



REVISTA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ





PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado do Pará

DIREÇÃO

Presidente

Desembargadora RAIMUNDA DO CARMO GOMES NORONHA

Vice-Presidente

Desembargadora ELIANA RITA DAHER ABUFAIAD

**Corregedora de Justiça das Comarcas da Região
Metropolitana de Belém**

Desembargadora DAHIL PARAENSE DE SOUZA

Corregedora de Justiça das Comarcas Interior

Desembargadora MARIA DE NAZARÉ
SILVA GOUVEIA DOS SANTOS

Desembargadores

MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE
RAIMUNDA DO CARMO GOMES NORONHA
RÔMULO JOSÉ FERREIRA NUNES
LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO
JOÃO JOSÉ DA SILVA MAROJA
VÂNIA VALENTE DO COUTO FORTES BITAR CUNHA
RAIMUNDO HOLANDA REIS
ELIANA RITA DAHER ABUFAIAD
BRIGIDA GONÇALVES DOS SANTOS
VÂNIA LÚCIA CARVALHO DA SILVEIRA
CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO
MARIA DE NAZARÉ SILVA GOUVEIA DOS SANTOS
RICARDO FERREIRA NUNES
LEONARDO DE NORONHA TAVARES
MARNEIDE TRINDADE PEREIRA MERABET
CLÁUDIO AUGUSTO MONTALVÃO DAS NEVES
MARIA DO CARMO ARAÚJO E SILVA
CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO
MARIA DE NAZARÉ SAAVEDRA GUIMARÃES
DAHIL PARAENSE DE SOUZA
LEONAM GONDIM DA CRUZ JÚNIOR
DIRACY NUNES ALVES
RONALDO MARQUES VALLE
GLEIDE PEREIRA DE MOURA
JOSÉ MARIA TEIXEIRA DO ROSÁRIO
HELENA PERCILA DE AZEVEDO DORNELLES
MARIA DO CÉO MACIEL COUTINHO
MARIA EDWIGES MIRANDA LOBATO
ROBERTO GONÇALVES MOURA
VERA ARAÚJO DE SOUZA

REVISTA DO TJPA

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA, BIBLIOTECA,
REVISTA E EMENTÁRIO

Presidente

Desa. VÂNIA VALENTE DO COUTO FORTES BITAR CUNHA

Membros

PAULO VITOR SERENI MURRIETA
HUMBERTO DE CASTRO JUNIOR

Organização

LUIZ ALBERTO PEQUENO DE PAIVA

Auxiliares

ROSANA MARY JASSÉ BORGES

Revisão

PAULA HELENA MENDES LIMA

Editor

WALBERT MONTEIRO - DRT 1095

Diretor do Departamento de Relações Institucionais

Projeto Gráfico e Diagramação

CARLOS HENRIQUE E MAURO SOBRAL

Fotos

NEWTON RICARDO LIMA DE OLIVEIRA

Ao comemorar os 86 anos da REVISTA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, apresentamos à comunidade jurídica análises sobre diversas temáticas do Direito. Trata-se de uma compilação de questões atuais em matérias subscritas por magistrados e professores que, certamente, fazem-se cogente a toda biblioteca onde o Judiciário desponta.

Nesta edição merecem destaque artigos que versam sobre o ensino jurídico e os debates do cotidiano do Poder Judiciário, tais como “A Crise da Justiça a partir da Teoria de John Rawls”, do Dr. Jean Carlos Dias; “Análise Crítica do Voto do Ministro Ayres Brito quanto à demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol sob a visão da Teoria de Ronald Dworkin”, da Juíza Danielle Karen da Silveira Araújo Leite; “Diálogo de Fontes: Código de Defesa do Consumidor”, de autoria da Juíza Maria Filomena de Almeida Buarque.

Temos, ainda, os artigos “A inconstitucionalidade da investigação de crime doloso contra vida de civil cometido por militar mediante IPM”, do Juiz Flávio Sanchez Leão; “A Reintegração de Posse em Terras Públicas e a impossibilidade de indenização das benfeitorias”, da Juíza Bárbara Oliveira Moreira; e “A Necessidade e Utilidade da intervenção do Amicus Curiae nas tutelas coletivas como instrumento de participação democrática”, da Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Rosalina Moitta Pinto



da Costa com a Mestranda Pauliane do Socorro Lisboa Abraão.

A legislação e a jurisprudência encontram-se condensadas em CD anexado a esta edição.

Tenho a certeza de que, a partir das análises e questionamentos aqui levantados pelos autores, todos poderão aperfeiçoar conhecimentos e seus olhares sobre os temas abordados, principalmente pelo nível máximo dos artífices à frente de cada assunto.

Desembargadora RAIMUNDA DO CARMO GOMES NORONHA
Presidente do Tribunal de Justiça do Pará



ESTADO
PODER JUDICIAL
TRIBUNAL

6 **ENTREVISTA**
Desembargador Rômulo José Ferreira Nunes

ARTIGOS

10 Análise crítica do voto do ministro Ayres Brito quanto a demarcação da terra indígena raposa serra do sol sob a visão da teoria de Ronald Dworkin - Danielle Karen da Silveira Araújo Leite

17 Diálogo de Fontes:
Código de Defesa do Consumidor - Maria Filomena de Almeida Buarque

26 A inconstitucionalidade da investigação de crime doloso contra vida de civil cometido por militar mediante ipm - Flávio Sánchez Leão

36 A reintegração de posse em terras públicas e a impossibilidade de indenização das benfeitorias - Bárbara Oliveira Moreira

43 A necessidade e utilidade da intervenção do amicus curiae nas tutelas coletivas como instrumento de participação democrática - Rosalina Moitta Pinto da Costa, Pauliane do Socorro Lisboa Abraão

64 A crise da justiça a partir da teoria de John Rawls - Jean Carlos Dias

A JUSTIÇA BRASILEIRA DEIXOU DE SER ENCASTELADA PARA ESTAR MAIS PRÓXIMA DO JURISDICONADO

Desembargador Rômulo José Ferreira Nunes

Com 33 anos de exercício da Magistratura, onde ingressou brilhantemente por concurso público no qual obteve o primeiro lugar, o desembargador Rômulo José Ferreira Nunes presidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Pará no biênio 2009/2010 e, atualmente, exerce a função de Diretor Geral da Escola Superior da Magistratura.

Nesta entrevista, ele avalia a evolução da Justiça Brasileira nesta primeira década do Século XXI e destaca as comemorações que estão sendo previstas para registrar a passagem do 30º aniversário de instalação da Escola, que é uma das mais antigas do país e a possibilidade de sediar, dentro do calendário de eventos do Tribunal, a reunião do Conselho Permanente de Diretores de Escolas de Magistratura (COPEDEM). Confira:



Revista - O senhor deixou a presidência do TJPA e assumiu a direção geral da Escola Superior da Magistratura. De que modo a sua experiência como Chefe do Poder Judiciário pode contribuir para otimizar a gestão da ESM?

RN - Tenho 33 anos de efetivo serviço prestado à magistratura de meu Estado. Sou atualmente o terceiro mais antigo na carreira e exerci todos os cargos de direção, tanto do Tribunal Regional Eleitoral como do Tribunal de Justiça, o que me autoriza dirigir a Escola Superior da Magistratura, único cargo que ainda faltava ocupar. Com a experiência adquirida na gestão e na docência superior, posso constatar as deficiências da Escola e o que podemos fazer para atingirmos a eficiência, levando em conta a disponibilidade financeira. Faço agora uma afirmação: se depender de mim, tudo será feito para otimizar a gestão da Escola de modo que alcance lugar de destaque no cenário nacional.



Revista - Que análise o senhor faz desta primeira década do Século XXI, em termos da justiça brasileira?

RN - Faço uma análise positiva. A Justiça brasileira deixou de ser encastelada, hermeticamente fechada, inibida, para ser uma Justiça atuante e mais próxima do jurisdicionado. Antes, e apenas para ilustrar, era raro uma pessoa do povo saber o que é o STF, o STJ, ou mesmo o que faz um desembargador. Hoje, temos a rádio e a TV Justiça cumprindo o seu papel de informar a população sobre o verdadeiro papel do Poder Judiciário como um dos pilares da democracia. Não bastasse isso, o Poder Judiciário passou a apreciar e julgar questões que antes não fazia, a exemplo dos Planos econômicos, a resolução das demandas de assistência à saúde e os famosos crimes de colarinho branco.

Revista - A Escola da Magistratura vai completar, em 2012, 30 anos de bons serviços. Como o senhor avalia a importância dela no aprimoramento dos magistrados? Os treinamentos à distância têm se mostrado eficazes?

RN - Eu não posso falar da Escola da Magistratura paraense nesses 30 anos sem lembrar que sua criação ocorreu na gestão do então presidente do TJ desembargador Manoel Cacela Alves, em 1982, e o primeiro diretor o desembargador, professor e intelectual Silvio Hall de Moura. Daí por diante, todos aqueles que dirigiram a Escola deram a sua importante contribuição para chegarmos ao patamar de eficiência atual. Durante esse período ocorreram melhoramentos e foram realizadas inúmeras atividades acadêmicas, com o intuito de aprimorar o conhecimento dos integrantes da magistratura. O mesmo se diga com relação ao

ensino à distância, considerada uma ferramenta indispensável nos dias atuais e que já estamos utilizando na nossa Escola. Não há dúvida que essa modalidade de ensino propicia o conhecimento de maneira mais ampla e menos onerosa, permitindo resultados tão satisfatórios quanto no ensino presencial. Diversos cursos já foram feitos dessa forma e a eficácia do método é irrefutável.

Revista - Que programação está sendo planejada para comemorar os 30 anos?

RN - A Escola fará 30 anos no mês de dezembro de 2012 e é uma das mais antigas do país. Por essa razão, dentro dos limites orçamentários, realizaremos vários eventos, sendo o principal deles trazer até a nossa capital a reunião do COPEDEM (Conselho Permanente de Diretores de Escolas de Magistratura).

Revista - Na sua gestão o TJPA alcançou posições expressivas no cumprimento de metas propostas pelo CNJ. Qual a importância dessas diretrizes para o judiciário brasileiro?

RN - Logo ao assumir a presidência do Tribunal (2009/2011), o Conselho Nacional de Justiça apresentou dez metas de nivelamento que deveriam ser cumpridas por todos os Tribunais do país. Dentre essas metas, a mais difícil de ser cumprida era a Meta 2, através da qual deveriam ser julgados todos os processos distribuídos até 31 de dezembro de 2005, em que o Poder Judiciário paraense obteve o quinto lugar, alcançando, portanto, pelo esforço de todos os magistrados, lugar de destaque no cenário nacional. É claro que essas diretrizes impostas pelo CNJ foram de extrema importância, porque sacudiram a letargia dos Tribunais, com uma repercussão positiva na sociedade brasileira.



Revista - A implantação da Casa da Cidadania e Justiça foi efetuada, também, durante a sua gestão como presidente. Qual a importância desse projeto?

RN - A implantação da Casa da Cidadania e Justiça foi recomendação do Conselho Nacional de Justiça durante a presidência do Ministro Gilmar Mendes, o qual esteve presente por ocasião da inauguração. A idéia é excelente, porque objetiva centralizar num único espaço vários serviços a serem prestados aos jurisdicionados, devido a participação de vários parceiros, como a Justiça Eleitoral, Justiça do Trabalho, Ministério Público e Defensoria Pública. Essa aproximação do Poder Judiciário com a população é salutar, e quando o serviço prestado é de qualidade, evidente que todos saem ganhando.

Revista - Após 4 anos seguidos no exercício da Presidência e da Vice, do TJPA, o senhor retorna à bancada e volta a receber processos. Como é essa experiência e, também, como o senhor analisa o cumprimento da Meta 2 no 2º grau da jurisdição?

RN - Depois de ter dado a minha contribuição, exercendo cargos de direção no TJ, retorno à minha bancada no Pleno e órgãos fracionários, com a responsabilidade redobrada de cumprir com eficiência a jurisdição, principalmente agora diante do considerável aumento da demanda processual. Voltei a fazer o que gosto, que é julgar, me esforçando para atender as características que o juiz deve ter e que foram apontadas por Sócrates: escutar com cortesia, responder sabiamente, ponderar com prudência e decidir imparcialmente. Quanto à meta 2 no 2º Grau de Jurisdição, acompanhei de perto o seu cumprimento na condição de Presidente do TJ. Constatei o desempenho dos Desembargadores, e quase todos conseguiram esse objetivo, inclusive com prejuízo de ordem pessoal. Foi com muita satisfação que nas sessões do Pleno entreguei os certificados do CNJ àqueles que cumpriram com a referida meta.

Revista - Recentemente foi assinado um convênio para a realização de curso de especialização em Direito Ambiental. Qual a importância dessa disciplina para o universo jurídico?

