justiça em Números, o CNJ divulgou que o Brasil tem hoje 86,6 milhões de processos judiciais em tramitação. Do total, 25,5 milhões chegaram à Justiça no ano passado. A Justiça Estadual é a mais demandada, com 18,7 milhões de casos novos só em 2009, o que corresponde a 74% (setenta e quatro por cento) dos novos processos que foram ajuizados no país. As Justiças Federal e do Trabalho receberam 3,4 milhões de novas ações.

A pesquisa também revelou que a Justiça do Trabalho é o ramo do Poder Judiciário que atende mais rapidamente à população, pois segundo o levantamento, de cada 100 processos em tramitação no ano passado, 51 foram solucionados. Enquanto a taxa de congestionamento da Justiça Estadual, por exemplo, foi de 73% (setenta e três por cento), a maior do país, o percentual da justiça trabalhista foi de 49% (quarenta e nove por cento), significando que mais da metade dos processos trabalhistas são resolvidos no mesmo ano em que ajuizados.

Em 14 de Abril de 2010, o *site* do CNJ divulgou que, segundo o secretário-geral do CNJ, Rubens Curado,

hoje a metade do problema de morosidade na Justiça brasileira acontece em razão das execuções, que muitas vezes ficam engavetadas ou sem possibilidade de andamento, por dificuldade de localização do réu, de bens ou por problemas operacionais do Judiciário que são passíveis de melhorias.

O próprio STF reconhece a dificuldade de tornar efetiva a garantia constitucional ao processo célere e entende, conforme jurisprudência assentada naquela Corte, que a aferição do excesso de prazo na tramitação de determinados processos deve ser feita em cada caso concreto, atentando sempre para as peculiaridades de cada um, conforme julgado transcrito a seguir:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. INSTRUÇÃO CRIMINAL INCONCLUSA. AUDIÇÃO DAS TESTEMUNHAS DA DEFESA. CARTA PRECATÓRIA NÃO-CUMPRIDA. INÉRCIA DO PODER JUDICIÁRIO. ALONGAMENTO PARA O QUAL NÃO CONTRIBUIU A DEFESA. A GRAVIDADE DA IMPUTAÇÃO NÃO OBSTA O DIREITO SUBJETIVO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. 1. O Supremo Tribunal Federal entende que a aferição de eventual excesso de prazo é de se dar em cada caso concreto, atento o julgador às peculiaridades do processo em que estiver oficiando. 2. No caso, a prisão preventiva do paciente foi decretada há mais de oito anos, sendo que nem sequer foram ouvidas as testemunhas arroladas pela defesa. Embora a defesa haja insistido na oitiva de testemunhas que residem em comarca diversa do Juízo da causa, nada justifica a falta de realização do ato por mais de cinco anos. A evidenciar que a demora

na conclusão da instrução criminal não decorre de "manobras protelatórias defensivas". 3. A gravidade da imputação não é obstáculo ao direito subjetivo à razoável duração do processo (inciso LXXVIII do art. 5º da CF). 4. Ordem concedida (STF. HC 93786 / ES. DJU. 17.06.08). (grifo nosso).

4. TENTATIVAS DE MELHORIA DA MOROSIDADE PROCESSUAL

É sabido que a grande carga de processos postos à análise dos magistrados sempre será considerado um dos parâmetros a ser levado em consideração na apreciação da razoabilidade na duração dos processos. O STF reconhece a impossibilidade de realização da garantia constitucional ao julgamento célere, e entende que se a demora no exercício da judicatura for por excesso de trabalho, por grande volume de processos posto a análise do Judiciário, esse será um aspecto que releva esta razoabilidade no sentido de "aturar" um tempo maior a prestação jurisdicional, conforme se depreende do julgado a seguir:

*EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. JULGAMENTO CÉLERE [CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, ART. 5º, INC. LXXVIII]. MORA DO STJ EM JULGAR HC. QUANTIDADE EXCESSIVA DE PROCESSOS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES. REALIDADE PÚBLICA E NOTÓRIA. RECOMENDAÇÃO DE URGÊNCIA NO JULGAMENTO. 1. **A Constituição do Brasil determina que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação"** [Constituição do Brasil, art. 5º, inc. LXXVIII]. 2. **A realidade pública e notória enfrentada pelo STJ e por esta Corte, marcada pela excessiva carga de processos, inviabiliza a plena realização da garantia constitucional do julgamento célere.** Ordem denegada, mas com a recomendação, e não com a determinação, de que o Superior Tribunal de Justiça dê preferência ao julgamento reclamado (STF. HC 98049 / MS. DJU. 12.05.09). (grifo nosso).*

A garantia prevista no inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88 veio exatamente impor limites a essa larga razoabilidade no sentido de que se a morosidade decorrer na demora do magistrado, por desídia dele próprio, o Tribunal a que ele está subordinado, deve tomar as providências para o cumprimento dessa garantia e estabelecer a punição administrativa do próprio magistrado como, por exemplo, a não promoção deste, como expresso no art. 93, II, "e" da CF/88, também inserido pela EC n. 45/2004: *"não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão"*.

Visando diminuir a morosidade da justiça brasileira, alguns mecanismos de celeridade e desburocratização foram inseridos pela EC 45/04, dentre os quais podem ser

citados: a vedação de férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, a proporcionalidade do número de juizes à efetiva demanda judicial e à respectiva população, a instalação da justiça itinerante, as súmulas vinculantes do STF, a necessidade de demonstração de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso extraordinário, dentre outras (MORAES, 2005).

A Carta Magna, ao ser emendada no ano de 2004, acrescentou, no rol de seus direitos fundamentais, a garantia de que todos teriam o direito a uma justiça célere, porém sempre justa, com todos os direitos e garantias que são inerentes ao devido processo legal, sendo punidos por “assédio processual” e por litigância de má fé, todos aqueles que dificultam ou agem no intuito de prolongar a marcha processual de forma imotivada, pois cabe às partes e ao juiz, como representante do Estado, a constante diligência no impulso processual. O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que cabe ao Judiciário ser diligente, bem como devem as partes litigantes agir com o intuito de resolver a controvérsia, e não de atrasar a prestação jurisdicional.

A jurisprudência assentada do STF reforça a idéia de que as partes devem agir em conformidade com a lealdade processual e com constante diligência na realização dos atos, devendo ser punidos os que atuam no processo com abuso de direito. Nessa esteira:

O EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER E A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. - O ordenamento jurídico brasileiro repele práticas incompatíveis com o postulado ético-jurídico da lealdade processual. O processo não pode ser manipulado para viabilizar o abuso de direito, pois essa é uma idéia que se revela frontalmente contrária ao dever de probidade que se impõe à observância das partes. O litigante de má-fé - trate-se de parte pública ou de parte privada - deve ter a sua conduta sumariamente repelida pela atuação jurisdicional dos juízes e dos tribunais, que não podem tolerar o abuso processual como prática descaracterizadora da essência ética do processo (STF. AI 207808 AgR-ED-ED/DF. DJU. 08.06.01). (grifo nosso).

É necessária a constante diligência na prática dos atos processuais pelas partes interessadas na solução do litígio e também a observância dessa diligência por parte do juiz, pois a inércia das partes configura desinteresse na resolução do conflito e, em alguns casos, a própria litigância de má fé, não podendo ser admitida pelo Judiciário, pois há a necessidade de enxugar a máquina judiciária, objetivando a efetividade dos princípios da celeridade e duração razoável do processo. Nesse sentido, a decisão monocrática da desembargadora Cristina Tereza Gaulia, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, assim ementada:

Apelação cível. Sentença de extinção do processo sem análise do mérito com fulcro no art. 267, VI CPC. META 2 (Resolução nº 70/CNJ c/c Ato Normativo nº 18/2009 TJRJ. Poder Judiciário nacional que promove esforço conjunto para diminuir o acervo de processos paralisados, enxugando a máquina judiciária e propiciando uma prestação de serviço jurisdicional mais eficaz e célere à população. Exigência de postura pro-ativa por parte dos operadores do direito, não mais se admitindo que processos adormeçam nas estantes do Judiciário por ausência de iniciativa daqueles que provocam a prestação da jurisdição. Autos que restaram paralisados por cerca de 3 anos aguardando a Fazenda Nacional se manifestar em réplica. Frangente falta de interesse processual. Processos submetidos à META 2 que necessitam ter tratamento diferenciado afastando-se a necessidade de intimação pessoal para extinção por abandono quando evidente a inércia da parte em dar andamento ao feito. Filtragem constitucional à luz do princípio da razoável duração do processo (art. 5º LXXVIII CF) e da orientação do CNJ, formalizada na resolução 70 da lavra do Presidente do STF, órgão de cúpula do Judiciário pátrio, a quem cabe a aplicação e interpretação da Constituição. Extinção que se mantém. Recurso a que se nega seguimento, na forma do art. 557 CPC (TJ/RJ. Ap 0083583-70.2003.8.19.0001. DJU. 09.08.10). (grifo nosso).

Um anteprojeto de novo Código de Processo Civil foi elaborado por uma comissão de doze juristas especialistas que elaboraram mecanismos para reduzir o número de processos e implementar inovações para assegurar decisões mais ágeis. O referido anteprojeto, que está sendo trabalhado desde outubro de 2009, foi concluído e entregue no dia 08 de junho de 2010 ao senador José Sarney, para análise pelo Senado.

Em seu texto final, a proposta consta de 979 artigos, 250 a menos do que o atual Código, dividido em cinco livros, diminuindo o número de recursos e criando novos institutos que devem ser incorporados aos procedimentos processuais, reduzindo de 50% (cinquenta por cento) a 70% (setenta por cento) o tempo de tramitação de uma ação no Judiciário, segundo o presidente da comissão, Luiz Fux, Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Segundo a relatora do anteprojeto, Teresa Alvim Wambier, presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual, a racionalização do processo civil vai permitir que os juízes se concentrem menos nas questões formais e mais nos casos em si, pois o juiz como representante do Estado, tem o dever e função de decidir a lide, solucionar o litígio, e o que está ocorrendo, é que os juízes centram sua atenção muito mais nas questões formais do que no próprio mérito da causa, fazendo com que o processo se prolongue por mais tempo.

As mudanças apresentadas no anteprojeto, de acordo com Bruno Dantas, consultor geral legislativo do Senado, que também é membro da comissão, tornam o processo judicial mais racional e dentre as propostas estão a possibilidade da audiência de conciliação passar a ser o passo inicial do processo, a possibilidade de um advogado intimar o

advogado da outra parte pelo correio, e a parte interessada ficar responsável pela presença da testemunha na audiência, agilizando assim o andamento do processo.

Além dessas, a grande inovação do projeto é o chamado **incidente de resolução de demandas**, o qual visa diminuir o tempo de tramitação em até 70% (setenta por cento), pois seu objetivo é atingir os processos cujo tema se repete em milhares de ações pelo país, as chamadas demandas de massa. O incidente será julgado pelo Tribunal da região, ficando suspensos todos os processos em andamento na jurisdição do Tribunal, até que seja proferida a decisão, a qual vincula, ou seja, obriga todos os juízes de primeira instância do Tribunal, à seguir sua decisão. É necessário que haja um número significativo de ações, sobre o tema, tramitando na jurisdição do tribunal, e poderá ser pedido tanto pelo juiz do caso, quanto pela Defensoria Pública, pelo Ministério Público ou pelas partes.

Nesse mesmo sentido de tornar mais efetiva a prestação jurisdicional e reduzir o tempo de sua realização é que, o Pleno do Tribunal de Justiça da Paraíba, em sessão histórica daquela corte, em revista informativa divulgada em setembro de 2010, concluiu a votação do anteprojeto da nova Lei de Organização Judiciária do Estado (Loje) no dia 23 de agosto de 2010, a qual procurando efetivar a garantia constitucional à um processo justo e com duração razoável, apresenta algumas mudanças estruturais para atingir esse fim.

A nova Loje segundo o presidente do Tribunal de Justiça da Paraíba, desembargador Luiz Silvio Ramalho Júnior, "... será modelo para o país, não somente pela reforma democrática como foi elaborada, mas sobretudo, pela adequada aplicação dos princípios da técnica legislativa e o avanço do seu conteúdo institucional".

Dentre as mudanças apresentadas no projeto estão: a ampliação do número de varas e Juizados Especiais, como a criação da Vara de Execução de Penas Alternativas (Vepa), do Juizado da Violência Doméstica contra a Mulher e os Juizados da Fazenda Pública; aumento do número de juízes e assessores; transformação dos Juizados Substitutos em Juizados Auxiliares; instalação da Ouvidoria da Justiça e das Seções Especializadas, dentre outras mudanças apontadas para estabelecer uma melhor prestação jurisdicional.

Apesar do extraordinário número de processos que está tramitando na Justiça brasileira, órgãos do Poder Judiciário vêm divulgando melhorias e têm procurado adotar medidas que reduzam essa morosidade, como as acima apontadas, tornando efetivos os princípios constitucionalmente previstos da duração razoável do processo e celeridade processual. Nesse sentido, o 3º Encontro Nacional do Judiciário, realizado em 26 de fevereiro, em São Paulo/SP, reuniu os 91 tribunais brasileiros os quais, em conjunto, traçaram as 10 metas prioritárias que o Judiciário deve atingir no ano de 2010. Dentre essas metas cabe destacar as seguintes: proporcionar maior agilidade e eficiência à tramitação

dos processos, melhorar a qualidade do serviço jurisdicional prestado e ampliar o acesso do cidadão brasileiro à justiça.

Segundo o CNJ a nova Meta 2 está mais abrangente do que a estabelecida no ano passado, pois prevê o julgamento este ano, de todos os processos de conhecimento distribuídos (em 1º grau, 2º grau e tribunais superiores) até 31 de dezembro de 2006 e dos processos trabalhistas, eleitorais, militares e da competência do tribunal do Júri, até 31 de dezembro de 2007. As Metas 1 e 3 também buscam reduzir o estoque de processos, dando mais agilidade e eficiência à prestação jurisdicional. A Meta 1 consiste em julgar em 2010 quantidade igual à de processos de conhecimento distribuídos este ano mais uma parcela do estoque acumulado. A Meta 3, por sua vez, visa reduzir a pelo menos 10% o acervo de processos na fase de cumprimento ou de execução e, a 20%, o acervo de execuções fiscais.

5. O SONHADO EQUILÍBRIO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

O propósito maior do Judiciário, como teoria, é cumprir com sua função judicante sempre e com base nas regras e princípios constitucionais, respeitando o devido processo legal o qual, segundo Mouzalas (2009), busca encontrar um ambiente propício à adequada e efetiva reparação do direito lesado ou à garantia ao direito ameaçado, determinando que todo o processo seja justo, públicos os seus atos e com atuação imparcial daquele que representa o Estado na função judicante, onde esta prestação deve ser garantida à todos que busquem sua atuação, de forma célere e com duração admissível, satisfazendo e reparando os interesses perseguidos.

A prestação jurisdicional brasileira, função e obrigação do Poder Judiciário, se revela, como já visto, lenta e repleta de mecanismos formais de burocratização que reduzem cada vez mais a celeridade na tramitação dos processos aumentando a taxa de congestionamento processual encontrada na Justiça brasileira. O processo, como instrumento da realização prática dessa prestação, por si só, já traduz a idéia de mecanismo duradouro que se prolongará por muito tempo até que se tenha uma solução.

Os princípios da celeridade processual e duração razoável do processo foram inseridos na Constituição brasileira exatamente com o intuito de buscar atingir o equilíbrio processo *versus* tempo, garantindo aos cidadãos a certeza de uma efetiva atuação judicante uma vez que estes princípios defendem uma prestação jurisdicional não apenas rápida, célere, mas norteada pela justiça e garantias do *due process of law*.