RN - Louvável a iniciativa da Presidência do TJ em assinar o convênio para a realização do Curso de especialização em Direito Ambiental. Ninguém ignora a importância dessa disciplina nas relações em sociedade, sobretudo a sua contribuição para o desenvolvimento sustentável, na busca da proteção do meio ambiente em suas mais variadas formas, inclusive o patrimônio cultural, de forma equilibrada, atendendo aos ditames da Constituição da República. Essa disciplina enfrenta vários desafios como, por exemplo, além das demandas ambientais, a recente discussão sobre mudanças climáticas ou destinação de resíduos que geraram efeitos e impactos às futuras gerações.

Análise crítica do voto do ministro Ayres Brito quanto a demarcação da terra indígena raposa serra do sol sob a visão da teoria de Ronald Dworkin

Danielle Karen da Silveira Araújo Leite*

RESUMO

Um dos principais críticos da doutrina positivista, o filósofo Ronald Dworkin representa um divisor de águas entre a teoria pura do direito e a teoria do direito natural. O foco principal de sua teoria é a análise da prática judicial, e, por meio dela, Dworkin define o direito como parte de um construtivismo hermenêutico¹. Segundo Dworkin, é importante conhecer o modo como os juízes decidem as causas, como pensam acerca do que é o direito, e, o tipo de divergência em torno dessa discussão. O voto do Eminent Ministro Ayres Brito quanto a demarcação da terra indígena RAPOSA SERRA DO SOL é um exemplo prático dessa nova concepção filosófica.

PALAVRAS CHAVE: Dworkin, direito, demarcação, raposa do sol, pratica judicial.

ABSTRACT:

One of the main critics of the assertive doctrine, the philosopher Ronald Dworkin represents a divisor of waters between the pure theory of the right and the theory of the natural right. The main focus of his theory is the analysis of the judicial practice, and, through it, Dworkin defines the right as part of a constructivism translator¹. According to Dworkin, it is important to know the way as the judges decide the causes, how they think concerning what is the right, and, the divergence type around that discussion. The vote of the Eminent Minister Ayres Break as for the demarcation of the indigenous earth RAPOSA SERRA DO SOL is a practical example of that new philosophical conception.

WORDS KEY: dworkin, right, demarcation, raposa serra do sol, judicial practices.

* Juíza de Direito 2º Vara Civil de Marabá

¹ Dworkin, Ronald in O império do direito-2ªed.-São Paulo :Martins Fontes, 2007.p.5

INTRODUÇÃO

O objetivo desse estudo é proceder a análise do voto do Eminentíssimo Ministro Ayres Brito acerca da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol segundo a doutrina Dworkiniana.

Preliminarmente, faz-se necessário estabelecer comentários sucintos acerca das principais “escolas” que definem o fenômeno jurídico. Desde a escola clássica de H.Kelsen à Escola Jusnaturalista. Verificar-se-á o quanto a doutrina de Dworkin é interessante, pois seu estudo está centrado na prática judicial e, nesse mister, procura explicar o fenômeno jurídico como sendo de origem interpretativa, envolvendo: regras, princípios e práticas sociais.

Num segundo momento analisar-se-á o voto do Ministro Ayres Brito com relação a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol segundo a visão Dworkiniana, ou seja, como, de que modo e os critérios adotados pelo Eminentíssimo Ministro ao proferir o seu voto.

PRINCIPAIS TEORIAS SOBRE O DIREITO

Diversas teorias tentam explicar o fenômeno jurídico: desde as “escolas formalistas”, que privilegiam a segurança jurídica à forma exterior da regra de direito, as “escolas idealistas”, cuja finalidade é atingir um ideal de justiça segundo a ordem moral, e “as escolas realistas”, as quais estão centradas no progresso social². As doutrinas idealistas ou “jusnaturalistas” defendem a idéia de que existe um ideal de justiça superior ao direito positivo. Afirmam que o direito natural procede da natureza e que há princípios não-escritos superiores ao direito positivo, privilegiando acima de tudo a busca pela justiça. Segundo a doutrina jusnaturalista o homem pode furtar-se a cumprir as regras que confrontarem com o direito Ideal. A filosofia idealista se desenvolveu

na Antiguidade, na Idade Média, nos séculos XVII e XVIII e no mundo contemporâneo, com conteúdos diversos³. Existem ainda as teorias positivistas cujo objetivo principal é a purificação do direito em relação à moral e os outros ramos do conhecimento e tem com o pressuposto essencial a norma jurídica como manifestação estatal, cujo descumprimento importa necessariamente em uma sanção. Divergem entre si o positivismo jurídico e o positivismo sociológico. O positivismo jurídico reconhece valor tão somente às regras de direito positivo e em resumir todo o direito vigente em dada época e em dado Estado, pouco importando se é justo ou não. Já o positivismo científico, o direito é fruto dos fatos, da história, da economia ou da sociologia, deixando de ser o produto do poder arbitrário do Estado, para se tornar um produto social. Para o positivismo sociológico, o direito é o querer-viver da sociedade, ou seja, o direito se reduz ao direito positivo, tal como se apresenta em determinada sociedade e em dado território, sem qualquer análise dos fatos sociais.

Em contraponto a escola positivista, Ronald Dworkin define que o direito é formado por outros elementos além das regras. Segundo ele, o sistema jurídico é composto de princípios, regras e políticas. Sendo que os princípios são fatores de correção entre a moral e o direito. Com relação a esta última corrente é que vamos nos preocupar no presente estudo, já que analisaremos a decisão segundo a sua concepção.

ANÁLISE DA PRÁTICA JUDICIAL

Dworkin fundamenta sua teoria sob a análise da prática judicial. Sua teoria está focada na decisão judicial. Não porque entenda que os juízes são mais importantes em relação aos demais operadores do direito, pois o que interessa para ele não é a figura

² Bergel, J.-L. (2001). Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes.P.9

³ (Bergel, 2001) P.14

do operador do direito em si, mas, o que os operadores entendem com direito. No caso, o importante da análise da decisão judicial é saber o que o juiz interpreta como sendo o direito.

Sobre o assunto escreveu que:

“Estudaremos o argumento jurídico formal a partir do ponto de vista do juiz, não porque apenas os juízes são importantes ou porque poderíamos compreendê-los totalmente se prestarmos atenção ao que dizem, mas porque argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposição, da prática jurídica.”⁴

A crítica de Dworkin está centrada tanto nos convencionalistas os quais afirmam que a divergência entre os juízes giram em torno tão somente dos fatos sobre os quais se baseiam o direito; quanto nos pragmáticos, segundo os quais: quando um juiz interpreta um determinado texto da lei, cria uma norma ideal para o caso concreto, ou seja, para eles não existem direitos, mas somente aqueles que são diretamente outorgados pela decisão judicial.

Para os convencionalistas a divergência entre os juízes é sempre aparente, pois na verdade discordam sobre a aplicação e alcance dos signos que informam a linguagem humana (e jurídica). Já os pragmáticos, entendem que: quando um juiz interpreta um determinado texto de lei, o resultado é a norma que o juiz gostaria que existisse para aquele caso concreto.

Dworkin acredita na divergência substantiva acerca do Direito entre dois juízes. Para ilustrar seu pensamento cita vários casos famosos onde

os juízes concordavam sobre o teor da legislação, bem como sobre a linguagem utilizada. Sendo que discordavam substancialmente, acerca de qual o melhor Direito para o caso concreto e o papel desempenhado pelo juiz em relação à vontade do legislador.

DIREITO COMO INTEGRIDADE

Vera Karam, ao estudar a obra de Dworkin cita que:

“(...) a toda pretensão jurídica corresponde uma resposta original, assentada na idéia de direitos, cujos princípios as regras jurídicas positivam agasalham, não havendo espaço para sua criação, para o ato discricionário do juiz”.⁵

Segundo Dworkin, o direito como integridade nega tanto as regras factuais do convencionalismo voltadas para o passado, quanto os programas instrumentais do pragmatismo jurídico, direcionados para o futuro.⁶

Dworkin argumenta que:

“Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios da justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”.⁷

Classifica o direito como integridade como mais interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo.

⁴ DWORKIN, R. (2007). O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes.P.19

⁵ CHUEIRI, Vera Karam de. A dimensão jurídico-ética da razão-o liberalismo jurídico de Dworkin. Dissertação apresentada no curso de Mestrado em Direito da UFSC.P.02.

⁶ Dworkin, R. (2007). O império do direito. São Paulo: Martins Fontes.P.271.

⁷ Dworkin, R. (2007). O império do direito. São Paulo: Martins Fontes.P.272.

Cita que o convencionalismo exige o estudo dos repertórios jurídicos e os registros parlamentares a fim de descobrir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais se atribui poder legislativo; o pragmatismo, por sua vez, exige que os juízes reflitam de modo instrumental, voltados para o futuro. Já o direito como integridade o resultado da interpretação, nos casos difíceis, é de natureza argumentativa.

Aduz ainda que:

“O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso.”

APRESENTAÇÃO DO CASO:

Segundo consta no site do Supremo Tribunal Federal: “A Portaria nº 534, de 2005, do Ministério da Justiça, homologada por decreto do Presidente da República naquele mesmo ano, demarcou uma área de 1.747.464 hectares como Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Essa área abriga 194 comunidades com uma população de cerca de 19 mil índios dos povos Mucuxi, Taurepang, Patamona, Ingaricó e Wapichana.

A portaria de 2005 deu prazo de um ano para os não-índios abandonarem a área. No entanto, logo após a edição deste documento e do decreto presidencial que o homologou, começaram a tramitar diversas ações na Justiça, contestando a demarcação. Somente no Supremo Tribunal Federal

tramitaram mais de 30 ações relacionadas a Raposa Serra do Sol.

Entre os principais opositores da demarcação contínua da área estava um grupo de produtores de arroz, que queriam permanecer em parte dela, portanto, defendiam uma demarcação não contínua. Argumentavam que sua retirada da área representaria grave perda para a economia do estado, já que respondiam por 7% de sua renda. Roraima, maior produtor de arroz da Região Norte do Brasil, contribui, também, para o abastecimento dos estados vizinhos com o cereal.

Outro argumento foi o de que a área indígena é fronteira e que sua entrega somente aos índios poderia representar risco para a segurança nacional. Entretanto, entre as imposições colocadas pelo STF, está a permissão para instalação de unidades das Forças Armadas e da Polícia Federal na reserva.”⁸

ANÁLISE DO VOTO DO MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO

No início do voto, após sanear o feito, o Ministro consigna o seguinte:

“Resolvida a questão de ordem, imperioso é confirmar a incomum relevância político-social desta causa, toda ela a suscitar investigações teóricas e apreciações empíricas da mais forte compleição constitucional.”

Nesse parágrafo inaugural de seu voto o Ministro Ayres Britto já demonstra que sua manifestação não estará fundamentada somente na Constituição Federal. Define que o critério adotado em sua decisão será eminentemente interpretativo tendo em vista a relevância político-social do caso.

“(…)sinto-me desobrigado de entrar na

⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Raposa Serra do Sol: entenda o caso. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/listarNoticiaSTF.asp>.

discussão sobre a possibilidade de um decreto federal extinguir Municípios, pois o fato é que nenhum deles foi extinto por ato do Presidente da República. Sem falar que o ato em si de demarcação de terras indígenas não significa varrer do mapa qualquer unidade municipal, já que não se pode confundir (veremos isso) titularidade de bens com senhorio de um território político. Ademais, é de todo natural que o município de Uiramutã seja ocupado por índios em quase sua totalidade, porquanto, ali, mesmo no censo anterior à reclamada extrusão, os índios somavam 90% da população local.”(grifei).

Nesse ponto, verifica-se o conteúdo político da decisão do eminente Ministro já que considera relevante a realidade local, cuja representatividade indígena representa 90% da população.⁹

“Por ora, o que me parece de todo recomendável é passar em revista os precedentes deste nosso STF em matéria de demarcação de terra indígena. Sendo certo que, neste ponto, minha lente de observação também se movimenta do geral para o particular. Quero dizer: após resgatar alguns julgados sobre casos similares, farei remissão à ADI 1.512 e ao MS 25.483, que, em certa medida, trataram especificamente da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.”

Mais uma vez, o Ministro, em busca da melhor solução para o caso, procura fundamentar-se em julgados da própria Corte, em casos similares, a fim de legitimar seu voto.

Quando passa a redigir o núcleo de seu voto diz:

“Viagem em demanda de um conheci-

mento que para se desprender limpidamente do Magno Texto Federal reclama do intérprete/aplicador o descarte de formas mentais aprioristicamente concebidas. Uma decidida postura de auto-imposição de carga ao mar com tudo que signifique pré-compreensão intelectual de um tema – esse da área indígena Raposa Serra do Sol – sobre o qual profundamente divergem cientistas políticos, antropólogos, sociólogos, juristas, indigenistas, oficiais das Forças Armadas, ministros de Estado, pessoas federadas, ONG’s e igrejas. Razão de sobra para que busquemos na própria Constituição, e com o máximo de objetividade que nos for possível, as próprias coordenadas da demarcação de toda e qualquer terra indígena em nosso País.”