Contudo, para Silva (2008) não é uma declaração formal sobre direitos e garantias individuais, que vai tornar efetiva a sua aplicação e o seu cumprimento, pois isso não ocorre

num passe de mágica. Além da positivação de tais regras, é necessário para uma prestação jurisdicional rápida, efetiva e legal, a busca e a organização dos meios que garantam uma maior celeridade da tramitação dos processos, prevendo-se que o Congresso Nacional promova alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional.

É preciso, porém, segundo Didier (2009), fazer uma reflexão como contraponto, para evitar discursos autoritários que pregam a celeridade como valor insuperável, pois a partir do momento que se tem uma garantia a um processo justo, adquire-se o direito de que a solução do conflito deve cumprir e seguir regras e atos obrigatórios que compõem o devido processo legal. Sendo assim, garantias como o contraditório, o direito à produção de provas e aos recursos, atravancam e retardam a celeridade, mas não podem ser reduzidos ou descumpridos, pois como lembra o citado autor, os processos da Inquisição eram rápidos, céleres, sem garantias que retardassem o pronunciamento final, mas parece que não se tem saudade deles.

6. Considerações Finais

De acordo com tudo que foi visto na pesquisa, pode-se afirmar que, o que se espera do Judiciário brasileiro, embora crescente o número de processos que estão tramitando e que se iniciam todos os dias nos juízos de primeiro grau e Tribunais, é que ocorra o resgate da confiança dos seus jurisdicionados através da atuação e resolução célere dos litígios a ele trazidos, atuando sempre com imparcialidade, justiça, competência e respeito não só às normas como também aos princípios constitucionalmente previstos.

Espera-se ainda que, cumprindo com o devido processo legal que rege toda a atividade processual, possa ele alcançar o sonhado equilíbrio, ainda distante, entre o objetivo de sua atuação, que é restabelecer a pacificação social de forma célere e justa, e a esperança dos cidadãos em ver seu direito tutelado o mais breve possível.

REFERÊNCIAS

CNJ. *Conselho Nacional de Justiça - Justiça em Números*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 18 ago. 2010.

CNJ. *Conselho Nacional de Justiça – metas prioritárias 2010*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10350&Itemid=1125>. Acesso em: 20 ago. 2010.

DHNET. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oeasjose.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

DHNET. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/mexico/const1917.htm>>. Acesso em: 18 ago. 2010.

DIDIER, Fredie Jr. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1. 11. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

GRINOVER, Ada. Pellegrini. *A necessária reforma infraconstitucional*. São Paulo: Método, 2005.

G1. *Cresce número de processos na justiça*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,MUL991375-5598,00-CRESCE+NUMERO+DE+PROCESSOS+NA+JUSTICA.html>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

JUS BRASIL. *Notícias*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2223724/juristas-entregam-proposta-que-deve-reduzir-em-ate-70-duracao-de-processos>>. Acesso em: 18 ago. 2010.

JUS BRASIL. *Notícias*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2226717/projeto-de-codigo-processual-chega-ao-senado>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOUZALAS, Rinaldo de Souza e Silva. *Processo Civil*. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 19 ago. 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

STF. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil e processo de conhecimento*. Vol. 1. 50. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

TJPB e ESMA. *Informativo*. Ano. I. nº. 4. Setembro, 2010.

TJRJ. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 22 ago. 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantia do processo sem dilações indevidas. Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

FUNCIONALISMO, SISTEMAS E JOGOS: UMA ANÁLISE INTEGRADA DOS GRUPOS DE PRESSÃO E DO PROCESSO POLÍTICO

FUNCTIONALISM, SYSTEMS AND GAME: AN INTEGRATED ANALYSIS OF PRESSURE GROUPS AND THE POLITICAL PROCESS

MANOEL ALEXANDRE C. BELO⁴⁹

E-mail:

RESUMO

Este estudo versa, inicialmente, sobre a evolução das teses funcionalistas no campo da ciência política, procurando demonstrar a importância do método para a análise moderna, bem como o teor das críticas de que foi alvo no decorrer de seu desenvolvimento. Em seguida, discorre sobre sua aplicação à Teoria dos Grupos e de suas relações com o sistema político, a fim de conceber um quadro geral da problemática no contexto dos estudos políticos contemporâneos. Por último, estabelece relações pontuais com as teses sistêmicas de Niklas Luhmann e a Teoria dos Jogos.

PALAVRAS-CHAVE: Funcionalismo; Sistema de Jogos; Processo político.

ABSTRACT

At first, this study deals with the evolution of the functionalist thesis on the field of Political Science, and it aims to demonstrate the importance of the method for the modern analysis, as well as the content of the critiques it got throughout its development. Afterwards, it runs upon the application of that thesis to the group theory and its relation to the political system, in order to provide an overview of this subject in the context of contemporary political studies. Finally, it establishes particular relations between Niklas Luhmann's Systems Theory and Game Theory.

KEYWORDS: Functionalism; Game System; Political process.

⁴⁹ Mestre e Doutor de Estado em Ciência Política. Mestre em Direito. Professor Titular da Universidade Potiguar (UnP). Professor Colaborador do Centro de Estudos Superiores de Maceió/AL (CESMAC), das Escolas da Magistratura (ESMA/PB), da Magistratura Trabalhista (ESMAT/PB) e do Ministério Público (FESMIP/PB). Professor aposentado da UFPB.

1. FUNCIONALISMO E SISTEMA POLÍTICO

A partir dos anos sessenta, a análise política foi objeto de uma transformação substancial. Através da assimilação dos métodos e teorias desenvolvidos no âmbito de algumas ciências, como a antropologia e a sociologia, gerou-se um esforço na ciência política em favor da introdução de novas abordagens, com o objetivo de dominar a complexidade dos fenômenos políticos. Tal esforço foi motivado por quatro grandes preocupações dos cientistas políticos: (1) a busca de perspectivas mais amplas; (2) a busca do realismo; (3) a busca da precisão, e (4) a busca de ordem na ciência política.

Independentemente do conteúdo que se possa atribuir a cada uma das abordagens desenvolvidas, é possível sublinhar duas ideias implícitas em todas elas: por um lado, se começou a dar ênfase à ação política, ao poder, às tarefas concretas ou aos objetivos que o poder realiza (ou se propõe a realizar), e se presta atenção preferentemente à realidade que envolve, apoia ou condiciona essa ação política ou esse poder; por outro, acentuou-se o propósito de se obter um conhecimento embasado na experiência e na observação de fatos e processos que acontecem com certa regularidade e que podem ser enquadrados em variáveis e modelos, com os quais se erige uma teoria. Novos métodos – sociológicos, antropológicos ou estritamente “políticos” – passam a substituir o tradicional método jurídico de análise das instituições formais.

Como um dos muitos passos dessa mudança e do nascimento de uma “nova” ciência política, registre-se o surgimento de uma análise sistêmica dos fatos políticos, que não se interessa apenas em estudar a hierarquia ou a fundamentação do poder, mas igualmente compreender, a partir de observações empíricas, o “sistema” constituído pelas ações e interações dos agentes políticos. O termo **sistema político** tornou-se progressivamente mais comum no campo da análise comparativa. O uso desse termo – ao invés de outros como Nação e Estado – passou a refletir uma nova maneira de se encarar os acontecimentos processados na esfera da Política.

A aplicação da **Teoria dos Sistemas** afetou consideravelmente os estudos políticos. As questões filosóficas e os pensamentos habilidosos acerca de liberdade e democracia, por exemplo, deixaram de ser atraentes, visto que não definiam com precisão a realidade política. Portanto, a busca científica de informações acentuou-se. Busca que não se limitava apenas às instituições formais, mas que envolvia o estudo de organizações informais e de toda e qualquer estrutura capaz de influenciar o sistema político. Tornou-se evidente que um número relativamente alto de dados era extremamente relevante para a análise política, motivo pelo qual se fez necessário encontrar os meios analíticos hábeis a organizar coerentemente todos esses dados. Um desses meios foi a compreensão **funcionalista** dos sistemas políticos.

O **funcionalismo** contribuiu bastante para os estudos políticos. Forneceu instrumentos para a análise de várias atividades políticas informais e não-institucionais, além de se preocupar preferentemente com os **fatos**, e não muito com os motivos e julgamentos éticos. À medida que as questões políticas se multiplicavam, em razão mesmo da complexidade do Estado moderno e das novas relações internacionais, os problemas de estudo comparativo cresceram em importância: o funcionalismo, e sua preocupação inerente com os sistemas conceituais, fornecia uma base de comparação para os sistemas reais. Era preciso assumir uma atitude mais realista e científica quanto aos problemas do desenvolvimento: o funcionalismo oferecia uma alternativa para realizar essa urgente tarefa. Era, enfim, atraente, por ser não-institucional, por ser científico, e por se dedicar ao estudo comparativo dos problemas.

Há várias características da análise funcional que a tornam útil ao estudo comparado: ela não só apresenta um conjunto bem padronizado de conceitos e categorias que têm a vantagem de serem logicamente inclusivos, como também se situa em um nível que facilita a reunião de visões amplas e comparáveis de sistemas políticos inteiros, característica altamente desejável na atualidade, uma vez que a ciência política ainda não está bem preparada para trabalhos comparativos pormenorizados em muitas indagações secundárias e subsidiárias. Além disso, a abordagem é deliberadamente formulada em tal nível de abstração, que evita os perigos de se ligar a qualquer tipo de sistema político ou a qualquer variedade específica de contexto social ou cultural. Esse procedimento, às vezes, traz consigo o risco da perda de substância, devido a seus altos níveis de abstração; mas a importância de se evitar os preconceitos, em relação a certos tipos de sistemas, é crucial na análise comparada.

De um modo geral, a teoria funcionalista talvez seja mais eficaz para os problemas de macroanálise do que para os de microanálise. Por sua própria natureza, esse corpo teórico proporciona uma excelente estrutura de classificação e análise de conjuntos de dados bastante amplos. Na observação dos fenômenos políticos, o fato de os sistemas serem tidos como as unidades básicas de estudo tende a fazer que a atenção se concentre nos aspectos políticos globais, quer existam eles em plano local, regional, nacional ou internacional.

Por tais razões, a influência do funcionalismo na ciência política tem crescido consideravelmente e parece querer crescer ainda mais. Contudo, não se deve inferir disto que todos os cientistas políticos aceitem sua validade ou relevância. Pelo contrário, muitas críticas significativas têm surgido na literatura a respeito das concepções funcionalistas. Alguns acham que a abordagem não constitui a teoria geral ou unificada da política preconizada por ardorosos defensores. Para outros, a análise funcionalista alimenta um

preconceito favorável ao *status quo*, em virtude da ênfase dada à manutenção ou persistência dos sistemas, havendo ainda outras críticas menores.

De fato, certos analistas exageram ao afirmar que seu esquema de referências pode abranger a totalidade da ciência política, ordenar todos os dados políticos e apresentar uma teoria geral da atividade política. Na verdade, a teoria não se transformou – ao menos por enquanto – em um macromodelo do processo de decisão, de modo que pudesse comportar todos os fatores objetivos e subjetivos que compõem a atividade política das sociedades modernas. Do mesmo modo, se revela deficiente para orientar o estudo desse processo de decisão rumo a uma teoria explícita das trocas de influência que se produzem entre governantes e governados no seio dos sistemas políticos.

Por outra parte, a acusação de que as teses funcionalistas são favoráveis à manutenção do *status quo* carece de fundamento. A ideia, aqui, é de que o método defende a ordem existente, pretendendo demonstrar a funcionalidade dos padrões estabelecidos. É fato que a abordagem dá relativamente pouca ênfase a aspectos que se referem a mudanças revolucionárias; ao contrário, a ênfase incide sobre processos funcionais e mutáveis de evolução. Há, porém, elementos que devem ser trazidos à luz em resposta a tais críticas. Em primeiro lugar, a análise funcionalista não pretende justificar as condições do *status quo* em qualquer sentido normativo. É apenas um esquema de organização, conceituação, codificação e manipulação de dados. Em segundo lugar, o destaque dado aos processos dinâmicos (tal qual a *reorientação intencional de objetivos*, por exemplo), depõe contra a acusação de que a análise funcional se inclina favoravelmente ao *status quo*.

Finalmente, existem problemas de menor importância que podem ser agrupados sob o título de críticas processuais. Com efeito, ocasionalmente a abordagem é vítima dos dogmas do racionalismo e da tendência a introduzir a pureza lógica de maneira forçada na ciência política. Mais ainda, o dedutivismo característico da teoria conduz, por vezes, a fórmulas que seriam muito difíceis de operacionalizar na prática.

No entanto, não se pode negar o valor da contribuição funcionalista. Para cada um dos aspectos da Política, a abordagem contribuiu com algo de especial e de coerente, embora ainda esteja longe de substituir inteiramente os esforços tradicionais. Com suas generalizações acerca da natureza do sistema político, o funcionalismo avançou muito no campo dos estudos comparados. Tem defeitos, mas eles são menores que os de qualquer outro esquema alternativo.

Os modelos funcionais são, via de regra, o resultado de uma extensa meditação sobre as dificuldades da pesquisa e da explicação no contexto da política comparada. Esses modelos pretendem organizar a quantidade máxima de dados políticos, unificar, sem declarações ideológicas, vários enfoques do comportamento político, refletir sobre importantes relacionamentos no interior desse mesmo comportamento (como um todo),

quando ele ocorre no âmbito de um sistema dado, e tentar esclarecê-los. Dependendo do tipo de esquema que utiliza, podem não apresentar qualquer lei científica. Mas podem ser potencialmente de alta produtividade, em termos de linhas de análise: fornecem linhas gerais para a investigação - e também explicações – no sentido de indicarem um conjunto de consequências possíveis de algum fenômeno político. Podem não indicar todas as rotas possíveis para a investigação, nem explicar todas as consequências possíveis de determinada ocorrência, mas já avançam decididamente em direção a esses fins, o que, por si só, é uma justificativa suficiente dos esforços funcionalistas.

A importância da abordagem funcionalista não está apenas em sua metodologia, mas também no reatamento do problema entre Sociedade e Estado e na análise das relações entre sociedade e organização política, enquanto funções de um sistema dinâmico. O que a abordagem denomina de *input* (entradas, insumos ou indutos), *output* (saídas, consumos e produtos) e *feedback* (repercussão ou retroalimentação) de um sistema político, não é senão o conjunto de demandas ou reivindicações da sociedade (inputs), das decisões políticas (*outputs*) e dos resultados e repercussões destas decisões (*feedback*).

O sistema político diverge, por outro lado, dos demais sistemas (econômico, social, cultural etc.), embora, como é natural, exista um intercâmbio através desses limites. As funções, por sua vez, na proporção em que são constantes, definem a identidade do sistema e a funcionalidade ou disfuncionalidade dos fatos; isto é, sua adequação ou não à sua função própria, salientando os fatores de estabilidade e mudança social. Uma visão precisa das teses funcionalistas pode ser engendrada através da análise da **teoria dos grupos** na esfera do processo político, o que será feito em seguida.

2. OS GRUPAMENTOS E O SISTEMA POLÍTICO

O panorama político das sociedades modernas pode ser visto como uma interação de extrema complexidade envolvendo diferentes grupos em luta pela prevalência de seus interesses nas decisões governamentais. A dinâmica desses grupos, o seu processo de formação, os seus propósitos básicos e as suas atitudes e comportamentos, têm sido motivos constantes de estudo por cientistas políticos interessados, de modo especial, na análise dos conflitos e interesses grupais.

Na ciência política, o desenvolvimento sistemático da teoria dos grupos data da publicação, em 1908, do **The Process of Government**, de Arthur Bentley. A publicação da obra, porém, foi seguida por um longo período de comedimento, durante o qual os analistas políticos pouco se interessaram pelas possibilidades de utilizar a teoria dos grupos em base sistemática. A situação começou a mudar em 1940, quando muitos cientistas importantes

(Herring, Truman etc.) começaram a lançar mão das concepções básicas de Bentley e a explorar as potencialidades de uma **teoria dos grupos políticos**.

Como muitas outras abordagens, a versão da teoria dos grupos que apareceu na ciência política surgiu enquanto reação a certas práticas comuns nesse campo. Mais precisamente, a tônica na dinâmica e nos processos, essenciais à compreensão da teoria, é fundamentalmente uma crítica ao formalismo e à qualidade estática da abordagem jurídico-constitucional que prevalecia anteriormente. Além disso, a insistência frequente dos pesquisadores a respeito da posição central dos grupos no interior dos sistemas políticos, foi uma reação não só ao individualismo atomístico dos liberais clássicos, como também a uma espécie de psicologismo simplista que se propunha a tratar os fatos políticos – em termos de idéias e ideais humanos – sem uma teoria adequada do comportamento político.

Os trabalhos que seguem a teoria de Bentley procuram demonstrar que o significado e a estrutura total de um sistema societário podem ser entendidos como uma espécie de mosaico de grupos em constante interação uns com os outros. O motor que impulsiona a sociedade é o processo de luta entre os grupos, através do qual todos os diferentes grupamentos procuram realizar, ou maximizar, seus interesses. O resultado é uma espécie de caldeirão fervente de atividades, caracterizado por um equilíbrio instável de influências envolvendo uma grande variedade de grupos.

Alguns aspectos dessa concepção de sociedade requerem uma explicação. Primeiro, embora o motor da sociedade seja a pressão e a resistência entre os grupos, a condição da sociedade, em qualquer época, é constituída pelo equilíbrio das pressões grupais. Segundo, ainda que o grupo individual seja a unidade fundamental de análise nessa abordagem, os grupamentos só atingem seu significado pleno em uma relação mútua. Uma organização de trabalhadores, por exemplo, só pode ser entendida completamente em termos de suas relações com outras organizações. Terceiro, essa concepção da sociedade é em geral completada pormenorizadamente com conceituações, tanto verticais quanto horizontais, dos grupos e de suas relações. É preciso considerar não só uma grande variedade de diferentes tipos de grupos que coexistem no mesmo plano, como também os fenômenos dos padrões estabelecidos de grupos, alguns dos quais “representam” ou “refletem” interesses alheios aos do grupo. Quarto, toda essa concepção de sociedade está apoiada no significado crítico dos processos, e não das estruturas específicas ou do conteúdo essencial (valores). A **dinâmica** do processo de interação, pois, é que fornece os elementos fundamentais.

Ao mesmo tempo, a lógica básica da teoria exige uma visão mais apurada da natureza do governo. Assim como a sociedade é constituída de grupos em interação, também o governo se constitui, na verdade, de muitos grupos. Além de funcionar como um regulador da luta geral dos grupamentos, o governo tende a englobar uma multiplicidade de grupos que comumente estão, eles próprios, em conflitos uns com os outros. Por essa

razão, o governo é: (a) um microcosmo de processos sociais mais amplos; (b) freqüentemente uma fonte de interesses e reivindicações que se tornam ingredientes dos processos políticos totais de uma sociedade, e (c) uma massa multifacetada de atividades que apresenta uma gama variada de meios de acesso aos grupos externos.

Os problemas de mudança constituem igualmente uma preocupação muito importante no quadro da teoria dos grupos. Uma vez que todos os fenômenos sociais (em sentido amplo) são conceituados em termos de massa de atividades e processos dinâmicos, a mudança é um fator basilar e profundo da existência social. Os processos de interação grupal, que estruturam a sociedade, acarretam um equilíbrio constantemente instável de relações grupais, ao lado de uma perene interconexão de ações conscientemente orientadas no sentido de provocar mudanças na distribuição de valores dessa mesma sociedade. A mudança, portanto, é um vetor primordial no enfoque da teoria dos grupos.

A abordagem funcionalista, associada à teoria dos sistemas, deu ainda maior coloração à teoria dos grupos. A ideia de sistema – ou mesmo de interdependência – abriu novas perspectivas para o estudo das ciências sociais, facilitando não apenas o interrelacionamento, mas, inclusive, o destaque dos fatos políticos dos demais fatos sociais. Termos emprestados do direito público foram substituídos por conceitos mais abrangentes, baseados na teoria dos sistemas. Tais expressões, a par de oferecerem maior autonomia e independência à ciência política, facilitaram a operacionalização de conceitos antigos e o estudo de diversos fenômenos observáveis nas nações em desenvolvimento (sistemas emergentes ou transicionais). O estudo da política de grupos pode ser citado como uma das áreas da ciência política onde os métodos de análise sofreram uma alteração substancial. Os grupamentos, independentemente da estrutura e dos critérios de organização, passaram a ser vistos como “instrumentos”, por meio dos quais demandas do ambiente são levadas ao centro do sistema, provocando, em consequência, decisões políticas. Assim, a política de grupos reflete o desempenho das funções de *input* na definição do sistema político.

Com efeito, o estudo dos grupos e de suas relações com a opinião pública e o governo tem sido apontado como o meio mais valioso para a compreensão e diferenciação dos sistemas políticos. Autores expressivos, a exemplo de Chinoy⁵⁰, Burdeau⁵¹ e C. Wright

⁵⁰ “...quando terminam as eleições e se dissipam o calor e a fumaça das batalhas políticas, os candidatos bafejados com o apoio do eleitorado assumem o controle da maquinaria do governo. Na medida em que os detentores de cargos eletivos representam grupos populares, pode-se dizer que esses grupos detêm, então, o poder. Por conseguinte, as eleições numa sociedade democrática não indicam apenas o indivíduo ou o partido que passará a governar, mas também os interesses, perspectivas e valores que dominarão a política adotada pelo governo”. (*in Sociedade: uma introdução à sociologia*, 1969:468).

⁵¹ “Aujourd’hui ils sont le Pouvoir lui-même. Ce sont eux qui, lorsqu’une question intéresse leurs membres, prennent effectivement la décision que les mécanismes officiels marquent seulement de l’empreint formelle de la procédure légale. Sans doute le nombre demeure considerable des organismes qui n’ont d’autre but que d’obtenir des gouvernants certains avantages matériels. Mais il

Mills⁵², situam os grupamentos no núcleo da política, vendo em sua ação a verdadeira fonte do poder.

3. A ABORDAGEM SISTÊMICA EM NIKLAS LUHMANN

Mais recentemente, o sociólogo alemão Niklas Luhmann estabeleceu outras variantes à abordagem sistêmica. Sua concepção, voltada especialmente para o campo da sociologia do direito, descreve a ciência jurídica com originalidade. A partir da classificação do indivíduo como ente social, vê como inconcebível sua evolução à margem de um contexto social. Assim, nesse ambiente gregário surgem concepções próprias e vontades antagônicas, tornando os conflitos inevitáveis.

O Direito, portanto, precisa compor tais conflitos quando são transformados em litígios ao serem encaminhados ao Poder Judiciário através da instauração de um processo judicial, cujo resultado é justamente a resolução da contenda, por meio de uma decisão judicial. Ao julgador caberá apreciar e valorar as provas produzidas nos autos, analisando cada uma delas, para ao final poder valer-se de um juízo valorativo e fundamentar a sua decisão.

Para Luhmann, o sistema jurídico é um subsistema do sistema social geral (a *sociedade*) e, quando se refere à sociedade, reporta-se igualmente ao ambiente social como a si mesmo. Os subsistemas sociais (direito, política e economia, por exemplo) desempenham funções específicas. Dão sentido e semânticas particulares à estrutura social. Permitem analisar as estruturas como funções e demonstrar as relações recíprocas. Os subsistemas têm, pois, as suas próprias comunicações: dessa forma, um contrato, no âmbito do subsistema econômico, realiza diferenciações apoiadas nos preços; por outro norte, na esfera do subsistema jurídico, ver-se-á se o previsto é válido ou não-válido. Neste último, a comunicação é jurídica, e naquele a comunicação é econômica. O que remete à noção de sistema *autopoietico*, o qual é tido como uma rede de produção de componentes e estruturas. Cada um opera de forma autorreferencial, implicando em auto-organização e retroalimentação constantes.

Não se deve entender, porém, que esse *fechamento* operativo dos subsistemas significa *isolamento*. Pelo contrário, eles estão interligados pelos chamados *acoplamentos*

en d'autres qui n'exploitent pas le Pouvoir, mais qui l'exercent." (*in Droit constitutionnel et institutions politiques*, 1957:141/142). Em tradução livre: "Hoje eles constituem o poder por si mesmos. São eles que, quando uma questão interessa a seus membros, tomam efetivamente a decisão que os mecanismos oficiais apenas formalizam legalmente. Sem dúvida, há um número considerável de entidades que não possuem outro objetivo senão obter dos governantes certas vantagens materiais. Porém há outros que não apenas exploram o poder, mas que o exercem efetivamente."

⁵² "A elite do poder é composta de homens cuja posição lhes permite transcender o ambiente comum dos

estruturais. Por eles, encontra-se comunicação entre todos os subsistemas, produzindo coordenações pragmáticas dentro do sistema geral. Lima (2009:30-31), ao referir-se à temática, afirma que

A Carta Magna é o exemplo clássico de acoplamento estrutural. Ela promove (...) a ligação entre o sistema jurídico e o político. Também funciona como fator de exclusão e inclusão. Acaba por incluir novos valores e excluir outros anteriormente impostos; por outro lado, é tida como mecanismo de irritação do sistema por trazer nova comunicação. Da mesma forma, a propriedade é um acoplamento estrutural (...) do sistema parcial do Direito com a Economia (ou vice-versa)...

A Constituição Federal, o acoplamento estrutural (strukturelle Kopplung) entre os sistemas jurídico e político, age como mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre os mencionados sistemas sociais. Possibilita, pois, a constante troca de influências recíprocas entre os subsistemas, filtrando-as. Ao mesmo tempo em que inclui, exclui. Por assim dizer, promove uma solução jurídica à autorreferência do sistema político, ao mesmo tempo em que se fornece resposta política à autorreferência do sistema jurídico.

A comunicação surge, portanto, como a operadora central dos sistemas sociais na teoria sistêmica de Niklas Luhmann, constituindo sua *autopoiesis*. Em outros termos, quem determina qual é a operação determinante dos sistemas parciais é a respectiva comunicação. Cada sistema social especializa-se mediante as soluções comunicativas, contribuindo para a solução de problemas pontuais da sociedade. Os subsistemas observam-se a si e aos outros, dirigindo as suas operações no intuito de enfrentar a complexidade social pela respectiva comunicação.

4. A TEORIA DOS JOGOS E O ENFOQUE SISTÊMICO

Ao referir-se à *teoria dos jogos*, Ludwig von Bertalanffy, o mentor da Teoria Geral dos Sistemas, afirma que aquela é uma abordagem diferente, mas que pode ser classificada entre as ciências dos sistemas

porque diz respeito ao comportamento de jogadores supostamente “racionais” para obter o máximo de ganhos e o mínimo de perdas mediante adequadas estratégias contra o outro jogador (ou a natureza). Por conseguinte, refere-se essencialmente a “um sistema” de “forças” antagonistas com especificações (2009:44).

O interesse atual em relação à teoria dos jogos já é comum a nível internacional. Sua importância foi reconhecida pela Real Academia da Suécia, que, em 1994, conferiu o

Prêmio Nobel de Economia a John Nash, Reinhard Selten e John Harsanyi, e, em 2005, a Thomas Schelling e Robert Aumann, que desenvolveram aportes valiosos à teoria.

Ao se conceituar “jogos”, as pessoas tendem normalmente a associar o termo a atividades de lazer. No entanto, é cada vez mais comum empregar a expressão em atividades sérias que envolvam situações de *interação estratégica*, ou seja, “aquela em que participantes, sejam indivíduos ou organizações, reconhecem a interdependência mútua de suas decisões” (Fiani, 2009:2).

Destarte, sempre que um conjunto de indivíduos, partidos políticos, grupos de pressão etc., estiver envolvido em uma situação de interdependência recíproca, na qual as decisões tomadas influenciam-se reciprocamente, pode-se dizer que eles fazem parte de um “jogo”. O problema é delimitar a forma que melhor analise os desdobramentos desse tipo de situação. É aqui que se encontra o campo para a aplicabilidade da teoria dos jogos, que, em regra, necessita de um modelo analítico.

Um *modelo*, na concepção de Fiani,

...nada mais é do que uma representação simplificada de um objeto de estudo, no caso, de uma situação de interação estratégica, em que a situação é apresentada de forma simplificada, em que propositadamente alguns elementos são destacados, enquanto outros são omitidos. A seleção dos elementos a serem destacados ou omitidos não é arbitrária: omitimos os fatos que consideramos pouco importantes, ou até mesmo irrelevantes para a compreensão do que está sendo estudado, ao mesmo em que destacamos aquilo que consideramos essencial e decisivo para o entendimento do nosso objeto de estudo.

Fazemos isso porque a realidade sempre envolve um elevado grau de complexidade, de tal forma que dificilmente conseguiríamos entender os fatos se tentássemos dar conta de todos os detalhes. É claro que isso envolve um risco: temos de ser criteriosos no momento de distinguir quais elementos devem ser destacados por sua importância e quais devem ser omitidos por serem pouco relevantes. Se, por algum equívoco, forem destacados elementos que não são muito importantes para o entendimento da situação e sua posterior análise e/ou forem omitidos elementos importantes, corre-se o risco de chegar a conclusões totalmente equivocadas.

Felizmente, a teoria dos jogos nos oferece tanto algumas formas de modelar uma situação de interação estratégica quanto de analisar essas situações, após elas terem sido modeladas (p. 4-5).

Em síntese, um dos objetivos da teoria dos jogos é entender a *lógica da situação*. As ciências sociais, sob tal prisma, deveriam estudar objetivamente a lógica de uma determinada situação de interação entre indivíduos, empresas, partidos ou grupos de

pressão, a partir dos *dados objetivos* dessa situação, sem envolver a subjetividade dos indivíduos concernentes, isto é, sem investigar os sentimentos, expectativas, desejos etc. das pessoas que participam das interações.

A teoria dos jogos funciona, pois, como um norte, embora não forneça necessariamente um modelo pronto e acabado. Seu estudo, porém, implica duas vantagens (Fiani, p. 9-10):

1. A teoria dos jogos ajuda a entender teoricamente o processo de decisão de agentes que interagem entre si, a partir da compreensão da lógica da situação em que estão envolvidos.
2. A teoria dos jogos ajuda a desenvolver a capacidade de raciocinar estrategicamente, explorando as possibilidades de interação dos agentes.

A partir do que foi exposto, pode-se deduzir que situações de interação estratégica entre indivíduos e organizações podem ser tratadas como um jogo e dessa maneira analisadas e sistematizadas. Não se deve esquecer, por outro lado, que a modelagem de um jogo implica na fixação dos *objetivos* do jogador e de como ele joga para atingir tais objetivos. Nesse ponto, a abordagem não oferece padrões éticos de comportamento porque, para julgar o que é “certo” ou “errado”, será preciso uma perspectiva *crítica* dos jogadores e do processo de interação respectivo. Na medida em que a teoria considera os jogadores e sua interação estratégica como sendo “dados”, não tem substrato para exercer crítica sobre os jogadores ou sobre o jogo.