Este parágrafo representa o cunho eminentemente político da decisão, ou seja, valendo-se de fundamentos políticos, objetiva que sua decisão não seja voltada a privilegiar o interesse de certos grupos, mas sobre o fundamento de que certos princípios de moralidade política são corretos.

“É cada qual dessas etnias indígenas e suas particularizadas formas de organização social que se põem como alvo dos citados arts. 231 a 232, sem prejuízo da idéia central de que todas elas reunidas compõem um segmento ainda maior; um verdadeiro macro-conjunto populacional-aborígene que se vem somar àqueles constitutivos dos afro-descendentes e dos egressos de outros países ou continentes (a Europa portuguesa à frente). Dando-se que todos esses grandes conjuntos ou grupos humanos maiores são formadores de uma só realidade política e cultural: a realidade

⁹Dworkin, R. (2005). Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes. Pg.3

da nação brasileira. Entendida por nação brasileira essa espécie de linha imaginária que ata o presente, o passado e o futuro do nosso povo. É dizer, povo brasileiro como um só continente humano de hoje, de ontem e de amanhã, a abarcar principalmente os três elementares grupos étnicos dos indígenas, do colonizador branco e da população negra. É o que se infere dos seguintes dizeres constitucionais.”

Nesse ponto, podemos transcrever os dizeres de Dworkin:

“As teorias interpretativas de cada juiz se fundamentam em suas próprias convicções sobre o “sentido”-o propósito, objetivo ou princípio justificativo-da prática do direito como um todo, e essas convicções serão inevitavelmente diferentes, pelo menos quanto aos detalhes, daquelas de outros juízes.”

Nesse contexto, o voto do Ministro Ayres Britto, tem como paradigma o fato de que os “índios” fazem parte da nação, não só porque está consignado no texto constitucional, mas, porque esse agrupamento humano faz parte da nossa realidade política e cultural.

Ratifica tal posicionamento quando diz:

“Esses e outros dispositivos constitucionais, adiante indicados, são as âncoras normativas de que nos valem para adjetivar de brasileiros os índios a que se reportam os arts. 231 e 232 da Constituição.”

Ayres Britto argumentou que a Constituição brasileira não reconhece a qualquer organização indígena a dimensão de instância transnacional.

“O que de pronto nos leva a estranhar o fato de agentes públicos brasileiros aderirem formalmente à recente declaração. Declaração esta que os índios brasileiros nem sequer precisam, porque nosso magno texto federal os protege”.

Quanto ao tratamento dado às terras indígenas, o Ministro, é que tem competência para demarcar as terras indígenas, de forma a garantir o respeito aos bens dessas terras e a atuar contra os Estados e Municípios, se for preciso, para garantir a demarcação.

O Ministro enfatizou a demarcação contínua das terras indígenas sem a formação de “ilhas”, de vazios entre as terras que seriam efetivamente ocupadas pelos índios, ou seja, demarcação que não admite a posse, por parte dos não-índios, de algum espaço situado dentro dos limites das terras indígenas. Segundo o Ministro, este formato de demarcação é o único capaz de viabilizar os imperativos constitucionais. O disposto na Constituição de 1988 não dá margem a outro tipo demarcatório, que comprometa o direito dos índios de usufruírem plenamente de suas terras.

Ao discorrer sobre o raciocínio usado na decisão em prol da demarcação contínua da terra indígena Raposa Serra do Sol, Ágatha Gil Barbosa, afirma que: “precisar as indeterminações semânticas de vários conceitos com raciocínios próprios sem se ater estritamente às normas jurídicas, mas sempre de forma a explicitar os objetivos inerentes a essas normas, pois, como já foi dito em outra oportunidade, esses objetivos (segundo o Realismo Jurídico moderado, no que tange à discricionariedade do juiz) é que fundamentam a interpretação, interpretação que é atividade preliminar embasadora para a construção de toda decisão judicial que se enquadre num Estado Democrático de Direito.”¹²

¹² PASSOS, Ágatha Gill Barbosa. A demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Um estudo hermenêutico com base no voto do ministro Carlos Ayres Britto Texto extraído do Jus Navigandi <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12484>.

CONCLUSÃO

A presente decisão, apesar de em alguns trechos ter características positivistas, em seu contexto geral se enquadra segundo os fundamentos da filosofia de Ronald Dworkin. Pois, segundo Dworkin o direito é, sem dúvida, um fenômeno social. Nessa qualidade, a prática do direito é argumentativa. E, na medida em que os fundamentos do voto, estão focados no bem comum, tendo como referencial a percepção do fenômeno social, ratifica-se os conceitos adotados pelo filósofo.

REFERÊNCIAS:

BERGEL, J.-L. (2001). *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes.

DWORKIN, R. (2001). *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes.

DWORKIN, R. (2005). *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes.

DWORKIN, R. (2007). *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes.

KARAM, V. (s.d.). *A dimensão jurídico-ética da razão-o liberalismo jurídico de Dworkin*.

PASSOS, *Ágatha Gill Barbosa*. *A demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Um estudo hermenêutico com base no voto do ministro Carlos Ayres Britto Texto extraído do Jus Navigandi* <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12484>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Raposa Serra do Sol: entenda o caso. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/listarNoticiaSTF.asp>>.

Diálogo de Fontes: Código de Defesa do Consumidor

Maria Filomena de Almeida Buarque*

RESUMO:

O tema desenvolvido no presente estudo dedica-se à elucidação da influência do Código de Defesa do Consumidor no sistema civil brasileiro, diante a ponderação da doutrina e jurisprudência em face dos novos princípios instituídos pela lei Consumerista. Ênfase a importância do diálogo de fontes entre o Código Civil e Código de Defesa do Consumidor como instrumento judicial de integração e efetivação dos direitos do consumidor, destinados ao equilíbrio das relações consumeristas. Todo este percurso, apoiado em pesquisa doutrinária e jurisprudencial do Direito Constitucional, Direito do Consumidor e Direito Civil. Finalizo o trabalho apresentando uma análise da efetividade do diálogo de fontes nas relações sociais.

PALAVRA CHAVE: Código de Defesa do Consumidor. Reflexo. Código Civil. Cláusula Geral. Integração. Equilíbrio.

ABSTRACT:

The theme developed in the present study is devoted to the elucidation of the influence of the Consumer Protection Code in Brazilian civil system, before the consideration of the doctrine and jurisprudence in the face of the new principles established by law consumerism. Emphasize the importance of dialogue between the sources of the Civil Code and the Consumer Protection Code as an instrument of integration and judicial enforcement of consumer rights, for the balance of relations consumerism. This whole trip, supported by research and jurisprudential doctrine of Constitutional Law, Consumer Law and Civil Law. Finish the job by presenting an analysis of the effectiveness of dialogue in social relations sources.

KEYWORDS: Code of Consumer Protection. Reflex. Civil Code. General Clause. Integration. Equilibrium.

* Juíza de Direito Titular da 13ª Vara Cível da Capital. Especialista em Direito Processual Civil e Coletivo, Direitos Difusos e Coletivos, Direito Agrário e Processo Agrário e Direito do Solo. Estudante Regular do Curso de Doutorado em Direito Civil na Universidade de Buenos Aires – UBA.

Diálogo de Fontes: Código de Defesa do Consumidor

Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, lei nº 8.078/90, indaga-se, se as relações de consumo permanecem reguladas inteiramente por esta norma, considerando-se tratar-se de um micro-sistema; ou se algumas destas relações podem ser reguladas pelo Código Civil e outras normas constantes do ordenamento jurídico do País. Para encontrar uma solução, fazem-se necessárias algumas considerações:

Sabemos que a ordem jurídica é um sistema, com condições de determinar as regras para a criação e reprodução de normas e assim auto-alimentar-se. É um sistema, porque estabelece a validade destas normas que são criadas ou reproduzidas e também porque dita como será feita sua aplicação válida (PFEIFFER, 2005).

Por ser um sistema aberto, pode sofrer a influência de valores externos, meta-jurídicos ou extrajurídicos, que atuam diretamente sobre ele. Não é um sistema fechado, como se estivesse distante do que acontece fora desse mundo de normas, que ele mesmo cria e sobre as quais dispõe, mas é algo que sofre, necessariamente, a influência de valores sociais, econômicos e morais, que estão fora dele e sobre ele atuam.

A ordem jurídica se entende como um sistema aberto, como se fosse uma bolha, a sofrer alteração no seu contorno, por efeito de fatores externos que atuam sobre a sua conformação externa. Essa influência externa altera, internamente, o conteúdo e a disposição das normas (AGUIAR JR., 2003).

No nosso ordenamento jurídico temos um sistema aberto através do qual se inclui o sistema de Direito Privado e microsistemas, dentre eles o Código de Defesa do Consumidor.

Com a criação desta lei em 1990, surgiu também uma nova visão do mundo negocial. Os princípios adotados por este Código terminaram influenciando a interpretação e a aplicação do sistema civil.

Após a entrada em vigor do CDC, verificamos a ocorrência de modificações nas decisões jurisprudenciais e na própria doutrina, em face da nova interpretação e aplicação das normas de Direito Civil, à luz dos princípios da lei consumerista, que embora esteja inserida em um micro-sistema, atuou decisivamente para influir sobre o próprio sistema.

Neste contexto se insere o diálogo de fontes, que nada mais é do que a possibilidade de convivência harmônica das várias normas que compõem o universo legislativo de defesa do consumidor.

Neste norte, utiliza-se a norma que for mais favorável a este partícipe da relação processual, mesmo que não esteja consagrada nos ditames do CDC.

São exemplos: a relação entre o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Planos de Saúde e o Estatuto do Idoso. Referidos diplomas legais, permitem a solução mais favorável visando à proteção ao consumidor idoso, já que o artigo 15, §3º, do Estatuto do Idoso veda sua discriminação nos planos de saúde em razão da cobrança de valores diferenciados pela idade.

Inegável é a possibilidade do diálogo de fontes entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor e outras normas, com uma convivência harmônica e coordenada, haja vista que referidas leis decorrem da mesma matriz principiológica, a Constituição Republicana, havendo a convergência de princípios no mesmo sentido.

Registre-se que a Constituição de 1988, ao consagrar o Estado Social e Democrático de Direito, enumerou princípios que são verdadeiros instrumentos de concretização dos fundamentos e objetivos da República, os quais exercem influência em todo o ordenamento jurídico, constituindo o núcleo fundamental e informador da interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais.

Sob esta ótica, o diálogo entre os Códigos se manifesta em face da necessidade de se complementar e subsidiar a aplicação um do outro.

Marques preleciona que:

As cláusulas gerais de uma lei podem encontrar uso subsidiário ou complementar em caso regulado pela outra lei. Subsidiariamente, o sistema geral de responsabilidade civil sem culpa ou o sistema geral de decadência podem ser usados para regular aspecto de casos de consumo, validade, eficácia da relação para o Código Civil (MARQUES, 2002, p. 86).

No micro-sistema do direito do consumidor, inserido dentro do sistema maior do Direito Privado, deve ser aplicado os princípios do sistema.

Neste ponto necessário delinear o conceito de princípios e regras. Princípio é a regra que apreende certo valor e o revela em um enunciado, que há de servir para a interpretação de outros dispositivos. Já as regras são as normas que regulamentam o comportamento as pessoas, físicas ou jurídicas, e suas consequências dentro do ordenamento jurídico.

Portanto, os princípios que norteiam o Código Civil como o da sociabilidade², eticidade³ e operabilidade⁴ podem ser utilizados e aplicados no micro-sistema do direito do consumidor. Se, por acaso, surgir conflito entre um princípio do Código Civil e outro do Código de Defesa do Consumidor, a prevalência há de ser em favor do princípio do Código de Defesa do Consumidor para interpretar e aplicar à relação de consumo, porque essa relação é específica e há de atender, principalmente, aos princípios do microsistema.

Com relação às regras que exprimem condutas e suas consequências, a toda relação de consumo aplica-se o Código de Defesa do Consumi-

dor. Porém, se o Código Civil, em vigor a partir de 2003, dispuser de alguma norma que especificamente regula uma situação de consumo, nesse caso, há de se aplicar a norma do Código Civil. Como exemplo, cito as regras para a cobrança de seguro, as quais estabelecem o prazo prescricional de um ano, com base nos art. 189, 206, §1º, inciso II, do CC e Súmula 101 do STJ.

Do mesmo modo é o contrato de transporte de pessoas e coisas que integram o novo Código Civil e compõem um capítulo próprio. Todos sabem que o transporte é uma relação de consumo estabelecida entre um fornecedor de serviço e um consumidor desse serviço. Embora o legislador tenha ditado esta conduta no Código Civil, na verdade está regulando uma relação de consumo, à qual se aplica o Código Civil, não o Código de Defesa do Consumidor.

Conforme o art. 740, o novo Código Civil dispõe sobre a desistência da viagem antes de iniciada e garante à restituição do valor da passagem, desde que feita a comunicação ao transportador em tempo de a passagem ser renegociada. E, uma vez já iniciada a viagem, há a possibilidade de o passageiro que desiste obter a devolução correspondente ao trecho não utilizado. Também dispõe que em todas essas situações, tem o transportador o direito de reter 5% a título de multa compensatória.

Em relação ao transporte de coisas, há uma regra que assegura o direito do passageiro rescindir o contrato, mesmo depois de iniciada a viagem, com a restituição do valor da passagem retido, no importe de 5% a título de multa compensatória, pelo prazo não superior a 30 (trinta) dias, a contar do pedido de reembolso feito pelo usuário, com base nos arts. 740, §§ 1º e 3º, do CC⁵ e arts. 13, caput, 14 e 15, todos da Lei n. 11.975/09⁶.

² é aquele que impõe prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, respeitando os direitos fundamentais da pessoa humana. Ex: princípio da função social do contrato, da propriedade.

³ é aquele que impõe justiça e boa-fé nas relações civis (“pacta sunt servanda”). No contrato tem que agir de boa-fé em todas as suas fases. Corolário desse princípio é o princípio da boa-fé objetiva.

⁴ é aquele que impõe soluções viáveis, operáveis e sem grandes dificuldades na aplicação do direito. A regra tem que ser aplicada de modo simples, ou seja, a norma deve servir para solucionar o caso concreto de maneira mais efetiva.

Essas disposições específicas para a relação de consumo, no caso de transporte de pessoas e coisas, deveriam constar no Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de um direito superveniente que veio dispor, de modo específico, sobre uma relação de consumo. É uma questão de lugar, todavia constitui-se em norma protetiva do consumidor, friso, apenas o legislador regulou a matéria no Código Civil.

Neste norte, embora em alguns casos em que tenhamos que aplicar regras do Código Civil a situações específicas de consumo, em detrimento do Código de Defesa do Consumidor anoto, devem prevalecer os princípios gerais atinentes ao Código de Defesa do Consumidor. Portanto, tratando-se de relação de transporte, por exemplo, a questão da prova a respeito do prejuízo, utiliza-se os princípios inseridos no Código de Defesa do Consumidor, e não no Código Civil.

Deste modo, não se pode dizer que sempre se aplica o Código de Defesa do Consumidor às relações de consumo, nem afirmar que o Código Civil revogou as disposições do Código do Consumidor, pois o que ocorre é a aplicação subsidiária ou complementar de uma (NUNES, 1992).

Os princípios são os do Código de Defesa do Consumidor, as regras são as do Código de Defesa do Consumidor, salvo quando o Código Civil dispuser especificamente sobre uma relação considerada de consumo, de que é exemplo o contrato de transporte de pessoas e coisas.

Nesta linha trago a colação a fundamentação da sentença prolatada pelo Juízo de Direito 13ª Vara Cível de Belém, nos autos do processo nº 2009.1.039728-8, o qual é reconhecido o diálogo de fontes entre o CDC e as Normas de caráter trabalhistas, vejamos:

Neste contexto se insere o diálogo de fontes, o qual compreende a possibilidade de convivência harmônica das várias normas que compõe o universo legislativo de defesa do consumidor, utilizando sempre a que for mais favorável ao consumidor ainda que não consagrada pela Lei nº 8.078/90, de forma que a tutela do consumidor seja alcançada e efetivada.

Nesta linha é inegável que os princípios da proteção ao trabalhador são aplicáveis ao caso em comento, eis que as relações entre o autor e o réu confundem-se com as normas consumeristas e trabalhistas, haja vista a prestação de serviço da primeira ré, previdência privada, originária da relação trabalhista que o Autor detinha com o Banco Réu.

(...)

Os contestantes tentam legitimar a renúncia do benefício do art. 6º, §7º, da Portaria nº 375/69, a qual dita que os associados aposentados que completarem 30 (trinta) anos de contribuição em razão da adesão ao novo regulamento instituído pelas Rés.

Cumprir observar que a complementação de aposentadoria constitui-se em benefício con-

⁵ Art. 740. O passageiro tem direito a rescindir o contrato de transporte antes de iniciada a viagem, sendo-lhe devida a restituição do valor da passagem, desde que feita a comunicação ao transportador em tempo de ser renegociada.

§ 1º Ao passageiro é facultado desistir do transporte, mesmo depois de iniciada a viagem, sendo-lhe devida a restituição do valor correspondente ao trecho não utilizado, desde que provado que outra pessoa haja sido transportada em seu lugar. (...)

§ 3º Nas hipóteses previstas neste artigo, o transportador terá direito de reter até cinco por cento da importância a ser restituída ao passageiro, a título de multa compensatória.

⁶ Art. 13. É vedado ao transportador, direta ou indiretamente, reter o valor do bilhete de passagem comprado a vista decorridos 30 (trinta) dias do pedido de reembolso feito pelo usuário. (...)

Art. 14. O prazo máximo de reembolso do valor de passagens rodoviárias é de 30 (trinta) dias para as transportadoras nacionais e internacionais.

Art. 15. Se o bilhete houver sido comprado a crédito, o reembolso, por qualquer motivo, somente será efetuado após a quitação do débito.

cedido por liberalidade do empregador, tornando-se direito do trabalhador aposentado, sendo que o advento da Lei nº 6.435/77, que disciplinou a matéria concernente às entidades de previdência privada, não traduz direito ao empregador ou à entidade assistencial conveniada de suprimirem o pagamento do benefício pela simples necessidade de se ajustarem aos termos nela estabelecidos.

O advento da lei tornou obrigatória a criação de entidades de previdência privada dentro dos parâmetros nela definidos, bem como os empregados foram induzidos a CAPAF.

Nesse sentido, confira-se a orientação jurisprudencial:

30046807 - CAPAF - PORTARIA Nº 375/69 - EDIÇÃO DA LEI Nº 6435/77 - COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA - DIREITO ADQUIRIDO - A complementação de aposentadoria instituída por meio de entidade fechada de previdência privada constitui-se em benefício concedido por liberalidade do empregador e incorpora-se ao contrato de trabalho na forma em que por ele preestabelecida. O direito do empregado sujeita-se às condições impostas no ato constitutivo, desde que não vedadas por lei. Nesse contexto, o advento da Lei nº 6435/77, que alterou os Estatutos da CAPAF e modificou os critérios de complementação dos proventos de aposentadoria dos empregados do BASA, não atinge o direito adquirido daqueles admitidos quando em plena vigência a Portaria nº 375/69, mormente porque institui regras mais benéficas ao trabalhador (Enunciados nºs 51 e 288 do TST). Com efeito, admitido o reclamante sob a égide do antigo Estatuto da CAPAF, que estipulava que os proventos de aposentadoria corresponderiam aos percebidos na atividade, devida a complementação de aposentadoria pelas normas vigentes à época de sua admissão. Embargos providos. (TST - AGERR

351354 - SBDI I - Rel. Min. Milton de Moura França - DJU 16.06.2000 - p. 359) (...)

Apesar de a lei em comento ser de 1977, o Autor começou a receber a complementação de aposentadoria em de 31 de julho de 1994, e somente aderiu ao novo plano em 02 de fevereiro de 1994, portanto dezessete anos após a publicação da referida lei, portanto, violando assim os princípios da Proteção; Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas; Condição mais Benéfica; e Inalterabilidade Contratual Lesiva, eis que foram induzidos pelo Banco Réu a aderir ao novo plano de cargos e salários, renunciando direito a qual não podia dispor, em face da violação da condição mais benéfica aos Autores.

Convém salientar ainda que o Código Civil aprovado, Lei nº 10.406 de 10/01/02 confirmou o “sentido social” que presidiu a feitura do projeto. É dentro desse contexto que surge o princípio da boa-fé objetiva.

A boa-fé objetiva constitui um princípio geral, aplicável ao direito.

Segundo Ruy Rosado de Aguiar podemos definir boa-fé como:

Um princípio geral de Direito, segundo o qual todos devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e lealdade. Gera deveres secundários de conduta, que impõem às partes comportamentos necessários, ainda que não previstos expressamente nos contratos, que devem ser obedecidos, a fim de permitir a realização das justas expectativas surgidas em razão da celebração e da execução da avença (AGUIAR, 1994, p. 28).

Como se vê, a boa-fé objetiva diz respeito à norma de conduta, que determina como as partes devem agir. Todos os códigos modernos trazem as diretrizes do seu conceito, e procuram dar ao Juiz diretivo para decidir.

Mesmo na ausência da regra legal ou previsão contratual específica, da boa-fé nascem

os deveres, anexos, laterais ou instrumentais dadas à relação de confiança que o contrato fundamenta.

Não se orientam diretamente ao cumprimento da prestação, mas sim ao processamento da relação obrigacional, isto é, a satisfação dos interesses globais que se encontram envolvidos. Pretendem a realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa e aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes.

Na questão da boa-fé analisam-se as condições em que o contrato foi firmado, o nível sociocultural dos contratantes, seu momento histórico e econômico. Com isso, interpreta-se a vontade contratual.

Deve-se crer que, em princípio, nenhum contratante celebra contrato sem a necessária boa-fé. Mas, a má-fé inicial ou interlocutória deve ser punida. E em cada caso o juiz deverá definir quando e onde foi o desvio dos partícipes do contrato, e levará em conta a hermenêutica e interpretação.

As cláusulas gerais inseridas no Novo Código Civil, não nos dão perfeita idéia do conteúdo, pois tem tipificação aberta e com conteúdo dirigido aos Juízes. Mas, constituem-se em mecanismo técnico-jurídico para aferição da abusividade do negócio jurídico ou da interpretação da vontade.

O equilíbrio contratual pretendido não é apenas o econômico, pretende-se preservar a função econômica para a qual o contrato foi concebido, resguardando-se a parte que tiver seus interesses subjogados aos de outra.

O primeiro jurista a mencionar, no Brasil, a aplicação do princípio da boa-fé objetiva foi Emilio Betti (1958). No entanto, o Código Comercial de 1850 previa a boa-fé objetiva como cláusula geral em seu artigo 131, I, como elemento de interpretação dos negócios jurídicos, como segue:

Art. 131. Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1. a inteligência simples e adequada, que for mais conforme a boa-fé, e ao verdadeiro espírito e a natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras; [...] (BETTI, 1958, p. 43).

Esse artigo não teve aplicação doutrinária ou jurisprudencial e somente agora a boa-fé recebeu tratamento legislativo próprio.

Segundo Renata Balbino (2002), entre a boa-fé objetiva e a subjetiva há um elemento comum – a confiança, mas somente na objetiva há um segundo elemento – o dever de conduta de outrem. Ensina ainda:

A boa-fé objetiva possui dois sentidos diferentes: um sentido negativo e um positivo. O primeiro diz respeito à obrigação de lealdade, isto é, de impedir a ocorrência de comportamentos desleais: o segundo diz respeito à obrigação de cooperação entre os contratantes, para que seja cumprido o objeto do contrato de forma adequada, com todas as informações necessárias ao seu bom desempenho e conhecimento (como se exige, principalmente, nas relações de consumo). (BALBINO, 2002, p.114)

DISPOSITIVO

Ante ao exposto, evidenciada que a norma art. 6º, §7º, da Portaria nº 375/69 constitui norma mais benéfica aos Requerentes, pois isentava os Demandantes após 30 (trinta) anos de contribuição, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO para:

- 1) DECRETAR A NULIDADE DO PACTO CELEBRADO ÀS FLS. 87, com a consequente REVISÃO DO CÁLCULO DA COMPLETAMENTO DA APOSENTADORIA DO AUTOR JOÃO DA COSTA NETO, excluindo os benefícios do citado plano;
- 2) CONDENAR OS RÉUS, solidariamente

(art. 12, do CDC c/c art. 2º, §2º da CLT), a RESTITUIR AS CONTRIBUIÇÕES, a serem apuradas em liquidação, a contar dos 5 anos anteriores ao ajuizamento da demanda, ou seja, 19 de outubro de 2004.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como exposto, o diálogo de fontes entre o Código Civil e Código de Defesa do Consumidor e outras normas, se mostra um importante instrumento de integração e efetivação dos direitos do consumidor.

E, na hipótese de incidirem várias normas regendo o mesmo fato social, o Juiz não precisa expelir uma para fora do sistema jurídico, bastando aplicar a mais benéfica em prol das relações de consumo.

Pode destarte o julgador buscar em cada uma delas os melhores preceitos para a efetivação da segurança jurídica ao caso concreto.

Não é difícil perceber a polêmica que esta técnica consegue produzir entre aqueles que a defendem e os que argumentam em prol da segurança jurídica, para se saber previamente qual a norma será aplicada ao caso concreto, sem que o julgador possa sempre fazer uma opção casuística e talvez ideológica.