É preciso ressaltar, todavia, que em modelos políticos, por exemplo, o jogador seja motivado por premissas valorativas e que estas sejam extraídas de forma coerente, com o emprego da razão e do bom senso, considerando as evidências de forma neutra, sem distorcer os fatos ou omitir evidências. Se os jogadores agem de tal maneira, está-se diante de *escolhas racionais* que informam como eles farão suas escolhas dentre os objetivos que podem almejar.

Neste ponto, fica claro que a utilização da teoria dos sistemas pode ser de grande utilidade na conceituação dos jogos e de seus objetivos. Na proporção em que ambas as teorias utilizam modelos analíticos complexos - e de grande amplitude - nada impede que a combinação dos elementos próprios a cada uma delas possa ser utilizada na definição de fatos concretos que exijam uma observação rigorosa da realidade social em todas as suas dimensões, sejam elas de natureza política, econômica, jurídica, cultural ou social.

CONCLUSÃO

Em todo sistema político, pois, existem maneiras de se articular, agregar e comunicar interesses, no intuito de transformá-los em alternativas para a ação política. Esses interesses, articulados e agregados através da política de grupos, é que determinam a formação das instituições e estabelecem os paradigmas da decisão.

Grosso modo, é esta a base da concepção funcionalista dos sistemas políticos. O modelo que foi aqui delineado está apoiado nas idéias de vários analistas: um sociólogo, Talcott Parsons, e cinco cientistas políticos: David Easton, Gabriel Almond, James Coleman, G. Bingham Powell Jr. e Robert Dahl. Mas não é demais assinalar que apenas foram definidas as linhas gerais de um esquema passível de variações e de sofisticacões consideráveis.

Por outra parte, convém remarcar que o uso de modelos é fundamental na explicação funcionalista da Política. As funções concernem aos sistemas: é indispensável possuir noções precisas de ambos. A disposição coerente desses conceitos gerais acarreta necessariamente a utilização de um modelo. Tal procedimento porta em si o mérito da construção de modelos em geral, além de fornecer clareza e precisão conceitual. Exige, ainda, que se empregue uma linguagem especial, o que permite a quem a usa escapar de termos já desgastados. E como obriga a um elevado rigor intelectual, ajuda a denunciar raciocínios inconsistentes.

A análise sistêmica, por fim, guarda grande afinidade com a teoria dos jogos, desenvolvida mais recentemente, em razão da utilização de modelos analíticos racionais que visam propiciar uma visão eminentemente científica dos fenômenos sociais, a partir da exploração das possibilidades resultantes da interação entre agentes determinados, o que constitui uma excelente forma de desenvolver o raciocínio estratégico.

REFERÊNCIAS

ALMOND, Gabriel e COLEMAN, James. *A política das áreas em desenvolvimento*. Rio: Freitas Bastos, 1969.

ALMOND, Gabriel e POWELL, G.B. *Uma teoria de política comparada*. Rio: Zahar, 1972

BELO, Manoel Alexandre C. *Os grupos de pressão e sua influência no processo de desenvolvimento* (Dissertação de Mestrado). Florianópolis: UFSC, 1978.

____. O sistema político, *in* Revista *Verba Juris*, ano 3, nº 3, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, UFPB, 2004

____. Grupos de pressão e influência política, *in* Revista *Juris Rationis*, ano III, nº 1, jan-dez 2007, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Potiguar/RN.

____. Funções, sistemas e grupamentos no quadro da ciência política contemporânea. *Prima@Facies* (UFPB), v. 2, p. 3-14, 2003. <http://www.ccj.ufpb.br/primafacies>.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Barueri/SP: Manole, 2007.

BURDEAU, Georges. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1957.

BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas – fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. Petrópolis: Vozes, 2009, 4ª edição revista.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistêmico e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CHINOY, Ely. *Sociedade: uma introdução à sociologia*. S. Paulo: Cultrix, 1969.

DAHL, Robert. *Análise política moderna*. Brasília: UNB, 1988.

FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos*. Rio: Elsevier, 2009, 3ª ed.

EASTON, David. *Uma teoria de análise política*. Rio: Zahar, 1968.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. *Sociologia do direito – o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhman*. Curitiba: Juruá, 2009.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2009.

MILLS, C. Wright. *A elite do poder*. Rio: Zahar, 1975.

PARSONS, Talcott. *O sistema das sociedades modernas*. S. Paulo: Pioneira, 1974.

ROCHA, Leonel; SCHWARTZ, Germano e CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RAPOPORT, Anatol. *Lutas, jogos e debates*. Brasília: UNB, 1980.

WOOTON, Graham. *Grupos de interesse*. Rio: Zahar, 1972.

EUTANÁSIA: DIREITO À MORTE DIGNA

EUTHANÁSIA: DEATH TO THE RIGHT FIT

LUCIANE GOMES*
E-mail: luciane.gomes04@hotmail.com

JERFFESON CUNHA ALMEIDA**
E-mail: jerffeson_cunha@hotmail.com

RESUMO

Pretende-se, pelo presente artigo, traçar um delineamento da Eutanásia, utilizando como supedâneo a Ética e o princípio constitucional da dignidade humana, subsídios para a positivação da prática da eutanásia no ordenamento pátrio. Hodiernamente, vivencia-se um período de vultosos avanços médicos, mediante descobertas tecno-científicas, mormente quanto às formas de criar, manter e prolongar a vida. Entretanto, não raras vezes, essa evolução colide com culturas arraigadas, ensejando o questionamento acerca da viabilidade de tais progressos e seus efeitos face aos direitos fundamentais do indivíduo. Em outras palavras, até onde se valer de todos os meios para se prolongar a vida, de fato, observa os direitos fundamentais, insculpidos no artigo 5º do diploma constitucional? Nota-se a cada dia que a sociedade se depara com situações com as quais não sabe como se portar, ensejando a necessidade de ampla discussão multidisciplinar, a partir do encontro de profissionais das áreas da sociologia, filosofia, biologia, medicina, psicologia, teologia, Direito, dentre outras, com o intuito de sanar ou, no mínimo, mitigar esses impasses. Urge a necessidade de que haja estudos mais aprofundados no que atine ao tema proposto, qual seja, a Eutanásia. Invoca-se, dessa feita, reflexão e estudo pragmático a partir da bioética, com vistas à reflexão acerca da utilização do aludido procedimento, que envolvem o bem mais supremo do ser humano, a vida. É notório, pelo prisma da dignidade humana, que tais descobertas nem sempre proporcionam qualidade de vida e bem-estar; do contrário, vêm, muitas vezes, direcionando-se apenas para a quantidade de vida, exprimindo golpes fatais em princípios éticos e constitucionais, que à deriva passam, sem serem observados. O presente estudo busca atingir o objetivo de dissipar dúvidas acerca da Eutanásia, por intermédio da pesquisa bibliográfica, em livros, textos e periódicos, assim como na legislação pátria.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio; Dignidade da Pessoa Humana; Vida; Eutanásia.

* Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba; Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior da Advocacia da Paraíba; Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa-PR; Fisioterapeuta pela Universidade Tuiuti do Paraná; Professora da FESP e do IESP, nas disciplinas de Hermenêutica Jurídica, Sistema Constitucional brasileiro, Direito de Família e Direito das Sucessões. Coordenadora Jurídica da Procuradoria da República no Estado da Paraíba.

** Graduando em Direito pela Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – Fesp; Analista Técnico de Bolsa de Valores.

ABSTRACT

I intend, by this article, a little sketch on Euthanasia, bringing the Ethics as the foundation and the constitutional principle of human dignity, which seek subsidies for conversion to positive law. Through the medical and scientific advances, presence today with the technological discoveries, on ways to create, maintain and prolong life, which collide with existing cultures, wonders at the same time, the need for such developments and their effects together with fundamental rights of every individual. Note that our society is faced with situations that do not know how to behave, requiring an extensive discussion in the fields of sociology, philosophy, biology, medicine, psychology, theology, law and others, in order to meet these impasses such as the theme, ie, Euthanasia. I summon a pragmatic reflection and study of bioethics, seeking to reflect the use of such procedures, which involve far more supreme human being's life. It is well known through the prism of human dignity, that such discoveries, instead of providing quality of life and well-being, are often, by focusing only on the amount of life, expressing fatal blows on ethical and constitutional that are adrift, without being observed. This study seeks to achieve the goal through the literature in books, journals and texts, as well as the country law.

KEYWORDS: Principle; Dignity of the Human Person, Life, Euthanasia.

INTRODUÇÃO

É mais do que notório que, diante das descobertas técnico-científicas, ocorridas nos últimos tempos, certas situações não encontram previsão legal ou afrontam, pelo menos de forma aparente, a legislação atual; ou ainda, das leituras descontextualizadas, não são percebidas as possibilidades de normas válidas e possível eficácia. Tal se dá em especial porque, em que pese ser papel do Direito o acompanhamento dos fatos sociais, esses se

modificam com tamanha velocidade que, não raras vezes, impossibilita a tutela jurídica imediata, nos moldes tradicionais, mormente a partir de uma visão positivista.

Disso não escapa a tão debatida Eutanásia, distante de ser um acontecimento exclusivo da sociedade brasileira, que ganha novo espaço frente a problemas ocasionados pelas ações provenientes do conhecimento do homem, que, desde o século passado, na euforia das descobertas fantásticas, livrou-se de alguns aspectos fundamentais para a evolução de uma sociedade mais humanizada. Em função desses fatos, desenvolve-se a Bioética, a qual, por sua vez, busca aspectos fundamentais para a prática dos novos conhecimentos que se apresentam, os quais geram constantes atritos com princípios e regras, bem assim com religiões e outras culturas.

É salutar que essas descobertas, ao menos em princípio, possuam o objetivo de melhorar a qualidade de vida, nunca o contrário, ou seja, em hipótese alguma esses conhecimentos deveriam ser utilizados contra o próprio homem, quer violentando seu corpo, quer sua dignidade.

Em todas as esferas da sociedade, recorrentes são as discussões acerca da Eutanásia. Voltam-se a questionar princípios, em especial os atinentes à ética e à moral, forçando o surgimento, de outra banda, para os profissionais de diversas áreas, a Deontologia. A bioética desenvolve-se pela conjunção desses novos pensamentos, ocasionando uma nova postura a ser tomada nas ações que envolvem a vida humana.

Hodiernamente, a eutanásia deixou de ser vista apenas como a simples possibilidade de ocasionar a morte a alguém, que está sofrendo em função de determinada moléstia. Estudiosos das mais diversas nações a reclassificam e a (re)apresentam a esse novo cenário mundial. O maior entrave, contudo, é a ausência ou fragilidade da legislação referente à problemática, o mesmo ocorrendo, inclusive, no Brasil. Na avaliação doutrinária e jurisprudencial efetivada no decorrer deste estudo, encontram-se posições antagônicas, ora favoráveis, ora contrárias a sua prática.

Aqueles que se manifestam contrariamente, assim o fazem, não raro, calcados em princípios religiosos, entendendo que, sendo a vida um dom divino, não tem o homem o direito de subtraí-la de alguém; além do mais, afirmam que “*o Homem foi feito à imagem e semelhança de Deus, portanto qualquer ato contra a vida humana é um ato contrário a Deus*”⁵³. Outros apontam utilizam-se da questão da sucessão de bens e direitos, entendendo que tal prática pode ser levada a termo apenas em benefício do profissional que a possibilita e ou dos herdeiros, desprezando-se por completo a vontade e as crenças do enfermo.

Por seu turno, os favoráveis à prática da Eutanásia entendem que sua utilização não visa simplesmente exterminar pessoas, mas, do contrário, amenizar sofrimentos inevitáveis e dolorosos. Acreditam que a vida, por ser sagrada e também por ser o maior bem que o homem pode possuir, deve ser mantida, durante todo o seu transcurso, com a maior dignidade possível, até o seu término, com a morte, que também faz parte da vida e, por consequência, também deve ser digna. Não basta viver com dignidade, se ao final da vida essa não lhe é proporcionada.

Cabe a todos os ramos da ciência, na difícil tarefa de delinear o transcurso da vida humana, mormente diante das descobertas tecnológico-científicas, promover debate e estudos acerca da manutenção artificial da vida e do direito de morrer com dignidade, almejando uma resolução ao impasse em torno do tema, satisfazendo as dúvidas mediante a positivação de medidas concernentes à Eutanásia.

O DIREITO À VIDA DIGNA: A DIGNIDADE HUMANA E O DIREITO À VIDA

Antes de adentrar na temática eleita, convém traçar, pela extrema importância de que se reveste neste estudo, algumas linhas acerca do vocábulo princípio. De plano, cumpre consignar que se entende como princípio tudo o que deve ser observado na composição de algo. Para José Afonso da Silva, é necessária a distinção entre princípios e regras:

A palavra princípio é equívoca. Aparece com sentidos diversos. Apresenta a acepção de começo, de início (...) significa norma que contém o início ou esquema de um órgão, entidade ou de programa. (...) As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoa ou a entidade, a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio, (...) Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas. (1997, p.93-94)

A esse respeito, Luiz Diez Picazo traz uma conceituação bem interessante:

“onde designa as verdades primeiras... por isso são princípios, ou seja, “porque estão ao princípio”, sendo “as premissas de todo um sistema que se desenvolve more geométrico”. (1996, p.228-229)

Ao que se pode perceber, princípios são os objetivos que regem determinado direito positivado, devendo ser respeitados na concepção posterior de qualquer regra. Como o objeto do presente artigo visa à conceituação de princípios constitucionais, entende-se que todas as leis devem obedecer aos princípios previstos na Carta Magna, sob pena de serem consideradas inconstitucionais.

Consignado o que se deve ter por norte com relação ao termo princípio, importa passar à análise do alcance do princípio da dignidade humana, a partir da exegese sistemática do diploma constitucional.

O doutrinador Oscar Joseph de Plácido e Silva cita em sua obra, sobre a dignidade:

"Dignidade deriva do latim dignitas (virtude, honra, consideração) em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida." (Silva, 2000, p. 267)

Na Constituição Federal, em seu artigo inicial, no inciso III, encontra-se previsto enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, com a seguinte redação:

"A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Direito Federal, constitui-se em Estado democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;"

A previsão expressa do princípio traz força normativa a esse princípio, que serve de supedâneo para a interpretação e aplicação de todos os demais.

O doutrinador José Afonso Silva, aborda o significado de tal princípio:

Dignidade da Pessoa Humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. "Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da Dignidade humana à

defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos dos direitos sociais, ou invocá-la para construir "teoria do núcleo da personalidade" individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana". Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170, CF), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc, não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana. (Silva, 2000, p. 109)

É correto afirmar que a dignidade humana não é mera disposição legal, mas imposição legal, cabendo às esferas federal, estadual e municipal atuação impositiva no que toca a sua implantação.

Ainda no século XVIII, Kant descreveu dignidade da pessoa humana, com o seguinte significado:

"age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente com meio" (Junges, 1999, p. 110). Assim, tem dignidade algo, quando esse algo não tem preço, quando não pode ser trocado por outro equivalente, ou melhor, a pessoa é fim em si mesma, porque não tem valor pecuniário e não pode ser usada como meio, para alcançar outro fim.

Traçadas as linhas fundamentais do princípio da dignidade, convém analisar o direito fundamental à vida. A Constituição Federal traz o direito à vida insculpido já no *caput* do seu artigo 5º:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residente no País a inviolabilidade do direito à vida(...).

Alexandre de Moraes faz observação bastante condizente com o que se deve entender do texto supracitado:

A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a

primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de ter a vida digna quanto à subsistência. (1997, p. 51).

Verifica-se que o Estado deve assegurar o direito de continuar-se vivo, e de proporcionar dignidade ao ser humano. É extremamente necessário relacionar o direito à vida como uma obrigação do Estado, e não uma imposição do Estado, sendo o fator dignidade obrigatório para a manutenção da vida humana. Dessa feita, depreende-se um atrelamento necessário entre o mais fundamental dos direitos, qual seja, à vida e a dignidade. A existência digna, portanto, é indispensável, devendo-se sempre adjetivar o direito à vida e entendê-lo, assim, como direito à vida digna.

Nem sempre a manutenção da vida é forma de se garantir, como se observa, o direito à vida. Deve-se perquirir a dignidade, que pode desencadear na possibilidade da prática da eutanásia, como se poderá observar nos entendimentos a seguir alinhavados.

HISTÓRIA DA EUTANÁSIA

No íntimo do homem, o horror natural à morte, associado à certeza de seu ceifamento, faz brotar um desejo quase que instintivo quanto à sua própria morte: se inevitável, que seja boa. Pois bem, partindo da definição etimológica do termo, verifica-se claramente do que se trata. Do Grego: *ευθανασία*; “eu” (“eu”) é um prefixo com significado de bom, enquanto *tanásia*” deriva de “*θάνατος*” (“*thanatos*”), vocábulo alusivo a morte, de forma que *ευθάνατος* (*euthanatos*), ou eutanásia, deve ser entendido inicialmente como “boa morte”⁵⁴.

Estando apenas se tratando de mera suposição acadêmica sem qualquer base literária, não seria enganoso concluir que antes de se tornar um ato, ou antes mesmo de receber um nome, a eutanásia já existia enquanto ideia primitiva do homem. A história comprova que a eutanásia é prática antiga que evoluiu conforme o tempo passou, nada tendo a ver com o surgimento da idade moderna, da medicina ou da filosofia, embora possivelmente tenha sido concomitante à época. A notícia histórica é do início da civilização Grega e Romana, sobretudo em relação à que chamamos de “falsa eutanásia”, referida por Platão em “A Republica”, ou seja, a morte aplicada ao tempo da senilidade e em casos de invalidez. A morte piedosa era condenada, porém punida com menor severidade, pela lei Cornélia, que definia homicídio benigno ou tolerável, considerando-se este o movido por

⁵⁴ CARVALHO, Gisele Mendes de. Aspectos jurídico-penais da eutanásia. São Paulo: IBCCRIM. p. 32

compaixão, o que também comprova que é igualmente antiga a tutela da vida humana. Tem-se notícia também, de que algumas tribos germânicas antecipavam a morte dos enfermos incuráveis quando estes a solicitavam, frequentemente pela modalidade de enforcamento; semelhante ocorreu na Birmânia, quando os moribundos eram enterrados ainda entre um e outro derradeiro fôlego, ou enforcados, pois a vida já se esvaia; também foi costume de eslavos e escandinavos apressar a morte de seus pais quando estes sofriam de mal irreversível ou quando estavam próximos da morte em virtude de ferimentos de guerra, além de algumas tribos da África e da Índia, cuja reportagem quanto à esta prática é pouco clara e sem provas suficientes⁵⁵.

Até mesmo em algumas traduções do livro sagrado cristão, A Bíblia, precisamente no livro de Primeiro Samuel, capítulo trinta e um, versículos de um a treze (1Sm 31:1-13), conta que Saul, derrotado na batalha contra os Filisteus, disse ao seu escudeiro que o matasse para que não fosse morto ou capturado pelos inimigos, mas este não o fez. Por não suportar mais seu sofrimento, o rei atirou-se sobre a própria espada, mas não morreu. Um amalequita, tendo ouvido sua voz, viu seu sofrimento e atendeu o pedido mortal. Segundo estudiosos⁵⁶, isso teria ocorrido entre 1055 a 1025 a.C.. Entretanto, importante salientar que este ato de misericórdia não ficou impune. Condenado pelo Rei Davi, ironicamente, o amalequita pagou com a própria vida. Ademais, “conta-se ainda que Cleópatra e Marco Antonio teriam fundado, no Egito, uma academia cujo objetivo era fazer experiências sobre os meios menos dolorosos de morrer.”⁵⁷

Há, na época moderna, o relato a respeito de um pedido feito por Napoleão, durante a guerra no Egito, ao médico da campanha, Degenèttes que, com o emprego de ópio em doses elevadas, desse cabo dos soldados com ferimentos gravíssimos e que verdadeiramente estivessem à espera da morte, ou que estivessem contaminados com a peste, de forma que lhes restasse poucas horas de vida, mas este não o fez, alegando que sua função era a manutenção da vida e não o contrário. Para Napoleão, segundo o seu utilitarismo, seria mais apropriado encerrar a vida de seus soldados a deixá-los serem capturados pelo exército turco. Numa visão diferenciada, deixá-los ser capturados com vida, poderia, devido à rapidez com que a peste se alastrava, acelerar o processo de infecção dos turcos também, o que, a médio prazo, seria vantajoso ao exército inimigo.⁵⁸

⁵⁵ PESSINI, Leo. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética: alguns desafios. São Paulo: Loyola, 2001.

⁵⁶ THOMPSON, Frank Charles. The Thompson Chain-Reference. Indianápolis: The B. B. Kirkbride Bible Company, Inc. 1983. p. 227.

⁵⁷ CARVALHO, Gisele Mendes de. Op. cit. p.33

⁵⁸ ASÚA, Luis Jimenez de. Eutanásia. In: Cadernos sobre Derecho y Ciencias Sociales. Cochabamba: Imprensa Universitária, n 21 p. 365.

Thomas Morus, em 1516, publica sua obra intitulada Utopia, na qual descreve com detalhes uma cidade perfeita, e obviamente utópica, na qual qualquer doente ou idoso poderia ser sujeito passivo de suicídio assistido, bastando para tanto que o pedissem.

Séculos depois, a questão tomaria cunho filosófico, quando no séc. XVII, Francis Bacon propõem em sua obra “Tratado da Vida e da Morte”, pela primeira vez, o termo eutanásia. Por seu turno, Immanuel Kant, importante filósofo iluminista, amplamente conhecido por sua filosofia moral, em seu idealismo chegou a dizer “nenhum Homem pode dispor da sua vida”, expondo claramente seu posicionamento em desfavor da eutanásia. Seguiram-no vários autores, mas opuseram-se a ele outros tantos. Filósofos como David Hume, Karl Marx e o alemão Schopenhauer colocaram-se favoráveis à eutanásia e ao suicídio assistido. Até mesmo em relação ao posicionamento dos Estados houve eloquente discussão, mormente quando, em 1895, na Prússia, antigo estado alemão, cuja última capital foi Berlin, foi proposto que era dever do Estado prover meios para a realização da eutanásia em pessoas incapazes de a solicitar. Para o século XX a discussão do assunto teve seu ponto mais elevado entre as décadas de 20 e 40.⁵⁹

Vale dizer que, em 1º de agosto de 1934, passou a vigorar o atual Código Penal Uruguaio, que tipificou o “homicídio piedoso”, no artigo 37 do capítulo III, contudo, não a autorizou expressamente, sendo, portanto o primeiro país a regulamentar sobre o tema, após uma tentativa frustrada do Dr. Millard, no parlamento inglês. De acordo com a legislação uruguaia, o magistrado poderia deixar de aplicar a pena, verificados certos elementos característicos. Proposta semelhante ao sistema que seria utilizado na Holanda a partir de 1993, segundo ensina o Prof. José Roberto Goldim.

Conta ainda que décadas antes, no ano de 1935 surge uma das primeiras associações abertamente favoráveis à eutanásia do mundo, denominada EXIT (cuja tradução do inglês é “saída”), com sede inicial na Inglaterra. Seus sócios tinham uma média de oitenta anos de idade e sendo cerca de setenta por cento (70%) constituída por mulheres. Durante a Segunda Guerra Mundial, na Alemanha instalou-se o Programa Nazista de Eutanásia, sob o código “Aktion T4”, e tinha como finalidade eliminar as pessoas cuja vida “não merecia ser vivida”, materializando a teoria da “higienização social”, que, saliente-se, não se confunde, em nada, com o objeto deste estudo.⁶⁰

No Brasil, entre 1914 e 1935 os acadêmicos também se ocuparam em escrever sobre o tema, em diversas teses formuladas, sobretudo em São Paulo, no Rio de Janeiro e na Faculdade de Medicina da Bahia.

⁵⁹ GOLDIM, José Roberto. Breve Histórico da Eutanásia. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/euthist.htm>>. Acesso em: 31 out. 2006. 22:44:27

⁶⁰ GOLDIM, José Roberto. Breve Histórico da Eutanásia. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/euthist.htm>>. Acesso em: 31 out. 2006. 22:44:27

Na sequência do texto elaborado por Goldim, manifesta-se a posição eclesiástica, que é, de certo modo, contraditória. Se em 1956 a Igreja Católica publicamente opôs-se à eutanásia; em 1957 o Papa Pio XII consentiu com a possibilidade do uso de medicamentos em quantidades perigosas ou doses que pudessem ter como consequência a morte de indivíduos em extremo sofrimento, o que, para o autor pareceu contraditório. Em 1980, o Vaticano divulgou uma declaração sobre a Eutanásia na qual confirma a hipótese do duplo efeito e da interrupção do tratamento considerado fútil, mas em 1991 o Papa João Paulo II reafirmou que a Igreja Católica se opõe à prática da eutanásia. Mais recentemente, a Encíclica *Evangelium Vitae*⁶¹, de 1995, expressamente reafirma e fundamenta em todo o seu bojo a possibilidade desse excesso terapêutico.

Já tantas vezes citado, nesta pesquisa, por sua excelente compilação a respeito do histórico da eutanásia, Goldim segue, e conta que precisamente no ano de 1996, no Brasil, foi apresentado ao Congresso Nacional um projeto de lei (Projeto de Lei n. 125/96), que possibilitava a realização da eutanásia no Brasil, mas não obteve resultados positivos. No ano seguinte, agora na Colômbia, ficou estabelecido por lei que o profissional de medicina que praticasse a eutanásia não poderia ser punido criminalmente. Nos Estados Unidos da América, onde as legislações dos estados são independentes, o estado de Oregon legalizou o suicídio assistido também em 1997. Já neste século, precisamente em 11 de maio de 2001, os Países Baixos legalizaram a eutanásia. Aos 16 de maio de 2002, a Bélgica aprova lei semelhante.⁶²

Verifica-se, pois, que há bastante divergência em torno do mundo a respeito da prática da eutanásia, ora sendo aceita, ora veementemente repudiada.

Tendo em conta a citação em epígrafe, especialmente quando abordado o posicionamento eclesiástico, convém consignar o que vem a consistir no duplo efeito. Trata-se do termo técnico utilizado em Ética a respeito das duas possibilidades de consequências resultantes do emprego de uma ação em particular, denominadas de efeitos desejados e para-efeitos indesejáveis. Baseando-se neste princípio, a igreja Católica entende que se deve administrar altas doses de medicamentos a pessoas enfermas com a finalidade de curar, ou amenizar seu sofrimento, ainda que, como consequência do tratamento, o paciente venha a óbito.⁶³

Ademais, vale afirmar que, hodiernamente, a eutanásia não se limita apenas aos casos terminais – alcança hipóteses não menos complexas, a exemplo das relacionadas

⁶¹ JOÃO PAULO II. *Evangelium Vitae*. Tradução da editora. São Paulo: Paulinas, 1995.

⁶² GOLDIM, José Roberto. Op. cit. Acesso em: 08 nov. 2011. 22:50:00.

⁶³ HOTTOIS, Gilbert; PARIZEU, Marie-Hélène. *Dicionário da Bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 35

aos recém-nascidos com malformações congênitas (eutanásia precoce); aos pacientes em estado vegetativo irreversível; aos incapazes de se valerem por si mesmos, dentre outros.⁶⁴

O conceito atual abrange ideias como a da boa agonia, a morte natural súbita, o “suicídio”, a ajuda a bem morrer, o homicídio piedoso, dentre outras. De acordo com a doutrina favorável à eutanásia, essa delimitação lexical está longe de ser ideal, uma vez que pode gerar inúmeros equívocos. Como exemplo, a confusão de conceitos como eutanásia, distanásia e ortotanásia, sendo que este último termo significa a morte a seu tempo certo, sem os tratamentos desproporcionais que caracterizam a distanásia e sem abreviação do processo de morrer como ocorre na eutanásia. Além disso, consideram que há interseção com o homicídio por piedade e suicídio, fato que acaba por atribuir uma conotação pejorativa à palavra, prejudicando o debate.⁶⁵

Com vistas a dissipar, ainda que parcialmente, as confusões decorrentes da terminologia, convém analisar, na sequência, as espécies de eutanásia.

ESPÉCIES DE EUTANÁSIA

Possibilitando um estudo mais claro, a doutrina edificou conceitos⁶⁶ e espécies da eutanásia, consoante elenco a seguir colacionado:

Ativa: Quando consiste no ato deliberado de provocar a morte sem sofrimento do paciente, por fins misericordiosos;

Passiva: Dá-se quando a morte do paciente ocorre, dentro de uma situação de terminalidade, ou porque não se inicia uma ação médica ou pela interrupção de uma medida extraordinária;

Espontânea ou Libertadora: Ocorre quando o enfermo incurável provoca a morte por próprios meios;

Voluntária: Ocorre quando a morte é provocada atendendo a uma vontade do paciente;

Involuntária: Ocorre quando a morte é provocada contra a vontade do paciente;

⁶⁴ CARVALHO, Gisele Mendes. Op. cit. p 17

⁶⁵ Horta, Márcio Palis. Eutanásia – problemas éticos da morte e do morrer. Disponível em <<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v7/problemas.htm>>. Acesso em 7 nov. 2011, 13:34:45

⁶⁶ Pessini, 2000, Disponível em <<http://200.239.45.3/cfm/espelho/revista/bio1v4/distanasia.html>>. Acesso em 07 de Nov. 2011, 14:40:32.

Não Voluntária: Caracteriza-se pela inexistência de manifestação da posição do paciente em relação à ela;

De Duplo Efeito: Dá-se quando a morte é acelerada como uma consequência indireta das ações médicas, que são executadas visando o alívio do sofrimento de um paciente terminal;

Eugênica: É a eliminação indolor dos doentes indesejáveis, dos inválidos e velhos, no escopo de aliviar a sociedade do peso de pessoas economicamente inúteis;

Criminal: É a eliminação de pessoas socialmente perigosas;

Experimental: É a ocisão de determinados indivíduos, com o fim experimental para o progresso da ciência;

Solidarística: É a ocisão indolor de seres humanos no escopo de salvar a vida de outrem;

Teológica: Ou morte em estado de graça;

Legal: Regulamentada ou consentida pela lei;

Suicídio-assistido: É o auxílio de quem já não consegue realizar sozinho a sua intenção de morrer;

Homicídio: Resulta da distinção entre aquela praticada por médico e aquela praticada por parente ou amigo;

Animal: Que tem se revestido cada vez mais de aspectos éticos. Neste caso, a Eutanásia é realizada quando não existem meios de manter um animal sem sofrimento; quando clinicamente não há como mantê-lo vivo ou na falta de condições locais para realizar tratamento clínico ou cirúrgico. Admite-se na hipótese de o proprietário não ter recursos financeiros para realizar o tratamento, ou se não há interesse em gastar alta soma num animal de esporte, que não dará retorno. O veterinário, além de adotar método indolor, deve considerar a afetividade que existe entre o proprietário e seu animal, antes de recomendar a Eutanásia.