Para entender esta temática é interessante compreender um pouco da evolução doutrinária a nesta seara.

O nosso entendimento é no sentido de que, as decisões judiciais relacionadas às relações de Consumo, deverão pautar-se por todas as regras destinadas a proteger esse vulnerável partícipe do processo econômico, independente do destaque para o micro-sistema estabelecido na Lei nº 8.078/90. Isto não afasta outras normas (ex.: as de vigilância sanitária, a lei antitruste, Lei nº 8.137/90, etc.), que também contribuem para proteger os interesses dos consumidores, além das estabelecidas para reger determinados tipos de relação de consumo, em específico (exemplo: as

normas que dizem respeito aos seguros em geral; a Lei 9656/98; as normas de transporte, etc.). Apenas cabe demarcar a possibilidade de utilização de outras existentes no sistema jurídico nacional, em prol do consumidor.

Com uma vertente sistemática, cremos que o Código de Defesa do Consumidor rege toda e qualquer relação de consumo *stricto sensu* (onde estão identificados consumidor, fornecedor e fornecimento), sendo ainda, a norma específica fundamental que vai alcançá-la, mesmo quando na relação estejam envolvidas outras áreas do Direito.

Já com relação às demais hipóteses não integrantes da relação de consumo *stricto sensu*, (demais negócios jurídicos que acontecem no mercado, entre os fornecedores), defendemos a posição no sentido de que as normas do sistema de proteção ao consumidor podem ser aplicadas. Todavia, restringindo às situações em que estejam envolvidos interesses dos consumidores, e que por isso, possam ser classificadas como relação de consumo em sentido amplo (*lato sensu*).

Ressalve-se a advertência de que a atuação das normas consumeristas, nesses casos, deve restar vedada quando os interesses envolvidos digam respeito exclusivo e tão-somente a outros agentes de mercado (fornecedores) e demais pessoas que não o consumidor.

Por outro lado, quanto à aplicabilidade da teoria do “diálogo das fontes”, consideramos que a norma mais pertinente ao ponto controvertido objeto de elucidação é a que merece ter reconhecida a aplicabilidade (aproveitando o critério de Norberto Bobbio: hierarquia, especialidade e recenticidade).

Por exemplo, note-se que embora o CDC estabeleça que o prazo para reclamar o defeito do produto seja de 30 dias (produtos ou serviços não-duráveis) e 90 dias para produtos ou serviços duráveis (art. 26), os contratos de seguros costumam conter cláusula fixando o prazo de um ano para o segurado reclamar contra a seguradora.

Esta constatação evidencia que os prazos

previstos no CDC são como um standard mínimo que pode ser superado em situações específicas, como na prestação de serviços de transportes e planos de saúde, visando à proteção do consumidor. Desta forma, sem ferir a segurança jurídica, deve-se procurar ampliar ao máximo as órbitas de proteção em que às normas consumerista possam atuar, diga-se maneira de salvaguardar os interesses desses vulneráveis destinatários últimos do processo econômico.

Como alude Thierry Bourgoignie: é importante que se pense numa teoria social de consumo.

Concluimos, afirmando a importância de a jurisprudência pacificar os posicionamentos quanto à possibilidade de aplicação de um diálogo das fontes quando, na seara do consumo, uma mesma matéria estiver regrada em duas ou mais normas. Não convém deixar apenas para a esfera da concepção individual de cada julgador, a aplicação de eventuais casuísmos neste ou naquele sentido.

Que os Tribunais Superiores se manifestem, para que impere a proteção dos consumidores com a desejável segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *O novo código civil e o código de defesa do consumidor: pontos de convergência.* *Revista de Direito do Consumidor*, n. 48, out./dez. 2003.

ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Os direitos dos consumidores.* Coimbra: Almeida, 2002.

ALVIM, Arruda et al. *Código do Consumidor comentado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. *Có-*

digo brasileiro de defesa do consumidor - comentado pelos autores do anteprojeto. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 mar. 2010.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil.* Coimbra: Almedina, 1997.

DENARI, Zelmo, *Código brasileiro de defesa do consumidor - comentado pelos autores do anteprojeto.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor.* São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.* 8. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil.* 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GONÇALVES, *Carlos Roberto*. *Comentários ao Código Civil. Antonio Junqueira de Azevedo (coord.)*. Vol. 11. São Paulo: Saraiva, 2003.

LAZZARINI, Marilena. *Código de Defesa do Consumidor: anotado e exemplificado*, São Paulo, ASV Editora, 1991.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. *Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor* nº 03. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 1992.

NUNES, Luiz Antônio. *Curso prático de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto. *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PLÁCIDO E SILVA, *Oscar Joseph de*. *Vocabulário jurídico*. 3. ed. v.2. Rio de Janeiro : Forense. 1973.

PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

REVISTA IOB de *Direito Civil e Processual Civil*, n 51, p. 64-70, jan./fev. 2008.

RUGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1934. v. 1.

SANTOS, Altamiro José dos. *Direitos do consumidor*. Revista do IAP. Curitiba, Instituto dos Advogados do Paraná, n. 10, 1987.

SANSEVERIANO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOUZA, Miriam de Almeida. *A política legislativa do consumidor no direito comparado*. Belo Horizonte: Edições Ciência Jurídica, 1996.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002

A inconstitucionalidade da investigação de crime doloso contra vida de civil cometido por militar mediante IPM

Flávio Sánchez Leão*

RESUMO

O presente trabalho visa demonstrar como inconstitucional a prática de instauração de inquérito policial militar para investigar crimes contra a vida cometidos por policiais militares dos Estados quando a vítima é um civil. Especialmente em vista da redação atual do artigo 125, §4º, da Constituição Federal, que fixou a competência do Júri quando a vítima é um civil. Tornou-se, portanto, atribuição da Polícia Civil dos Estados a investigação de tais crimes. O objetivo deste trabalho é salientar que, devido ao corporativismo que existe dentro da polícia militar, a continuidade da prática da investigação dos homicí-

dios por inquérito policial presidido por militares, leva, em face de uma investigação malfeita, quase sempre para a absolvição e à consequente impunidade. Conclui-se sobre a inconstitucionalidade do artigo 82, §2º, do CPPM, que ainda permite a instauração de inquérito policial militar, embora a competência jurisdicional seja do Júri, que é órgão da justiça estadual comum composto por civis.

PALAVRAS-CHAVE: constitucional; homicídios cometidos por militares; competência do Júri; inquérito policial militar.

* Juiz de Direito da Comarca de Belém-PA, Especialista em Direito Público pela PUC de Minas Gerais, e Especialista em Direito Processual Penal pela Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará

ABSTRACT

The present work aims to demonstrate as unconstitutional the practice of establishment of military police inquiry in order to investigate crimes against life committed by military police of the States when the victim is a civilian. Especially in view of the current redaction of Article 125, §4º, of the Federal Constitution which has fixed the competence of the Jury when the victim is a civilian. It became, therefore, assignment of the Civil Police of the States the investigation of such crimes. The aim of this work is point out that, due to the corporativism that exists within the military police, the continuity of the practice

of investigation of the murders by police inquiry chaired by militaries, leads, in the face of a sloppy investigation, almost always to the acquittal and consequent impunity. It concludes about the unconstitutionality of Article 82, § 2º, of the CPPM, which still allows the establishment of military police inquiry, although the jurisdiction is by the Jury, which is organ of common state courts composed of civilians.

KEYWORDS: constitutional; homicides committed by militaries; jurisdiction of the Jury; military police inquiry.

INTRODUÇÃO

O presente artigo acadêmico discutirá a viabilidade jurídica de se persistir, no Brasil, com a prática de instauração de inquérito policial militar com o fim de investigar crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares dos Estados quando a vítima se tratar de civil. Tal discussão se impõe e é atual tendo em vista os termos do §4º, do art. 125, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o qual, atualmente prescreve: “Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças” (grifo meu). A redação do referido parágrafo foi dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004 (BRASIL, 2004), chamada de emenda da “reforma do judiciário”.

Tal emenda constitucional tornou clara a competência jurisdicional para o julgamento dos crimes em

tela. Competente é a Justiça Comum estadual por meio do Tribunal do Júri. Ficam assim superadas as alegações de inconstitucionalidade que os militares costumavam levantar com relação aos dispositivos da Lei nº 9.299, de 7.8.1996 (BRASIL, 1996), que, modificando os códigos de Direito Militar específicos, já atribuíra competência à justiça comum para apreciar e julgar os casos de crimes dolosos contra a vida, praticados por militares e cometidos contra civil.

Ocorreu que a mesma Lei 9.299 instituiu a existência do inquérito policial militar, nos casos dos referidos crimes, ao incluir o §2º, do art. 82, do Código de Processo Penal Militar (Brasil, 1969), dispondo que a justiça militar deveria remeter os autos do IPM à justiça comum. Daí ter permanecido a prática de instauração do IPM pela polícia militar, mesmo tendo mudado a competência jurisdicional. E ainda depois da Emenda Constitucional nº 45, permanece a prática.

O objetivo do presente estudo é demonstrar que é atribuição da Polícia Civil dos Estados a investigação de tais crimes mediante a instauração do inquérito policial civil e não através do IPM.

Diante de fatos de tamanha gravidade que repercutiram a nível mundial, como as chacinas da Candelária e Vigário Geral, Carandiru, Eldorado dos Carajás e Corumbiara, como exemplo, em que, até agora não se viu a aplicação da Justiça, o trabalho acadêmico se justifica com a intenção de estudar maneira mais eficaz de proceder visando evitar a impunidade resultante, na maioria das vezes, do corporativismo que reina no seio da Polícia Militar.

VIOLÊNCIA POLICIAL E IMPUNIDADE

Desenvolveremos este tópico conforme apreciação de relatório de uma pesquisa sobre violência policial realizada de forma contínua, entre dezembro de 1995 e março de 1997, pelos membros do escritório brasileiro da Human Rights Watch/Americas, localizado no Rio de Janeiro. O relatório foi escrito por James Cavallaro, diretor do escritório da ONG no Brasil, e editado por Anne Manuel, vice-diretora da Human Rights Watch/Américas (HUMAN RIGHTS WATCH, 1997). As assertivas a seguir constam no referido relatório que pode ser acessado na internet conforme dados bibliográficos que fornecemos.

Conforme a referida ONG, a impunidade continuada que prevalece para policiais que cometem graves violações de direitos humanos contra suspeitos e outros é talvez o fator que mais incentiva a ocorrência destes crimes. A impunidade resulta da ineficiência do sistema judiciário brasileiro, somada a diversos fatores importantes que surgem quando as vítimas são pobres e faveladas, com possíveis envolvimento em crimes, e os suspeitos são policiais.

Conforme o entendimento do relatório, a existência de um sistema judiciário especial para os militares tem contribuído, de diversas formas, para a manutenção da impunidade em crimes cometidos por policiais fardados. Em outubro de 1969, o governo militar estabeleceu normas de procedimentos para estes tribunais especiais, delegando a eles a responsabilidade de processar os crimes cometidos por policiais militares. A Constituição de 1988

preservou este sistema separado de Justiça Criminal para a disciplina da polícia militar, instituído durante a ditadura.

Continuando as conclusões da pesquisa, afirma-se que a Justiça Militar é administrada de forma a tornar quase impossível a condenação de policiais por crimes violentos contra civis. Os crimes cometidos por policiais militares são investigados pela própria polícia militar que, não surpreendentemente, quase sempre determina que os homicídios, por exemplo, foram resultado de tiroteios. Além disso, a Justiça Militar está sobrecarregada e é ineficiente. Apesar dos esforços de promotores, que frequentemente são profissionais sérios e engajados, há tanto trabalho que os casos não têm a solução adequada.

Foi observado, inclusive com o relato de médicos, que, no caso de crimes cometidos pela polícia civil e pela polícia militar, o caminho para a impunidade é geralmente traçado desde o próprio ato da violência policial. Depois de assassinar um ou mais suspeitos, a polícia, muitas vezes, leva suas vítimas para um hospital próximo para que recebam os “primeiros socorros”. Esta prática impossibilita a investigação no local do crime, e, ao mesmo tempo, faz parecer que a polícia se preocupa com o bem estar das vítimas baleadas.

É denunciada, pela ONG, a prática de procedimentos viciados desde o início da apuração dos crimes. O caminho para a impunidade muitas vezes começa com a decisão de preencher um auto de resistência, ao invés de abrir imediatamente um inquérito sobre o homicídio. Este auto, designado para situações em que há resistência à voz de prisão, é utilizado para transferir a responsabilidade da polícia para o morto. O procedimento adotado pela autoridade policial, na hipótese analisada, é uniforme: em vez da prisão em flagrante **dos policiais autores do homicídio, lavra-se um “auto de resistência”, e o assunto está encerrado. Determina-se a instauração de inquérito policial, que nada investiga e nada apura, pois geralmente são ouvidos os policiais que assinam o auto de resistência. Não há indiciado. Quando se**

indicia alguém, este é a própria vítima.