Pós classificação, verifica-se que inúmeras são as espécies de eutanásia. Diante disso, resta claro que nem todas importam verdadeiramente na tutela da vida digna. Exemplifique-se com a eutanásia involuntária, em que a morte é provocada mesmo contra a vontade do paciente. Por óbvio, o escopo deste estudo não coincide com essa modalidade de eutanásia, tampouco com outras, em que há desnecessidade ou sua prática venha a ferir os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Ademais, para que seja considerada digna, faz-se necessário que o paciente não sinta nenhum tipo de dor. Dessa forma, para se entender o significado do termo indolor, buscam-se considerações a respeito do que venha a ser a dor e da sua dimensão. Embora a dor física seja a fonte mais comum de sofrimento, a dor no processo do morrer vai além do físico, tendo conotações culturais, subjetivas, sociais, psíquicas e éticas. Portanto, lidar

efetivamente com a dor em todas as suas formas é algo crítico no cuidado digno dos que estão morrendo. A dor tem pelo menos quatro distintos componentes: físico, psíquico, social e espiritual, os quais podem ser assim dimensionados:

Dor Física: É a maior causadora de sofrimento. Surge de um ferimento, doença, ou da deterioração progressiva do corpo, no idoso e no doente mental terminal; impede o funcionamento físico e a interação social. No nível físico, a dor funciona como um alarme de que algo está errado no funcionamento do corpo. Como a dor afeta o todo da pessoa, ela pode facilmente ir além de sua função como sinal de alarme. A dor intensa pode levar a pessoa urgentemente a solicitar sua própria morte.

Dor Psíquica: Frequentemente, surge do enfrentar a inevitabilidade da morte, perdendo controle sobre o processo de morrer, perda das esperanças e sonhos, ou ter que redefinir o mundo. Causa inevitável de perda do humor.

Dor Social: É a dor do isolamento. A dificuldade de comunicação que se experimenta justamente porque o morrer associa-se à ideia de solidão, justamente em um momento em que desfrutar de uma companhia é muito importante. A perda do papel social familiar é, também, bastante dura. Isso ocorre, por exemplo, com um pai que, doente, torna-se dependente dos filhos e necessita ser cuidado por eles, invertendo-se os papéis anteriormente desempenhados.

Dor Espiritual: Surge da perda de significado, sentido e esperança. Apesar da aparente indiferença da sociedade em relação ao "mundo além deste", a dor espiritual está aí. Necessita-se de um sentido – uma razão para viver e uma razão para morrer.⁶⁷

Da afirmação em epígrafe, surge, portanto, a impossibilidade da prática da eutanásia, sempre que desta decorrer qualquer das espécies elencadas de dor, que, como apontado, pode seguir da física à espiritual, sendo intuitivo que, nesses casos, não há que se falar em dignidade.

DIREITO À EUTANÁSIA: DIREITO À MORTE DIGNA

O indivíduo pode a vida controlar e defendê-la de agressões, mas não pode negociá-la, tampouco dela abdicar, embora seja o titular do direito à vida. Não pode, portanto, uma pessoa contratar um homicida para lhe tirar a própria vida, nem contratar um médico para fazê-lo, nem concordar que qualquer pessoa o faça, tornando absolutamente ineficaz o consentimento de alguém no sentido de ter sua vida abreviada.

⁶⁷ PESSINI, Léo. Distanásia: Até quando investir sem agredir?. 1998. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/394/357>. Acesso em 10 nov. 2011, 14:23:34.

Contudo, para uma parcela significativa da doutrina, o direito a vida não é absoluto, tal qual se dá com os demais direitos fundamentais. Isso se depreende do próprio texto constitucional, na medida em que autoriza o homicídio em estado de necessidade e na legítima defesa, bem assim no art. 5º, XLVII, alínea “a”, quando autoriza a pena de morte em caráter excepcional. Naturalmente que, em casos tais, verifica-se o embate entre direitos fundamentais, nos quais a vida daquele que sofre a pena de morte, ou é vítima de homicídio lícito, não prevalece. Da mesma forma, quando colocada em face de outro direito fundamental, haverá a necessidade de ponderação a fim de solucionar o conflito entre direitos fundamentais, a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Com fundamento na relativização do direito fundamental à vida, impõe-se o seguinte questionamento: uma vida desprovida de dignidade tem algum valor para o seu titular?

Uma vez que a dignidade humana é o princípio que protege o exercício dos direitos vitais mínimos, a vida de uma pessoa, quando não tem acesso à dignidade, pode tornar-se um fardo.

Neste sentido, o pensamento de José Afonso da Silva⁶⁸, quando menciona que:

Vida, no texto constitucional (art. 5º, caput) não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva.

O direito à vida, protegido pela Constituição Federal, deve ser assegurado pelo Estado em seu duplo sentido, ou seja, o direito de permanecer vivo e o direito de ter a vida digna quanto à subsistência.

Diante disso, apoiam-se os defensores da eutanásia que submeter o paciente a tratamentos inúteis e desgastantes, constitui-se em atentado ou ameaça de atentado à dignidade humana. Assim, a obstinação terapêutica (depara-se com a distanásia), sendo um ato profundamente desumano por ofender a dignidade humana e outros direitos mais fundamentais, a tal ponto, que é preciso reivindicar a reapropriação da morte, e não mais a vida, consubstancia-se, em regra, em prática violadora do direito à vida digna.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo alguns dispositivos, em seu artigo 5º, que servem de supedâneo para se reconhecer a constitucionalidade da Eutanásia e, via de consequência, autorizar a sua prática:

⁶⁸ SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 200

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento degradante;

IV – é livre a manifestação de pensamento...;

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença...;

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;

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;

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Depreende-se, pois, que é assegurado o direito (não o dever) à vida, e não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento que lhe importem em grave sofrimento. O direito do paciente de não se submeter ao tratamento ou de interrompê-lo é consequência da garantia constitucional de sua liberdade de consciência, de sua autonomia jurídica, da inviolabilidade de sua vida privada e intimidade e, além disso, da dignidade humana, erigida a fundamento da República Federativa do Brasil, no art. 1º da Constituição Federal.

Por seu turno, o inciso XXXV, do art. 5º, garante, inclusive, o direito de o paciente recorrer ao Judiciário para impedir qualquer intervenção ilícita em seu corpo contra sua vontade.

A inviolabilidade à segurança envolve a inviolabilidade à integridade física e mental. Isso leva à proibição, por exemplo, de intervenções não admitidas pelo paciente em sua saúde física ou mental (ou mesmo na ausência de saúde completa).

Diante do que foi analisado, pode-se afirmar que o paciente não pode se vir obrigado a se submeter a tratamento degradante, desumano, que se lhe imprima mais dor que sofrimento. Do contrário, todos esses efeitos nefastos da doença devem ser afastados, sob pena de se violar frontalmente inúmeros outros direitos fundamentais.

Ainda que não se adote a corrente favorável à eutanásia, deve-se aceitar a prática da ortotanásia, ou seja, possibilitar que o paciente se recuse à se submeter a tratamento que lhe prolongue a vida, mas a um alto custo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Longe de esperar traçar as últimas palavras acerca do assunto, convém finalizar este artigo lançando-se a uma questão interessante: o homem, de forma macro significativa, questiona sobre a sua finitude, mas nega-se a aceitar a forma e quando ela ocorrerá, tentando abrandá-la e postergá-la o máximo possível, buscando quebrar a lei natural da vida que, como é cediço, consiste em nascer, crescer e, inevitavelmente, morrer.

Em alguma época, por algum momento, as religiões, analisadas no presente trabalho, consagraram a aceitação de algum tipo de Eutanásia (ainda que seja a animal). Ainda que se tratando de mera suposição acadêmica sem qualquer base literária, não seria enganoso concluir que um dos fatores da não positividade da Eutanásia decorre de posturas religiosas. Isso, contudo, não pode prosperar, na medida em que resta claro na Carta Magna a liberdade de culto, subentendendo-se que o não culto também é um direito. Diante disso, não pode o diploma constitucional excluir as pessoas sem credo do direito à morte digna. Ora, no mínimo contraditória a posição ostentada pela doutrina eclesiástica, uma vez que o término natural da vida ocorre em função de alguma enfermidade, e, dessa forma, a pessoa doente não poderia sofrer nenhum tipo de intervenção humana (ou intervenção tecno-científicas, remédio por exemplo), pois estaria indo contra a vontade de Deus. Aceitar a um tratamento, seria, assim, o mesmo que rejeitar o chamado divino. De toda a sorte, não deve ser este ou aquele o fundamento para se aceitar ou rejeitar a prática da eutanásia ou da ortotanásia. Deve-se buscar o desatrelamento do Direito e da Religião, por longa data amarrados.

Não resta dúvidas de que as descobertas medicinais devem ser utilizadas, em prol da vida, em toda as suas peculiaridades. O que não pode ocorrer é a aplicação das técnicas decorrentes do desenvolvimento tecnológico, de modo a interferir na intimidade do próprio homem, por imposição, sem consultá-lo, ou melhor, sem que lhe seja concedida a oportunidade de não se submeter. Ninguém é obrigado a receber tais tratamentos médicos, e, na impossibilidade de manifestação, deve ser avaliada a sua vontade, tácita ou expressa, pretérita, externada no decorrer de sua vida.

Saliente-se que a Eutanásia não visa exterminar humanos, como ocorreu na Segunda Guerra Mundial (eutanásia eugênica). Do contrário, visa o respeito ao ser humano, evitando sofrimento e tortura quando do término da sua jornada vital.

O fato de o ser humano querer se abster de sofrimento, frente à morte inevitável, não deve ser visto como afronta à Constituição Federal, do inverso, consiste justamente em fazer valer os direitos inerentes à vida.

Por derradeiro, interessante findar com alguns questionamentos, que servirão de base para instigar o aprofundamento da visão crítica e de outros estudos acerca da temática: Sendo a vida protegida e garantida até os seus momentos finais, de que serviria viver sem dignidade? Tendo sido a vida toda desenvolvida com dignidade, que valor teria esta vida se, ao final, não for possibilitada a morte digna? Por outro lado, supondo que a pessoa não obteve e nem gozou de dignidade durante toda a sua vida, não seria sensato (justo) proporcionar, ou ao menos possibilitar, a esta pessoa que seus momentos finais sejam dignos?

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALVES, Leo da Silva. *Eutanásia*. Revista Consulex, São Paulo, nº 29, p. 12-17, mai. 1999.

ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ASÚA, Luis Jimenez de. *Eutanásia*. In: *Cadernos sobre Derecho y Ciencias Sociales*. Cochabamba: Imprensa Universitária, n 21, 2002.

BÍBLIA SAGRADA. Tradução por João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro, IMPRES, 1962. p. 266-267.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998 755 p.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Código Brasileiro de Ética* (CFM), nº 1.246/88 e Diário Oficial da União de 26 de janeiro de 1988, pág. 1574 – Seção I.

BRASIL. *Constituição*: República Federativa do Brasil – 1988. Brasília: Senado Federal/Centro Gráfico, 1988. 336 p.

CARLIN, Volnei Ivo. *Deontologia jurídica, ética e justiça*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997. 180 p.

CARVALHO, Gisele Mendes de. Aspectos jurídico-penais da eutanásia. São Paulo: IBCCRIM.

CLOTET, Joaquim. *Por que bioética?* Bioética, vol. 1, n. 1, [S.l. : s.n]. 185 p.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. 2v. p.133

GOLDIM, José Roberto. Breve Histórico da Eutanásia. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/euthist.htm>> . Acesso em: 09 de Nov. 2011. 22:44:27

JUNGES, José Roque. *Bioética, perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999, 322 p.

LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1997. 176 p.

PAGANELLI, Wilson. *Eutanásia*. Acessado em 9 dez. 1999. Disponível na Internet: <http://www.jus.com.br/doutrina/eutapag.html>.

PESSINI, Léo. *Distanásia: até quando investir sem agredir?* Acessado em 7 set. 1998. Disponível na Internet <<http://200.239.45.3/cfm/espelho/revista/bio1v4/distanasia.html>>

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 876 p.

ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.304/2011 AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

CHANGES INTRODUCED BY LAW 12.304/2011 THE CODE OF CRIMINAL PROCEDURE EUTANÁSIA

EDUARDO DE ARAÚJO CAVALCANTE⁶⁹

DANUZA AZEVEDO DE QUEIROZ⁷⁰

JÉSSICA AVANISE C. MEDEIROS⁷¹

RESUMO

A Lei 12.403/2011, objeto deste estudo, trata do regime jurídico das Medidas Cautelares, oferecendo ao juiz um rol de medidas alternativas à prisão preventiva e a revitalização do esquecido instituto da fiança. A citada lei tem por objetivo evitar sempre que possível, a prisão preventiva do acusado antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória.

A necessidade e adequação são elementos essenciais para que seja possível a aplicação de tais medidas, o primeiro busca certificar o cabimento da lei penal, conveniência da investigação criminal e impedir a prática de infrações penais. A adequação levará em consideração a gravidade do crime, a conjuntura dos fatos e as condições pessoais do acusado.

A medida cautelar diversa poderá ser empregada a qualquer tempo, no curso da investigação ou do processo, quando se fizer necessária a medida de controle, como medida alternativa à prisão preventiva já decretada e que se revele desproporcional ou desnecessária à luz da situação fática do perigo, poderá também ser usada cumulativamente quando necessário.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade Provisória; Medidas Cautelares; Processo Penal; Lei nº 12.304/2011; Prisão Preventiva.

ABSTRACT

⁶⁹ Professor de Processo Penal da UFPB. Coordenador do Curso de Direito da FESP Faculdades.

⁷⁰ Aluna do Curso de Direito da FESP Faculdades, 7º período. Graduada em Serviço Social pela UEPB.

⁷¹ Aluna do Curso de Direito da FESP Faculdades, 7º período.

Law 12.403/2011, this study's object, is about the legal regime of precautionary measures, offering to the Judge a list of alternative measures to remand and the renewal of forgotten institute of bail. The mentioned law has as objective to avoid always when possible, the defendant's remand before *res judicata* a criminal sentence.

The need and adequation are essential elements for such precautionary measures to be possible, the first seeks to ensure the pertinence of the criminal law, criminal investigation convenience and prevent the commission of criminal offenses. The adjustment will take into account the crime seriousness, facts' conjuncture and defendant's personal conditions.

The diverse precautionary measure can be employed at any time, during investigation or prosecution, when needed the control measure, as alternative measure to already enacted remand that reveals itself disproportionate or unnecessary in light of the factual danger situation, can also be used concurrently when necessary.

KEYWORDS: Provisional Freedom, Provisional Measures, Criminal Procedure, Law No. 12.304/2011; Arrest.

INTRODUÇÃO

A Lei n 12.403/2011 trouxe mudanças ao Código de Processo Penal Brasileiro, parciais é verdade, mas importantes no que diz respeito às garantias dos direitos constitucionais do indivíduo. Trata a nova lei do regime jurídico das Medidas Cautelares, oferecendo ao juiz um rol de medidas alternativas à prisão preventiva e a revitalização do esquecido instituto da fiança.

A medida cautelar é uma forma de garantir que o suspeito de um crime seja processado, mesmo em liberdade. No Estado Democrático de Direito a prisão deve ser uma exceção não uma regra. Antes do advento da referida lei, a prisão processual não era compreendida como uma exceção, ou seja, era aplicada indevidamente. A Lei veio para coibir os excessos cometidos com o seu uso. Tais medidas estão ligadas à situação fática e jurídica tutelada, podendo ser modificadas em caso de alteração de qualquer uma delas. Independente do pedido do interessado as medidas cautelares são revisáveis de ofício, cabendo ao juiz buscar uma medida cautelar mais adequada ao caso concreto, diversa da anteriormente aplicada.

A aplicação da lei 12.403/2011 elimina a ultrapassada e antidemocrática cultura judicial do nosso país de prender cautelarmente os que são presumidos inocentes pela Constituição Federal, usando como base, a opinião subjetiva do julgador sobre a gravidade

do fato. A reforma trouxe a obrigação do Estado de separar os presos processuais dos presos definitivos, pois a cláusula anterior que dizia “quando possível” foi suprimida pela lei atual.