O próximo passo em direção à impunidade é o inquérito policial. Em situações de violência policial, como em todos os crimes, a polícia supervisiona o inquérito sobre seus próprios abusos. Previsivelmente, estes inquéritos policiais são freqüentemente superficiais, destinados apenas a preencher um requisito legal, e não a investigar e confirmar o abuso policial ou identificar os indivíduos responsáveis pelo comportamento abusivo. Em muitos dos inquéritos, no entanto, sérios esforços foram feitos para determinar o passado criminoso, se é que ele existia, da vítima. Uma vez estabelecido que a vítima era um “marginal”, as investigações são efetivamente concluídas.

O INQUÉRITO POLICIAL MILITAR COMO INSTRUMENTO DE INVESTIGAÇÃO DE CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA, PRATICADOS CONTRA CIVIL, POR POLICIAL MILITAR

Para os juristas defensores de que a investigação dos crimes dolosos contra vida de civil deva ser procedida mediante inquérito policial militar – sendo, portanto, atribuição da polícia judiciária militar a instauração e condução do inquérito – o §2º, do art. 82, do Código de Processo Penal Militar (Brasil, 1969), incluído pela Lei nº 9.299, de 7.8.1996 (BRASIL, 1996), deve ser literalmente aplicado. Segundo o referido dispositivo de lei: “Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum”. Como se percebe, a lei fala da existência do inquérito policial militar que deve ser encaminhado à justiça comum.

Conforme este entendimento, a notícia de um fato de homicídio não pode ser pré-definido como crime doloso ou culposo, e nem mesmo, de antemão, como crime, ou seja, como fato antijurídico. Daí, ocorrido o fato, caberia à Polícia Militar instaurar o inquérito policial militar que será encaminhado

à Justiça Militar, a qual o remeterá à Justiça comum quando o fato apurado constituir homicídio doloso.

Como fundamentos de tal entendimento já existem julgados, como o seguinte, do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais:

Ementa: Habeas Corpus. Trancamento de IPM. Pedido de concessão de liminar. Nega-se a concessão de liminar quando o pedido é destituído de fundamentação. A notícia de um fato de homicídio não pode, tecnicamente ser pré-definido como criminoso, como doloso ou culposo. Daí, ocorrido o fato que, em tese seja crime militar, cabe à Polícia Militar instaurar o IPM nos termos do art. 82, § 2º, do CPPM, com redação dada pela Lei 9.299/96. O IPM será encaminhado à Justiça Militar, que remeterá à Justiça comum quando o fato apurado constituir, em tese, o crime de que trata o art. 82, § 1º [sic], do CPPM. Decisão: Preliminar, unânime e, no mérito, majoritária. (MINAS GERAIS, 2001)

Para esta corrente de pensadores, com relação à investigação preliminar, a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, em nada teria afetado a validade do art. 82, §2º, do Código de Processo Penal Militar, pois teria tratado a Emenda Constitucional apenas da deslocação da competência jurisdicional, nada falando a respeito da atribuição para instauração de inquérito na fase administrativa das investigações.

Trata-se do mesmo posicionamento defendido antes mesmo advento da Emenda Constitucional nº 45, quando argumentavam que os dispositivos da Lei nº 9.299, de 7.8.1996, especialmente com relação à inclusão do §2º no art. 82 do Código de Processo Penal Militar, tinham validade constitucional e que, portanto, tinha ficado clara a atribuição da autoridade policial militar para apurar através de inquérito policial militar o crime doloso contra a vida de civil praticado por PM em serviço ou atuando

em razão da função. Para fundamentar tal posição expunham a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.494-3, impetrada pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia Civil, pela aparente constitucionalidade do art. 82, § 2º do CPPM, negando a liminar requerida:

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA, PRATICADOS CONTRA CIVIL, POR MILITARES E POLICIAIS MILITARES - CPPM, ART. 82, § 2º, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9299/96 - INVESTIGAÇÃO PENAL EM SEDE DE I.P.M. - APARENTE VALIDADE CONSTITUCIONAL DA NORMA LEGAL - VOTOS VENCIDOS - MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA. O Pleno do Supremo Tribunal Federal - vencidos os Ministros CELSO DE MELLO (Relator), MAURÍCIO CORRÊA, ILMAR GALVÃO e SEPÚLVEDA PERTENCE - entendeu que a norma inscrita no art. 82, § 2º, do CPPM, na redação dada pela Lei nº 9299/96, reveste-se de aparente validade constitucional. (BRASIL, 2001)

A decisão da Suprema Corte teria rejeitado qualquer interpretação que afaste a legalidade do art. 82, § 2º do CPPM, com a redação dada pela lei federal 9.299/96. Constituiria flagrante ilegalidade e constrangimento o ato do delegado de Polícia Civil instaurar inquérito policial a fim de apurar o em tese crime doloso contra a vida de civil praticado por PM em serviço, sendo que, caberia, inclusive, a impetração de habeas corpus para o trancamento do referido feito.

É de se observar que esta corrente de pensamento continua levantando, ainda hoje, a mesma argumentação, mesmo após a vinda da Emenda Constitucional nº 45. Constituiria constrangimento ilegal, diante do texto legal e da citada decisão do

STF, a instauração do inquérito policial pela autoridade policial civil, concomitantemente ao IPM, submetendo o policial militar a dois procedimentos investigatórios.

Com o intento de reforçar a tese da exclusividade do inquérito policial militar, argumentam os seus defensores que, no que tange à instauração paralela do inquérito policial, tem-se o princípio constitucional da eficiência do serviço público, constante no art. 37, caput, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). O Princípio da eficiência, segundo HELY LOPES MEIRELLES, “exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional (MEIRELLES, 2006, p. 96)”. Assim, a instauração de dois inquéritos policiais para investigar o mesmo fato iria de encontro ao princípio constitucional da eficiência, considerando que os procedimentos são feitos de forma independente, sem coordenação, constituindo verdadeira duplicidade de trabalho. O conflito de atribuições entre as instituições de polícia resultaria em desperdício de recursos públicos.

A REVOGAÇÃO DO §2º, DO ART. 82, DO CPPM.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, contrariando o entendimento da corrente que teve o ponto de vista exposto no tópico anterior, entendemos revogado o artigo 82, §2º, do Código de Processo Penal Militar. Não sofreu revogação expressa, entretanto, não se pode negar sua revogação tácita. Seria, em tese, caso de inconstitucionalidade superveniente. Em face do princípio da supremacia da Constituição, e dado o entendimento de que tais casos se resolvem como questão de conflito intertemporal de normas, conclui-se pela revogação da lei não mais constitucional.

Para justificar a assertiva acima analisaremos, em primeiro lugar, que, com a mudança introduzida pela Emenda Constitucional no art. 125,

§4º, da Constituição Federal, os crimes definidos no dispositivo constitucional deixaram, cristalinamente, de ser considerados crimes militares. Aliás, já haviam deixado de ser desde a edição da Lei 9.229, de 7.9.1996, como veremos, mas a mudança constitucional veio reforçar mais esta interpretação.

O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão proferido no CC nº 17.665, relativo ao caso do massacre no presídio Carandiru, sustentou que a inovação introduzida pela Lei nº 9.299, de 7.8.1996, que acrescentou o parágrafo único ao art. 9º do Código Penal Militar (BRASIL, 1969), in verbis – “Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum” – era de conteúdo material. Não lei processual penal. Dispôs o acórdão do STJ conforme o voto-vista do Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO:

Repita-se. Crime militar é definido em lei. Logo, a abolição criminis, ou a modificação também se operam por lei (sentido formal). Como, constitucionalmente, o crime militar é da competência da justiça militar, quando a lei determinar que o delito deixará de ser julgado pela Justiça Militar, lógico, desqualifica-o da natureza anterior. Vale dizer, deixou de ser crime militar para ingressar na regra geral - crime comum. Retirou-se-lhe o quid distintivo. (BRASIL, 1997)

O acórdão demonstra inequívoca adoção da doutrina processualista: crime militar é aquele julgado pela Justiça Militar. A contrário senso, se o crime não é julgado pela Justiça Militar, é comum.

Na mesma linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal também decidiu que com a edição da Lei nº 9.299, de 7.8.1996, os crimes praticados por militar, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, deixavam de ser considerados crimes militares:

EMENTA: Recurso extraordinário. Alegação de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 9º do Código Penal Militar introduzido pela Lei 9.299, de 7 de agosto de 1996. Improcedência. - No artigo 9º do Código Penal Militar que define quais são os crimes que, em tempo de paz, se consideram como militares, foi inserido pela Lei 9.299, de 7 de agosto de 1996, um parágrafo único que determina que “os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum”. - Ora, tendo sido inserido esse parágrafo único em artigo do Código Penal Militar que define os crimes militares em tempo de paz, e sendo preceito de exegese (assim, CARLOS MAXIMILIANO, “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, 9ª ed., nº 367, ps. 308/309, Forense, Rio de Janeiro, 1979, invocando o apoio de WILLOUGHBY) o de que “sempre que for possível sem fazer demasiada violência às palavras, interprete-se a linguagem da lei com reservas tais que se torne constitucional a medida que ela institui, ou disciplina”, não há demasia alguma em se interpretar, não obstante sua forma imperfeita, que ele, ao declarar, em caráter de exceção, que todos os crimes de que trata o artigo 9º do Código Penal Militar, quando dolosos contra a vida praticados contra civil, são da competência da justiça comum, os teve, implicitamente, como excluídos do rol dos crimes considerados como militares por esse dispositivo penal, compatibilizando-se assim com o disposto no “caput” do artigo 124 da Constituição Federal. (BRASIL, 2003)

Com efeito, se os crimes dolosos contra a vida deixaram de ser militares em virtude da nova lei, mais reforçado esse entendimento ficou ainda com o advento da Emenda Constitucional nº 45, que ressalvou a competência do júri quando a vítima for

civil. Se o crime deixou de ser militar, a investigação penal deveria estar a cargo das polícias civis, às quais cabe a apuração de todas as infrações penais, exceto as militares, de acordo com o artigo 144, §4º, da Constituição Federal, in verbis: “§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

Além disso, não foi cautelosa a lei, ao fixar a competência do Juízo em razão do elemento subjetivo da conduta – saber se o crime foi doloso ou culposo – até mesmo em razão de que, não se define de modo claro qual o momento processual em que isso ocorrerá e a quem caberá decidir sobre essa questão. Pela redação do § 2º do art. 82 do Código de Processo Penal Militar, pressupõe-se, até mesmo, um pré-julgamento na fase do inquérito, o que poderá acarretar insegurança jurídica. Ao se aceitar a tese contrária e se deixar a investigação inicial em mãos da polícia militar, de fato se confere a esta competência para determinar ab initio se o crime é doloso ou não. Isso significa que a Lei 9.299 nunca teve capacidade efetiva para reduzir significativamente a impunidade.

Por outro lado, no próprio corpo do acórdão exarado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.494-3 (julgado que os que defendem a tese contrária têm como principal fundamento de sua posição), ainda que no teor dos votos vencidos, é que encontramos a base de sustentação da afirmativa de impossibilidade de continuarmos, no Brasil, a prática de investigar crimes dolosos, cometido por policiais militares contra a vida de civil, através de inquérito policial militar.

Primeiramente impõe-nos considerar o momento histórico em que se deu a aprovação da Lei nº 9.299, de 7.8.1996, motivada por fatos de extrema gravidade, revelados pela Comissão Parlamentar de Inquérito instalada com o objetivo de apurar a eliminação física de crianças no Brasil, onde se tornou

evidente a ação de policiais militares na execução criminosa de crianças e adolescentes em nosso país.

Do voto-vencido do Ministro Celso de Mello na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.494-3 é fundamental destacar os seguintes pontos:

Fatos recentes que ainda pulsam na consciência coletiva da Nação, despertando-lhe o justo sentimento de profunda indignação, associados aos próprios motivos que, em 1992, fizeram a C.P.I. das crianças e adolescentes propor, em favor da preservação da vida, a adoção de medidas tendentes a impedir o abuso policial-militar e a reduzir significativamente os índices de inaceitável impunidade generalizada, tornam essencial que se construa, com estrita observância do que dispõe a Carta Política, um sistema organizado de proteção social contra a violência arbitrária da polícia militar (lamentavelmente em processo de contínua expansão) e de imediata reação estatal – sempre respeitados os princípios que regem a garantia do due process of law – que permita seja imposta por juízes e tribunais comuns e independentes, aos integrantes dessa corporação que se vejam acusados da prática de ilícitos penais no exercício das funções ordinárias de policiamento ostensivo.

Vê-se, desse modo, Sr. Presidente, que razões de ordem política e doutrinária ou motivos de caráter corporativo e estamental não podem justificar que se dispense a qualquer organismo policial tratamento diferenciado que assegure a seus agentes o inaceitável privilégio da investigação reservada e da jurisdição doméstica.

...

É que, não mais competindo, à Justiça Militar, o processo e o julgamento dos crimes dolosos contra vida, praticados por policiais militares ou membros das forças armadas contra civil, nada pode justificar – especial-

mente ante as regras inscritas no art. 144, §1º, IV, e §4º, da Carta Política – que tais infrações penais continuem sendo objeto de investigação, em I.P.M., pela autoridade policial militar, com evidente usurpação da atribuição investigatória constitucionalmente outorgada à Polícia Federal ou à Polícia Civil dos Estados-membros, conforme o caso. (BRASIL, 2001)

Mais estarrecedora foi a constatação feita pelo Ministro Sepúlveda Pertence no mesmo julgamento da medida liminar na mesma ADI 1.494-3. Conclui o Ministro que a aplicação do art. 82, §2º, do CPPM nos leva a dedução de que obrigatoriamente deverá ser instaurado o I.P.M., ainda que não haja qualquer dúvida de se tratar o fato um crime doloso contra a vida de civil. Merece ser reproduzido um excerto de seu voto:

Por outro lado, a lei que estamos a examinar não determina que apenas enquanto não esclarecidos devidamente os fatos seja instaurado o inquérito policial militar: o que nela expressamente está dito, ou o que dela necessariamente resulta, é que – ainda quando não haja o menor laivo de dúvida sobre a existência de um crime doloso contra a vida de civil – se instaure o IPM. Repito, ainda que não haja a menor dúvida quanto ao caráter doloso do crime contra a vida praticado pelo miliciano. É só quem nunca teve, por contingências da vida ou profissionais, de viver ou de tomar conhecimento de um fato bruto, antes de sua redução a papel, no primeiro contato com o aparelho penal do Estado, na portaria, no livro de ocorrências de uma Delegacia de Polícia, pode negar que existem fatos em que não há a mínima dúvida quanto a isso.

Ora, não havendo dúvida alguma quanto à inexistência de crime militar – hipótese que, nos crimes contra a vida, a lei reduziu à inexistência de dolo – o que se tem é a de-

terminação que, não obstante o crime seja indubitavelmente doloso - o quanto possa sê-lo, é claro, nesse exame preliminar – o que se abrirá é um IPM, com as conseqüências relevantes de natureza coercitiva daí decorrentes. (BRASIL, 2001)

E assim sendo, ainda na atualidade, observamos que, na maioria dos casos, instaura-se inquérito policial militar para apurar referidos delitos, sendo que, quase sempre, a conclusão do relator é pela atipicidade da conduta do autor, que, segundo relatam, praticou a ação sob a égide de uma excludente de ilicitude. Vale a observação de que, o juízo de valor sobre a presença ou não dos requisitos necessários a configuração das justificantes, compete, neste caso, ao Tribunal do Júri, possuidor de competência constitucional para tanto, mas se invertem os papéis em razão da instauração do IPM.

Esse íterim entre a confecção, erroneamente, do inquérito policial militar, até sua chegada ao membro ministerial com atribuição para atuar nos crimes dolosos contra vida, pode redundar na inviabilidade ou impossibilidade da colheita de provas valiosas, seja porque o tempo destrói o corpo do delito, seja porque a prova testemunhal se debilita com o tempo.

Eis aqui, patente violação ao mais recente direito fundamental do suposto autor do fato criminoso, qual seja, a rápida solução do litígio. Transcrevo o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, também incluído pela Emenda Constitucional nº 45: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Deve ser ressaltado que o dispositivo se refere a todos, inclusive ao réu que pretende ver resolvida sua pendência frente à justiça e, também, à vítima, seus parentes e à sociedade que possuem evidente interesse no julgamento dos crimes dolosos contra vida de civis. Desta feita, o respeito ao ordenamento jurídico, donde ressaí que, para apurar referidos

crimes deve-se instaurar inquérito policial comum, antes de ser do interesse da administração da justiça, é garantia do acusado e das vítimas.

CONCLUSÃO

Ficou claramente demonstrada tanto a ineficiência quanto ineficácia do procedimento de apuração, através de IPM, dos crimes dolosos contra vida de civil praticados por militares, e, por sua vez, a inconstitucionalidade do procedimento e do art. 82, §2º, do CPPM, e a conseqüente revogação do dispositivo.

Ainda assim, O processo ocorre na Justiça Comum, mas o inquérito policial continua sendo presidido pelos policiais militares. Este fato, infelizmente, ainda contribui para que os policiais militares que praticam homicídios contra os cidadãos saiam impunes, pois, uma investigação malfeita, um processo deficitário, que padece desde a sua origem de vício de inconstitucionalidade, resulta quase sempre em absolvição e conseqüente impunidade.

Sugere-se a apresentação e aprovação de projeto de lei que revogue expressamente o art. 82, §2º, do CPPM. Enquanto não se efetive tal providência, as polícias civis não devem se furtar de instaurar o competente inquérito policial civil para apurar crime doloso contra a vida de civis cometidos por militares.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. *Código Penal Militar*. Diário Oficial da União, Brasília, 21 out. 1969.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. *Código de Processo Penal Militar*. Diário Oficial da União, Brasília, 21 out. 1969.

BRASIL. *Constituição da República Federativa*

do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988.

BRASIL. Lei nº 9.299, de 7 de agosto de 1996. *Altera dispositivos dos Decretos-leis nº s 1.001 e 1.002, de 21 de outubro de 1969, Códigos Penal Militar e de Processo Penal Militar*, respectivamente. Diário Oficial da União, Brasília, 08 ago. 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CONFLITO DE COMPETÊNCIA**. CC 17665 / SP, Relator Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/1996. Data da Publicação/Fonte: DJ 17/02/1997 p. 2122, LEXSTJ vol. 95 p. 240, RT vol. 739 p. 505.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**. ADI-MC 1494 / DF, Relator Min. CELSO DE MELLO, Julgamento em 09/04/1997, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicado no DJ 18-06-2001, p. 2, EMENT VOL-02035-01 p. 101.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO**. RE 260404 / MG, Relator Min. MOREIRA ALVES, Julgamento em 22/03/2001, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicado no DJ 21-11-2003, p. 9, EMENT VOL- 02133-04 p. 750.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45*, de 30 de dezembro de 2004. Diário Oficial da União, Brasília, 31 dez. 2004.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Brutalidade policial urbana no Brasil*. Abril de 1997. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/w3/hrw/james.doc>>. Acesso em: 06 mar. 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. atual. Por Azevedo, Eurico de Andrade, Aleixo, Délcio Balestero e Berle Filho, José Emmanuel. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça Militar. **HABEAS CORPUS – TRANCAMENTO DE IPM – PEDIDO DE CONCESSÃO LIMINAR**. Habeas Corpus nº 1.299, Relator Juiz JOSÉ JOAQUIM BENFICA, julgado em 21/06/2001, publicado em DJ de 08/08/2001. Disponível em: < <http://www.tjm.consultajurisprudencia.mg.gov.br/jcab/recursos/HABEASCORPUSNo1299.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2009.

A reintegração de posse em terras públicas e a impossibilidade de indenização das benfeitorias

Bárbara Oliveira Moreira*

RESUMO:

O presente trabalho tem por escopo analisar a impossibilidade de indenização de benfeitorias e acessões artificiais decorrentes de ocupação irregular de bens públicos, em especial praias, pois se trata de mera detenção consentida e não posse, e como tal, o detentor não possui direitos inerentes a posse, quais sejam: ações possessórias; percepção de frutos e indenização das benfeitorias.

Palavras- Chave: Indenização- Ocupação- Irregular- Propriedade -pública

ABSTRACT:

This work by examining the scope the inability to compensation of improvements and accessions artificial due to illegal occupation of public property , especially beaches, because it is not conceded consensual possession. It's not mere possession, and as such, the holder has no rights pertaining to ownership, namely:: possessory actions, perception of fruits and compensation for improvements

Keywords: Compensation- Irregular-public -property

* Aluna de Especialização em Direito Agrário pelo Cesupa. Juíza de Direito Titular da Comarca de Breu Branco

INTRODUÇÃO

Os bens públicos possuem regime jurídico próprio diverso dos bens particulares, ou seja, são inalienáveis, imprescritíveis e impenhoráveis.

Diante de tais características, as ocupações irregulares, em especial das praias marítimas, não são indenizáveis no que se refere às benfeitorias e as acessões derivadas de ações possessórias, pois que os usuários dos bens públicos são meros detentores e não possuidores.

Cumprido ressaltar que somente os possuidores têm direito as indenizações; percepção dos frutos e outros efeitos derivados da posse. Os fêmulos da posse não têm direito a invocar em nome próprio a proteção possessória.

Desta forma, tem-se que vários julgados do STJ possuem exatamente este entendimento e como se verá não se trata de enriquecimento sem causa da Administração Pública.

AS PRAIAS E OS TERRENOS DE MARINHA E SUAS OCUPAÇÕES

As invasões realizadas nas praias públicas e em terrenos de marinha por barracas, casas e outros empreendimentos são objetos de reintegração de posse da União.

Tem-se que diferenciar as praias marítimas dos terrenos de marinha, pois que as praias também não são terrenos de marinha. As praias são bens de uso comum do povo tais como as praças e ruas, e têm definição específica, conforme Lei nº 7.661/88, que instituiu o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro.²

No art 10 da Lei, prescreve que “as praias são bens públicos de uso comum do povo, sendo assegurado, sempre, livre e franco acesso a elas e ao mar,

em qualquer direção e sentido, ressalvados os trechos considerados de interesse da segurança nacional ou incluídos em áreas protegidas por legislação específica”. Segundo o § 3º “entende-se por praia a área coberta e descoberta periodicamente pelas águas, acrescida da faixa subsequente de material detrítico, tal como areias, cascalhos, seixos e pedregulhos, até o limite onde se inicie a vegetação natural, ou, em sua ausência, onde comece um outro ecossistema.

E o § 1º é taxativo na proibição de urbanização ou qualquer forma de utilização do solo na Zona Costeira que impeça ou “dificulte o acesso assegurado no caput deste artigo”.

Desta forma, a praia pode ser utilizada de três formas: a) uso comum do povo, ou seja, fruição geral da população, principalmente em atividades de lazer; b) para fins de segurança nacional; c) área protegida por legislação específica.

As praias têm tamanhos variados e nesse sentido os 33 (trinta e três) metros a partir da linha da preamar-média de 1831, que constituem o terreno da marinha, podem ultrapassar a faixa de praia, bem como a faixa de praia pode ultrapassá-los, ou mesmo pode haver terreno de marinha em locais em que não haja praia.³

O Decreto n. 5.300, de 07 de dezembro de 2004, que regulamenta a lei no

§1º do art 21, aduz que a Administração Municipal assegure, dentro do planejamento urbano, o livre acesso às praias pela população, e deverá, para tanto, adotar como critérios: I – nas áreas já ocupadas por loteamentos à beira mar, sem acesso à praia, o Poder Público Municipal, em conjunto com o órgão ambiental, definirá as áreas de servidão de passagem, responsabilizando-se por sua implantação, no prazo máximo de dois anos, contados a partir da publicação deste Decreto; e II – nas áreas a serem loteadas, o projeto de loteamento identificará os locais

² SILVA, Marcos Luiz da. O regime jurídico das praias marinhas. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1818, 23 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11417>>. Acesso em: 19 jan. 2011

³ Idem

de acesso à praia, conforme competências dispostas nos instrumentos normativos estaduais e municipais; III - nos imóveis rurais, condomínios e quaisquer outros empreendimentos à beira mar, o proprietário será notificado pelo poder Público Municipal, para prover os acessos à praia, com prazo determinado, segundo condições estabelecidas em conjunto com o órgão ambiental.⁴

Analisando tais legislações tem-se que é permitido a utilização particular das praias públicas desde que estejam consoante os ditames alhures seguidos.

Um desses ditames é o § 1º da Lei n. 7.661/88 estabelece que “não será permitida a urbanização ou qualquer forma de utilização do solo na zona costeira que impeça ou dificulte o acesso assegurado no caput”. E o § 2º acrescenta que “a regulamentação desta lei determinará as características e as modalidades de acesso que garantam o uso público das praias e do mar”.

Portando, analisando as leis supra, tem-se que o uso das praias não podem implicar em “urbanização” ou qualquer forma que dificulte o acesso àquele bem.

Ora, então o que a Lei prevê, na realidade, que a utilização da praia deve perquirir os seus principais escopos, quais sejam: a segurança nacional, defesa do meio-ambiente ou mesma servir como atração turística.