DESENVOLVIMENTO

Fundamentos e Princípios Constitucionais norteadores da Lei 12.304/2011

Tendo por base a Constituição Federal que hierarquicamente se sobrepõe a qualquer Lei ou norma, ao nos depararmos com mudanças no cenário jurídico estaremos diante de normas regradadas por princípios Constitucionais, pois se contrapor a esses fundamentos é o mesmo que tornar ineficaz sua utilização. Não foi diferente com a reforma no Código de Processo Penal introduzida pela Lei nº 12.403/2011, que guardou estrita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, concorrendo com o devido processo legal, ou seja, a regra sempre será a liberdade, pois a supressão parcial ou integral afeta sua dignidade.

Devido Processo Legal (art. 5º, LIV CF/88): consiste no direito de não ser privado da liberdade e de seus bens, sem a garantia que supõe a tramitação de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei.

Dignidade da pessoa humana: por esse princípio o personagem deve ser preservado de tudo que afete sua dignidade enquanto pessoa, esse postulado é fundamento de toda e qualquer norma jurídica e tem ampla abrangência, indo dos direitos individuais aos patrimoniais.

Assim procedendo, o cidadão será merecedor do respeito sobre suas necessidades, quais sejam: saúde, educação, alimentação, moradia, trabalho sendo tratado com igualdade face aos demais, independente da posição social que ocupe.

Princípio da inocência: o réu não pode ser privado da sua liberdade antecipadamente, por presunções infundadas, a prisão processual se justifica apenas quando o réu em liberdade proporcione insegurança acerca da instrução criminal ou para certificar a aplicação da pena após a condenação, e para que isso ocorra é necessário comprovar a causa mesmo que futura desse prejuízo.

Princípio do contraditório: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV da CF/88). Com base nesse princípio, o réu deve saber o motivo da acusação que está sofrendo para poder se defender, evitando assim que seja

condenado sem se pronunciar. Na liberdade processual o acusado tem a faculdade de indicar seu procurador, de produzir provas para sua defesa desde que observadas às permissões legais, no que diz respeito à igualdade processual trata da livre oportunidade que as partes têm de se contrapor aos argumentos oferecidos pela acusação.

Cabe ao Estado provar a culpa do réu, pois esse é revestido da presunção de inocência, não podendo, portanto ser privado de sua liberdade antes da hora, sendo assim a prisão cautelar deve coincidir de forma singular na vida do acusado.

Ninguém poderá ser preso, a não ser em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade competente (art. 5º, LXI, CF), a Carta política mostrou sua preocupação em estabelecer os limites para o Estado prender alguém, de modo que não houvesse prisão indiscriminada e arbitrária.

A Constituição Federal e a nova Lei 12.403/2011 demonstraram cuidados referentes à legalidade da prisão, exercida pelo magistrado competente, caso esta seja ilegal deverá ser imediatamente relaxada (art. 5.º, LXV, CF e Art. 310, caput, do CPP).

Feita essa análise acerca de alguns dos princípios essenciais do direito processual penal passaremos a identificar tais reformas e sua contribuição para a realidade do sistema carcerário a nível nacional, levando em consideração os efeitos que tais alterações trarão para o acusado, a vítima e o Estado que terá sua discricionariedade nos limites da lei.

Agindo portando excepcionalmente por meio da prisão processual, caso preenchido os requisitos previstos no Código de Processo Civil, sendo também aplicáveis outras medidas cautelares que restringiram alguns atos do investigado, ou o imputará um valor determinado pra ser pago (fiança), mas não prejudicará o direito de ir e vir dessa pessoa, antes por óbvio da sentença que assim o condene.

ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.403 DE MAIO DE 2011

Prisão e medidas cautelares

Antes só era cabível a prisão se o acusado fosse pego em flagrante delito, pela pronúncia ou mediante os casos previstos em lei, por ordem escrita de autoridade competente (art.286, CPP).

Com a nova redação dada a esse artigo pela Lei 12.403/11, o juiz deverá analisar o caso e aplicar as uma ou mais medidas cautelares conforme a natureza do fato, sempre levando em consideração a necessidade de aplicação da Lei Penal, e a adequação para cada caso, não sendo o direito aplicável genericamente a todos, de forma indiscriminada. O

juiz pode de ofício decretar as medidas cautelares, mas não exclui que as outras partes assim o requeiram como é o caso da autoridade policial, o Ministério Público e a vítima.

Após a aplicação dessas medidas o réu deve obedecê-las, caso contrário implicará na sua substituição, cumulação com outra cautelar ou até mesmo ter a prisão preventiva decretada.

Devido ao número absurdo de presos que cumprem pena no Brasil em prisão sem que fossem julgados, através da prisão preventiva que em muito contribuiu para a superlotação dos presídios que acaba por afetar o bom funcionamento do mesmo, proporcionando insegurança social, uma vez que é pacífico na sociedade que as prisões mais têm contribuído como uma Escola da criminalidade do que um lugar de ressocialização como lhe é devido. É inegável a contribuição que as novas medidas cautelares trouxeram para a prática forense, pois englobam restrições acerca da liberdade do indivíduo proporcional ao prejuízo que ele possa causar se permanecer em pleno gozo da sua liberdade, indo da mais grave à prisão a mais leve, consistente na proibição de comunicar-se com determinada pessoa.

O art. 282, I, estabelece requisitos que devem ser observados para que a prisão preventiva seja decretada, ou seja, para garantir a aplicabilidade da Lei penal, por conveniência da instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais, o texto não trata dos fatores de garantia de ordem pública e da ordem econômica devendo, portanto além de preencher um desses dois últimos requisitos deve vir acompanhado das hipóteses previstas no art. 282 do CPP, quais sejam; garantia de aplicação da lei penal, conveniência de investigação, ou para evitar que o acusado volte a cometer conduta delituosa.

Os princípios constitucionais penais e processuais penais guardam estrita ligação, observamos isso ao tratarmos da individualização da pena, considerada como a punição a quem cometeu o crime, ou a infração penal não se estendendo a terceiros, em contrapartida a proporcionalidade deverá ser levada em consideração a adequação da medida cautelar aplicada, guardada relação com fato praticado.

As circunstâncias de cada caso determinará a medida cabível, por exemplo, caso alguém seja acusado de homicídio, mas tenha residência fixa, bons antecedentes, seja réu primário, fatores que não prejudicaram o trâmite processual, nem causará insegurança para a sociedade, nada impede que essa pessoa responda a processo em liberdade, pois conforme o princípio da inocência a instauração do processo não acarreta na culpabilidade do acusado, havendo casos de absolvição por falta de provas, de sorte que na dúvida absorve o réu.

A imposição de uma das medidas cautelares não exclui as demais, sendo portanto aplicada tanto isoladamente quanto cumulativamente, nos casos em que assim houver necessidade, como em um acidente de trânsito com vítima fatal, o juiz poderá determinar o pagamento da fiança associado a outra medida cautelar.

Para que a medida cautelar seja aplicada, não sendo pela prisão no curso da investigação criminal não poderá ser decretada de ofício pelo juiz, apenas possui legitimidade de provocação à autoridade competente e o Ministério Público, cabendo ao juiz agir sem intervenção na fase processual. Ao receber o pedido de decretação da medida cautelar deverá chamar a parte contrária para ser ouvida, exercendo portando o princípio do contraditório, caso haja urgência, ou essa intimação cause prejuízo à eficácia da medida cautelar será afastada.

Antes a redação dada ao art.283 do CPP era a seguinte:

A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitada as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.

A nova abordagem dada a esse artigo através da lei 12.403/11 restringiu ainda mais os casos de prisão, sendo, portanto cabível apenas por ordem escrita e fundamentada por autoridade competente que decorra de sentença judicial condenatória, ou no curso da investigação, em virtude de prisão temporária ou preventiva, sendo indispensáveis os requisitos que a lei prevê para essas cautelares.

Os artigos 284 a 288 não sofreram alterações. Trata do procedimento necessário para se efetuar a prisão, e dos cuidados relativos ao mandado.

A mudança ao art. 289 contribuiu de forma positiva ao aperfeiçoar a redação anterior, a alteração que de fato vale ressaltar é a permissão de qualquer meio de comunicação para requerer a prisão em outro juízo havendo urgência. Devido ao avanço tecnológico o legislador substituiu o uso do telegrama que a muito já era ultrapassado por qualquer outro meio de comunicação, desde que o mandado seja acompanhado dos motivos da prisão e do valor da fiança se arbitrado. Merece registro a introdução do §3 que delimita a responsabilidade pela transferência, que sempre trouxe controvérsias acerca do juízo que deveria providenciar a remoção do preso, com a nova redação esse problema é solucionado, cabendo ao juiz processante, dentro de 30 (trinta) dias concretizar o deslocamento do preso para a jurisdição competente, contados da efetivação da medida.

Outro ponto importante foi à criação do art. 289-A, que nas palavras de Guilherme Nucci “é uma promissora inovação no sistema processual penal brasileiro, representando o alcance nacional do mandado de prisão de qualquer pessoa, algo lacunoso no anterior corpo legislativo”. O Conselho Nacional de Justiça manterá um banco de dados, abrangendo todos os Estados da Federação de modo que os mandados de prisão expedidos em todas as comarcas sejam ali registrados.⁷²

Essa providência não descarta a carta precatória contendo a ordem de prisão ou solicitar através de outros meios de comunicação (art. 289 CPP).

⁷² Nesse sentido, Guilherme de Sousa Nucci. Prisão e Liberdade. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p.41.

Independentemente de onde seja efetuada a prisão os preceitos Constitucionais devem ser observados, como o direito que o preso tem de ser assistido por um advogado caso não tenha condições econômicas para tanto a defensoria pública deverá atuar.

Deseja-se que o cadastro nacional de mandatos seja uma ferramenta eficaz para fornecer os antecedentes de qualquer pessoa, de modo que cause maior eficiência da Justiça Criminal no Brasil.

Permaneceram inalterados os artigos: 290 ao 297.

PRISÃO EM FLAGRANTE

As circunstâncias do flagrante e a forma de realizar o auto de prisão em flagrante permanecem inalterados (arts. 301 a 305) pela Lei 12.403/11.

A Constituição Federal no art. 5.º, LXI autoriza a prisão imediata de quem esteja a ponto de cometer um crime ou de quem o tenha cometido. Qualquer pessoa poderá prender quem esteja praticando ao preste a praticar tal conduta definida como crime, o fundamento para tal atuação popular é a *legítima defesa da sociedade*⁷³ não haveria sentido se tal conduta tivesse que ser autorizada por autoridade competente, o que por óbvio incorreria em ineficiência da prestação jurisdicional pelo Estado mesmo que um cidadão comum efetuasse a prisão, mas posteriormente deve ser entregue a autoridade competente, não sendo possível que a sociedade lhe impute pena devido à conduta delituosa sendo legitimado para tanto apenas o Estado na pessoa do juiz, que ao analisar o auto de prisão verificará os preceitos legais, ao manter o auto decidirá se é cabível à liberdade provisória com ou sem fiança.

Merece registro a alteração trazida ao art. 306 do CPP, atribuindo a ciência da prisão ao Parquet, além dos demais previstos no artigo como o juiz competente, a família ou à pessoa pelo preso indicada.

Os artigos 307, 308 e 309 permaneceram sem modificações.

No entanto o juiz ao receber o auto de prisão em flagrante deverá observar a nova redação dada ao artigo 310 com o advento da Lei nº 12.403/11, de forma fundamentada poderá:

I - Relaxar a prisão, na hipótese em que tenha ocorrido ilegalidade, ou se as formalidades legais foram cumpridas art. 307. O relaxamento da prisão não imputa extinção do inquérito que indicará se houve

⁷³ Guilherme de Sousa Nucci, Prisão e Liberdade. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p.55.

crime e quem é o culpado, nesse caso o réu será submetido à liberdade.

II - Converter a prisão em flagrante em preventiva, desde que preenchidos as condições obrigatórias constantes no artigo 312 do CPP.

III - Outorgar liberdade provisória, com ou sem fiança; a ideia de transitoriedade que a denominação nos traz está vinculada a possibilidade de revogação caso o agente não cumpra com as determinações imposta pelo juiz, como o comparecimento a todos os atos processuais ou o pagamento de fiança.

PRISÃO PREVENTIVA

Merece registro a alteração feita ao artigo 312 do CPP, que abrange o âmbito da legitimidade e oportunidade para a decretação da preventiva, antes o Juiz poderia decretar de ofício a prisão cautelar mesmo que na fase de investigação policial, hoje há restrições quanto a essa escolha pela prisão preventiva pelo Juiz que só poderá fazê-la durante o processo.

Chegamos a pensar que a legitimidade dada ao assistente de acusação confirma a intenção de tornar exequível a realização da justiça. *Não é mais momento para considerar a vítima como mera expectadora do processo, buscando, unicamente, a condenação do réu para fins de condenação civil. Essa ideia é ultrapassada, pois até mesmo durante o processo-crime pode o ofendido litigar, pleiteando a reparação civil*⁷⁴.

Como iremos verificar ao ler o artigo em nada foi alterado, e se acrescentou o parágrafo único a esse artigo, as exigências para que seja concedida a prisão cautelar continuam as mesmas, quais sejam: garantia de ordem pública e econômica, por conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal, havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

⁷⁴ Guilherme de Sousa Nucci, Prisão e Liberdade. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p.62.

Merece nossa atenção às alterações em diversos pontos do artigo 313 do CPP, o elemento subjetivo (dolo), não mais a espécie da pena é levada em consideração, ou seja, detenção ou reclusão observa-se, portanto a intenção como requisito referencial.

Para as infrações penais com pena inferior a 4 (quatro) anos aplicam-se se necessário medidas cautelares alternativas (art. 319 CPP), destinada a resolver condutas típicas de menor gravidade.

A reincidência em crime doloso que tenha o acusado sido condenado em outro momento foi recepcionada pelo novo artigo, é necessário para tanto que não tenha transcorrido os 5 (cinco) anos de caducidade (art. 64, I do CP).

Merece análise da possibilidade do acusado ser condenado por crime culposos e está respondendo por um delito doloso, ou de forma diversa, apenado por crime doloso e lhe ser imputado um delito culposos. Em nenhuma dessas hipóteses será cabível a prisão cautelar, salvo se houver presente no caso concreto outros requisitos da cautelar (art. 312 CPP).

Certamente a novidade introduzida pela Lei 12.304/11 em muito contribuiu para a concretização do dever jurisdicional do Estado principalmente para a parte mais vulnerável, que nesse caso as pessoas que são vítimas de crimes cujo agente ativo guarda relação familiar com a vítima, ou quando o crime for praticado contra criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência. É claramente perceptível que a intenção do legislador foi de inibir e reprimir esse tipo de ação no ambiente familiar e contra pessoas que fisicamente ou psicologicamente são incapazes de exercer ampla defesa sobre quem os constranja.

Ao artigo 314 do CPP foi feita apenas uma alteração referente ao dispositivo previsto no Código Penal, devido as alterações feitas com o Decreto Lei 2.848, de 7 de Dezembro de 1940, referente as excludentes de ilicitude, atualização que por sinal a muito deveria ter sido feita.

A decisão em que o Juiz decretar, não conceder ou substituir a prisão preventiva será sempre motivada (art. 315 CPP), a comutação do termo despacho por decisão proporcionou o aperfeiçoamento da norma, uma vez que um simples despacho não é suficiente para decretar a prisão cautelar e sim uma decisão, o verbo substituir está relacionado com a não observância por parte do acusado da medida a ele imposta pelo magistrado, o que poderá ser substituída por essa cautelar.

Não é novidade as decisões cuja fundamentação se restringe a letra da lei, como, por exemplo, decreto a prisão de João por motivo de Ordem Pública. Em nada há fundamentação nessa decisão, pois os fatos que levaram o magistrado a tomar tal decisão é que deverá fornecer pressupostos necessários para chegar aos motivos de ordem econômica.

PRISÃO DOMICILIAR

Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Esse tipo de prisão só era possível no nosso ordenamento em duas situações:

I - Quando não houvesse local adequado para o cumprimento da prisão especial (art. 295 do CPP).

II - Ou quando condenado em regime aberto, conforme condição pessoal, art. 117 da Lei de Execução Penal.

Com a nova redação dada ao art. 318 a prisão domiciliar passa a ser admitida como uma medida cautelar, ou seja, antecede a prisão definitiva. Essa alteração implicou numa maior rigorosidade em comparação ao previsto no art. 117, I, da Lei de Execução Penal, que prevê que a idade do apenado seja 70 anos, já o Código de Processo Penal com a nova formulação dada ao art. 318 pela Lei nº 12.304/2011 estabelece que a idade mínima para a concessão dessa medida é 80 anos. A debilidade por doença grave deve comprometer as atividades normais do indivíduo, como andar, comer, cuidar da sua higiene pessoal sem precisa de ajuda de terceiros.

A idade do dependente do agente para os cuidados essenciais quer seja pela idade inferior a 6 anos ou por deficiência.

Nas palavras de Guilherme Nucci *a prisão domiciliar advém da decretação da prisão preventiva; em lugar de se manter preso em presídio comum, diante de suas particulares condições pessoais, pode-se transferi-lo para o recolhimento domiciliar.*

DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO PREVENTIVA

Podemos afirmar que a maior inovação desta Reforma do Código de Processo Penal em 2011, foi à instituição de medidas cautelares diversas da prisão, juntamente com a revitalização do instituto da fiança, nos termos do art. 319, acabando com a prática até então utilizada da prisão-liberdade.

Segundo Aury Lopes JR: “Importante sublinhar que **não se trata de usar tais medidas quando não estiverem presentes os fundamentos da prisão preventiva.** Nada disso. São medidas cautelares e, portanto, exigem a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, não podendo, sem eles, serem impostos. Inclusive, se durante uma prisão preventiva desaparecer completamente o requisito e/ou fundamento, deve o agente ser libertado sem a imposição de qualquer medida alternativa.”

A medida cautelar diversa poderá ser empregada a qualquer tempo, no curso da investigação ou do processo, quando se fizer necessária a medida de controle, como medida alternativa a prisão preventiva já decretada e que se revele desproporcional ou desnecessária a luz da situação fática do perigo, poderá também ser usada cumulativamente quando necessário.

Com a falta de fixação pelo legislador de prazo máximo de duração das medidas cautelares diversas, a exemplo da prisão preventiva, caberá ao juiz examinando o caso concreto coibir os abusos e quando não for mais necessário ou proporcional, substituir a medida por outra menos gravosa ou mesmo retirá-la por completo.

Para a fixação das medidas cautelares o juiz poderá decretá-las de ofício ou a requerimento das partes se estiver no curso da ação penal. (art. 282, §2º) Se na fase de investigação criminal propriamente dita a lei determina que deverá ter representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público.

No caso do descumprimento da medida, ou das medidas conforme o caso concreto, o juiz poderá de ofício, mediante requerimento do Ministério Público, do assistente de acusação ou do querelante, substituir a medida, acumular outra medida com a já existente ou ainda, em último caso decretar a prisão preventiva. Não havendo limites a quantidade de medidas a serem adotadas desde que haja compatibilidade entre elas

ESPÉCIES DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS

Art. 319 São medidas cautelares diversas da prisão:

I – Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

O juiz deverá determinar o comparecimento mensal, semanal ou diário em situações de necessidade de controle mais rigoroso, obvio que o comparecimento diário será extremamente oneroso ao imputado, devendo o juiz se utilizar dessa medida só em casos realmente extremos. Como regra geral, o comparecimento deve ser mensal.

A medida cautelar, qualquer que seja, deverá verificar entre outras coisas o horário de trabalho do agente para não prejudicá-lo em sua jornada, devendo pautar-se pela menor onerosidade possível, inclusive nos possíveis danos sociais para o imputado.

Tal medida visa um controle das atividades do imputado, permitindo ao juiz uma fiscalização mais eficaz sobre o mesmo, esse comparecimento ao juízo deveria para não se tornar mera formalidade, ter a presença do juiz em pelo menos algumas delas sendo o agente entrevistado por tal autoridade.

II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstancias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações.

Tal proibição visa impedir que o agente volte a praticar novos delitos, eh uma medida de uso também no direito estrangeiro, porem deverá ser usada com cautela para que não se torne uma pena de banimento. Teria maior eficácia se tal medida fosse utilizada cumulativamente com a monitoração eletrônica, dando maior segurança de que ele realmente respeitaria a limitação imposta. Resta saber se o Estado tem condições de implantar e fiscalizar tais medidas. Tal medida poderá ser usada, por exemplo, em relação a imputados que habitualmente envolvam-se em delitos em casas noturnas ou mesmo em situações de violência doméstica mais comum do que se imagina.

III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

Aqui o objetivo da tutela é claro: proteger uma pessoa determinada, a vítima, testemunha, co-autor, etc. Tal medida cumpre a função cautelar da tutela da prova. Tendo a própria pessoa tutelada o poder/responsabilidade de denunciar o imputado no caso de descumprimento da medida. Caso o agente viole a proibição e ameace a pessoa protegida pela ordem, a prisão poderá ser decretada.

IV – proibição de ausentar-se da comarca ou do país ou quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

A redação anterior incluía “para evitar fuga” o que era muito mais adequado para a eficácia da lei penal, restringindo-se agora a tutela da prova, sendo assim entende-se que, colhida à prova, desaparece a sua função como cautelar. Poderá a proibição ser absoluta ou relativa, podendo, por exemplo, o agente se ausentar da comarca para trabalhar. Poderá ser conciliada com o disposto no art. 320:

Art. 320. A proibição de ausentar-se do país será comunicada pelo juiz as autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de vinte e quatro horas.

O descumprimento desta determinação será considerado como descumprimento da medida cautelar podendo ser decretada a prisão preventiva.

V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o acusado tenha residência e trabalho fixos;

Deverá o imputado permanecer em sua residência todas as noites e nos dias em que não tiver que trabalhar ou estudar em estabelecimento de ensino oficial. Tal medida deverá, para que seja eficaz, ser cumulada com monitoração eletrônica, se por outro lado a fiscalização for de responsabilidade da polícia judiciária, deverá esta apresentar relatórios periódicos das diligências realizadas ao juiz. Esta é uma medida que servirá para minorar o risco de fuga e para a tutela de prova.

VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

O campo de atuação de tal medida se dá nos crimes econômicos e naqueles praticados por servidores públicos no exercício da função, na intenção de prevenir crimes futuros. Como toda medida cautelar deverá ser fundamentada, não se admitindo decisões genéricas, para evitar que o imputado se veja submetido por prazo indeterminado, a severas restrições de direitos fundamentais. De acordo com o caso concreto deverá ser comunicado ao órgão público ou entidade de classe a qual o agente esteja ligado. É uma medida gravosa e não se deve correr o risco de utilizá-la como antecipação de pena.

VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos

concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

Para a aplicação desta medida exigem-se três requisitos: crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, imputabilidade ou semi-imputabilidade demonstrada por perícia e risco de reiteração criminosa. São requisitos cumulativos. Deverá a internação ocorrer em Hospital de Custódia para tratamento psiquiátrico, ou, na falta deste, em outro estabelecimento que seja adequado para tal fim.

VIII – fiança, nas infrações que a admitem para assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

O instituto da fiança foi profundamente modificado pela Lei 12.403/2011, tendo seu campo de atuação aumentado. A fiança é uma garantia patrimonial prestada pelo imputado e que servirá para pagamento das despesas processuais, indenização e multa, em caso de condenação, e para inibir a fuga, considerando-se o alto valor que poderá atingir. Trata-se de medida de contracautela usada para evitar que o acusado permaneça preso provisoriamente (prisão cautelar) e ao mesmo tempo garantindo a eficácia da aplicação da lei penal.

Deve existir uma proporcionalidade em relação à gravidade do crime e a possibilidade econômica do agente na aplicação desta cautelar.

A fiança será fixada em salários mínimos nos termos dos arts. 325 e 326 do Código de Processo Penal:

Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:

I – de 1(um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos;

II – de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.

§1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser:

I – dispensada, na forma do art. 350 deste Código;

II – reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou

III – aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

A fiança poderá ser aplicada em qualquer fase da investigação ou do processo (até o trânsito em julgado), tanto pela autoridade judicial como também policial. A fiança imposta pela autoridade policial está especificada pelo art. 322 do CPP:

Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

Se o réu for condenado e se apresentar para cumprir a pena imposta, o valor da fiança lhe será devolvido abatendo-se o valor das custas, multa e indenização que for fixada na sentença penal. Se for absolvido lhe será devolvido o valor total deixado em fiança. Assim diz os arts. 336 e 337:

Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado.

Parágrafo único. Este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória (art. 110 do Código Penal).

Art. 337. Se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado sentença que houver absolvido o acusado ou declarada extinta a ação penal, o valor que a constitui, atualizado, será restituído sem desconto, salvo o disposto no parágrafo único do art. 336 deste Código.

A fiança será considerada quebrada quando:

Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado:

I – regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo;

II – deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;

III – descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;

IV – resistir injustificadamente a ordem judicial;

V – praticar nova infração penal dolosa.

No quebramento da fiança ocorrerá perda da metade do valor depositado e caberá ao juiz decidir a imposição de nova medida cautelar ou em ultimo caso decretar a prisão preventiva.

IX – monitoração eletrônica.

A medida em pauta tem caráter coercitivo, assim como todas as demais medidas aqui já elencadas, consiste em submeter o imputado à fiscalização por meio de sistemas eletrônicos de forma que possa ser localizado de imediato. Para isso o acusado usará junto ao corpo dispositivo tecnológico próprio, com a ressalva de que tal dispositivo não poderá causar malefícios a sua saúde e integridade física. A recusa do agente em utilizar tal dispositivo, importa em descumprimento da medida imposta, sendo motivo para decretação da prisão preventiva.

CONCLUSÃO

Apesar de não termos ainda a tão esperada reforma do Código de Processo Penal, esta mudança parcial de que tratamos aqui é melhor do que aquilo que se tinha no CPP de 1941. Podemos dizer que essa foi uma reforma mais política do que jurídica, necessária diante de um quadro em que o sistema carcerário brasileiro esta em colapso. No ano em curso superamos o numero de 500 mil presos, sendo que, destes, quase 200 mil são presos provisórios.

Com a ampliação das medidas cautelares, entre elas a fiança que foi ampliada e atualizada, surge também à prisão domiciliar cautelar, prevista anteriormente para o cumprimento de pena, agora também poderá ser usada no âmbito da ação penal e sua cautela, justificando-se seu uso de acordo com a condição pessoal do acusado ou pela necessidade de seus dependentes. No caso da fiança, que teve seus valores revistos e atualizados, poderá ser aplicada pela autoridade policial no caso de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 04 (quatro anos). Acima disso somente o juiz pode fixá-la, em ate 48 horas.

Ausentes os requisitos que validariam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder a liberdade provisória, impondo, se for cabível, as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP e observados os critérios constantes do art. 282 da necessidade e adequação.

Importante destacar também a criação do art. 289-A, que traz uma norma programática direcionada ao CNJ (pendente de regularização). Trata da criação de um banco de dados nacional contendo todos os mandados de prisão expedidos no País. Visando agilizar o controle das prisões efetuadas e dos mandados expedidos, facilitando e

agilizando o trabalho nas investigações, assim que a pessoa procurada é presa compete ao juiz processante informar ao CNJ para a atualização do banco de dados.

Boa parte dessas medidas inovadoras depende da estruturação por parte do poder público, pois não depende só da lei estar em vigor, mas sim de colocá-la em prática a contento, fazê-la funcionar.

O ideal é que a letra da lei seja cumprida com muita seriedade, sejam resguardados os direitos e garantias fundamentais, que o devido processo legal seja cumprido.

Evitar que se faça cumprir uma pena antecipadamente, principalmente se o sujeito é presumidamente inocente. Por que uma prisão inicial se ao final ele poderá ser absolvido?

A lei veio dar um basta, nos excessos cometidos com o uso da prisão cautelar, a fim de aprimorar o instituto da fiança, que estava em desuso, trouxe modificações significativas com a adoção das 09(nove) medidas cautelares substitutas da prisão, conforme analisadas anteriormente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2009.

Código Penal

Código de Processo Penal

LOPES, Aury JR. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. 2ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Editora Lumen Juris, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade – As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. 4ª tiragem. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SANTIN, Valter Foletto e MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva (organizadores). **Inovações à Prisão Preventiva e as Medidas Cautelares Trazidas pela Lei 12.403/2011**. São Paulo, SP: Edições APMP, 2011.

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS

Os trabalhos submetidos devem ser enviados por email, digitados em espaço 1,5, tipo 12, letra Arial, alinhamento justificado, em programa Microsoft Office Word 97-2003 (inclusive recente), conforme normas da ABNT e em duas vias impressas. Uma das duas vias impressas deve vir sem informação que identifique a autoria. As versões impressas não serão devolvidas ao autor, que manterá seu texto em arquivo para as eventuais modificações sugeridas pelos pareceristas. Em folha à parte devem vir o título, endereço completo, filiação a instituições de ensino ou pesquisa, cargo, titulação, telefone, fax e e-mail do autor.

As "Notas" devem ser digitadas ao fim de cada página, numeradas a partir de 1. Se houver nota referente ao título, esta recebe asterisco e não numeração. As notas não devem ser utilizadas para referência bibliográfica. Citações com menos de quatro linhas devem ser destacadas com aspas. Citações com quatro linhas ou mais devem ter recuo de 4cm, fonte 10 e espaço simples. As referências devem ser feitas no corpo trabalho segundo o exemplo: ...como diz Preti (1991: 43)...; referências após citação: (Preti 1991:43); no caso de paráfrase (cf.: Preti 1991:43). Nunca usar idem, ou idem, ibidem. Para ênfase usar itálico e não sublinhar.

"Tabelas", "gráficos", "desenhos", "quadros" e "árvores" devem ser encaminhados, também separadamente, em versão impressa, pronta para ser fotografada, em laser/ink jet ou tinta nanquim. Devem ser numerados e ter título. Apenas as iniciais do título devem estar em maiúsculas.

Referências: digitar a expressão REFERÊNCIAS. Os autores devem estar em ordem alfabética, sem numeração das entradas e sem espaço entre as referências. O principal sobrenome de cada autor é seguido de vírgula e do nome e sobrenomes. O nome de outros autores, quando houver, ou dos organizadores da obra de onde for retirado o artigo, precedem o sobrenome. Os títulos de livro, coletânea ou revista devem vir em itálico. Na segunda entrada de um mesmo autor, seu nome é substituído por um traço de 5 toques. A data identificadora da obra deve vir entre pontos, após o nome do autor (outras datas relevantes no final da entrada). Mais de uma obra de um autor no mesmo ano devem ser identificadas por letras a, b, c, etc. após a data.

Tamanho do artigo: **12 a 15 páginas.**

Endereço:

Av. Flávio Ribeiro Coutinho, 805, 3º

Piso; Manaíra Shopping;

Bairro: Manaíra;

Cidade: João Pessoa – PB

CEP: 58037-000

Fone: (0xx83) 2106 6175