Desta forma, os bens particulares devem ser autorizados somente em terrenos próximos das praias, e não na praia em si, sob pena de confronto a lei vigente, tendo por absurdo a construção de casas e outros tipos de loteamentos sobre a praia, o que implicaria em restrição ao seu livre acesso. Seria a privatização de um bem público federal (inalienável, imprescritível e impenhorável), é, certamente, inconstitucional.

Os empreendimentos particulares podem estar na praia marítima, desde com autorização de uso dos órgãos Municipais e Federais de Meio-Ambiente, bem como do Serviço de Patrimônio da União. Casas de veraneio, mansões e outros bens imóveis de utilização particular não se enquadram nesse permissivo, e devem ser fiscalizadas e prontamente repelidas pelo Poder Público.

No que se refere aos terrenos de marinha tem-se no artigo 11 do Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934, qualifica o terreno de marinha como bem dominical, o que significa que o povo não tem livre acesso a eles. Os terrenos de marinha, nessa qualidade, podem ser utilizados privativamente pela União, quer de modo direto, quer por meio da celebração de contratos com terceiros, como, por exemplo, o de enfiteuse ou aforamento. Inclusive é permitido à União alienar os terrenos de marinha, com amparo no artigo 101 do Código Civil.

Desta forma, sendo bem dominical, a princípio o povo não goza de livre acesso aos terrenos de marinha; pois eles são utilizados pela União, da maneira que convém.

Terrenos de marinha são terras públicas e inisucapíveis podendo ocorrer no continente do território brasileiro ou em algumas ilhas. No continente estão situados na costa marítima e nas margens dos rios e lagos que sofrem a influencia das mares .⁵

Cabe ressaltar que os terrenos de marinha sempre foram parte integrante da propriedade do Estado, desde o Aviso de 27 de abril de 1826 sendo que o Brasil possui umas das maiores faixas litorâneas do mundo com mais de 8000 km de costa atlântica.⁶

⁴ Idem

⁵ ROCHA. Ibraim et al. Manual de Direito Agrário Constitucional- Lições de Direito Agroambiental. Belém: Fórum. 2010.p,136

⁶ Idem.p, 137.

Como dito alhures: *os terrenos de marinha não se confundem com as praias.*

Ora a praia tem dimensão variável: há faixas de praias, por exemplo, de 1(um) metro, 10 (dez) metros ou de 60 (sessenta) metros, dependendo da largura da faixa de material detrítico. Nesse sentido, os 33 (trinta e três) metros a partir da linha da preamar média de 1831, que constituem o terreno de marinha, podem ultrapassar a faixa da praia, bem como a faixa da praia pode ultrapassá-los, ou mesmo pode haver terreno de marinha em locais em que não haja praia.⁷

Os terrenos de marinha são bens públicos que possuem regime jurídico diferenciado dos demais bens públicos, pois quando situados na orla, na faixa de segurança, não são suscetíveis de alienação total, em qualquer de suas formas, quais sejam, venda, permuta ou doação, ainda que não estejam afetados ao serviço público, nem constituam bem de uso comum. Quando terceiro utiliza os terrenos de marinha fazem sob o regime de aforamento. Esta peculiaridade foi introduzida pela CF/88, no Ato das disposições Constitucionais Transitórias, art. 49, parágrafo § 3º que determinou: “*A Enfiteuse continuará sendo aplicada aos terrenos de marinha e seus acrescidos, situados na faixa de segurança, a partir da orla marítima*”, mas anteriormente, pelo Dec-lei 9.760/46 art. 64 : “*Os bens imóveis da União não utilizados em serviço público poderão, qualquer que seja a sua natureza, ser alugados, aforados ou cedidos.*”⁸

Atualmente com a CF/88, somente o domínio útil pode ser transferido também denominada “direito real de uso”, por meio da enfiteuse, pela qual permanece com a União o “domínio direto”, ou seja, fica a União na condição de ‘nu proprietário’.

Conclui-se que praia é bem de uso comum, todos do povo tem livre acesso, podendo ser utili-

zado livre e indistintamente o que não ocorre com terrenos de marinha que são bens dominicais bem como somente pode ser transferido o domínio útil a terceiro.

INDENIZAÇÕES PELAS BENFEITORIAS E ACESSÕES ARTIFICIAIS.

As benfeitorias não se confundem com as acessões artificiais ou industriais. As benfeitorias são melhoramentos feitos em coisas já construídas, podendo ser elas, úteis, necessárias e voluptuárias. Já as acessões artificiais são construções novas feitas pelo homem.

Os possuidores de boa fé têm direito a indenização das benfeitorias úteis e necessárias, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis. (art. 12 19 CC). Já ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias.

No caso das acessões artificiais tem-se que quem edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização (Art. 1.255. CC). Se de ambas as partes houve má-fé, adquirirá o proprietário as sementes, plantas e construções, devendo ressarcir o valor das acessões (Art. 1.256.) Presume-se má-fé no proprietário, quando o trabalho de construção, se fez em sua presença e sem impugnação sua.

Estas disposições legais servem para bens particulares e não para bens públicos, pois estes possuem regime especial conforme ditos alhures (inalienáveis; impenhoráveis e não podem ser usucapidos) e em razão disso as leis que devem ser regidos são diversas.

⁷NIEBUHR. Joel de Menezes. Terrenos de Marinha: aspectos destacados. Artigo publicado em 24.08.2004, na Revista de Doutrina da 4ª Região, publicada pela Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região

⁸BORGES. José Carlos. Regime Patrimonial dos Terrenos de Marinha. Júris way. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5334. Acesso em: 13/06/2011

Os bens públicos são bens fora do comércio e eventuais pessoas que usem de bens públicos, são meros detentores (detenção consentida), pois que são atos de mera permissão ou tolerância. Portanto, não há posse de bens públicos principalmente depois que a Constituição Federal proibiu a usucapião de bens.

Conclui-se que se não há posse de bens públicos, há detenção que não gera os efeitos da posse, quais sejam: proteção possessória; percepção de frutos; indenização das benfeitorias e direito de retenção nem das acessões industriais.

De fato, a indenização por benfeitorias prevista no art. 1.219 do CC implica direito à retenção do imóvel, até que o valor seja pago pelo proprietário.

Mas pensar desta forma é absurdo, pois iria se admitir que um particular retenha imóvel público, sob qualquer fundamento. Isso seria reconhecer, por via transversa, a posse privada do bem público, o que não está conforme com os princípios da indisponibilidade do patrimônio público e da supremacia do interesse público.

No que se refere às construções, o art. 1.255 do CC, que prevê a indenização, em seu parágrafo único, que o possuidor poderá adquirir a propriedade do imóvel, se “a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno”.

O dispositivo deixa clara a inaplicabilidade do instituto às áreas públicas, já que o Direito Público não tem as mesmas regras de aquisição por particulares, exceto quando preenchidos os requisitos legais (desafetação, licitação etc.).

Vozes contrárias, diriam que seria enriquecimento sem causa da Administração Pública, pois que incorporaria ao patrimônio bens anteriormente de particulares.

Tal alegação não pode prosperar

As benfeitorias não representam conveniência em favor do Poder Público quando há ocupação irregular de áreas públicas, pois esses imóveis são construídos fora da legislação ambiental e urbanística, o que impõe ao Poder Público o dever de destruição ou, no mínimo, regularização.⁹

Portanto, impor à Administração a obrigação de reparar por imóveis irregularmente construídos que, além de não terem utilidade para a Administração, ensejarão dispêndio de recursos do tesouro público para sua demolição.

Crer de modo diferente é atribuir à detenção efeitos próprios da posse, o que enfraquece a dominialidade pública, o princípio da boa-fé objetiva, estimula invasões e construções ilegais, e legítima, com a garantia de indenização, a apropriação privada do espaço público.¹⁰

O imóvel público é indisponível, e a eventual falha dos governos implica responsabilidade de seus agentes, nunca benefício de indivíduos à custa da sociedade.¹¹ (Princípio da Supremacia do interesse coletivo).

A jurisprudência do STJ é unânime sobre o assunto:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. OCUPAÇÃO IRREGULAR DE BEM PÚBLICO. DIREITO DE INDENIZAÇÃO PELAS ACESSÕES. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO. (REsp

⁹ REsp 1183266/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJE 18/05/2011

¹⁰ REsp 945055 DF 2007/0092986-1 Ministro HERMAN BENJAMIN. 02/06/2009. DJe 20/08/2009

¹¹ REsp 1183266/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 18/05/2011

1183266/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 18/05/2011)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO - BEM PÚBLICO - POSSE - INEXISTÊNCIA - DETENÇÃO - DIREITO DE RETENÇÃO E INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS - INVIABILIDADE - PRECEDENTES - RECURSO IMPROVIDO.(AgRg no Ag 1160658/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 21/05/2010). **PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - IMÓVEL FUNCIONAL - OCUPAÇÃO IRREGULAR - INEXISTÊNCIA DE POSSE - DIREITO DE RETENÇÃO E À INDENIZAÇÃO NÃO CONFIGURADO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - EFEITO INFRINGENTE - VEDAÇÃO.**1. Embargos de declaração com nítida pretensão infringente. Acórdão que decidiu motivadamente a decisão tomada.2. Posse é o direito reconhecido a quem se comporta como proprietário. Posse e propriedade, portanto, são institutos que caminham juntos, não havendo de se reconhecer a posse a quem, por proibição legal, não possa ser proprietário ou não possa gozar de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.3. A ocupação de área pública, quando irregular, não pode ser reconhecida como posse, mas como mera detenção.4. Se o direito de retenção ou de indenização pelas acessões realizadas depende da configuração da posse, não se pode, ante a consideração da inexistência desta, admitir o surgimento daqueles direitos, do que resulta na inexistência do dever de se indenizar as benfeitorias úteis e necessárias.5. Recurso não provido.(REsp 863.939/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/11/2008, DJe 24/11/2008)

CONCLUSÃO.

O presente trabalho teve por objetivo mostrar que as ocupações irregulares em bens públicos, em especial de praias são insuscetíveis de indenizações bem como traz para a coletividade sérios danos, pois que prejudica o meio ambiente, a segurança nas faixas de segurança, incentiva as invasões .

A jurisprudência do STJ é firme em afirmar que as praias são dos bens públicos de uso comum. E como tais também são passíveis de reintegração de posse em face do detentor, pois que esse não tem posse de bens públicos face ser bem fora do comércio e possuir regime jurídico próprio para garantir o interesse público sob o particular. REsp 945055/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 20/08/2009; REsp 863939/RJ, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJe 24/11/2008.No mesmo sentido: AgRg no Ag 1160658/RJ, desta Relatoria, DJe 21/05/2010.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AQUINO, Leonardo Gomes de. Aquisição da propriedade pela acessão. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 84, 01/01/2011Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8863. Acesso em 19/01/2011.

BORGES, José Carlos. Regime Patrimonial Dos Terrenos De Marinha. Jurídica way. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5334. Acesso em: 13/06/2011

FIÚZA, Cezar. Novo Direito Civil. Curso Completo. Ed. Del Rey: Belo Horizonte. 2003.

GASPARINI, Diógenes.*Direito Administrativo.*14.ed. São Paulo: Saraiva,2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*.ed. São Paulo:Malheiros, 1996.

MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*.ed. Saraiva: São Paulo.1990.

NIEBUHR. Joel de Menezes. *Terrenos de Marinha: aspectos destacados*. Artigo publicado em 24.08.2004, na Revista de Doutrina da 4ª Região, publicada pela Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região

ROCHA. Ibraim.et al . *Manual de Direito Agrário Constitucional- Lições de Direito Agroambiental*. Belém: Fórum .2010.

SILVA, Marcos Luiz da. *O regime jurídico das praias marinhas*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1818, 23 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11417>>. Acesso em: 19 jan. 2011.

A necessidade e utilidade da intervenção do *amicus curiae* nas tutelas coletivas como instrumento de participação democrática

“The necessity and utility of the *amicus curiae*’s intervention in the collective tutelage as an instrument of democratic participation”

Rosalina Moitta Pinto da Costa*
Pauliane do Socorro Lisboa Abraão**

RESUMO

O trabalho visa demonstrar que a figura do *amicus curiae* é ínsita ao Estado Democrático de Direito; e, embora a tese do pluralismo social proposta por Peter Hârbele tenha se desenvolvido no âmbito da hermenêutica constitucional, pode ser aplicada no campo dos direitos coletivos “*lato sensu*” porque suas decisões também atingem toda a sociedade. Sendo o instituto do *amicus curiae* um instrumento da democracia, visto que tem a função de pluralizar os debates, permitindo que a Corte tome conhecimento de elementos informativos para que possa decidir

com plena segurança uma matéria que irá afetar a toda a coletividade, emerge a conclusão de que não é apenas possível, mas útil e necessária a intervenção deste terceiro nas tutelas coletivas *lato sensu eis que*, ao possibilitar julgamentos mais atentos aos diversos setores sociais, permite a realização conjunta de garantias fundamentais no Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: *amicus curiae* - estado democrático de direito – participação democrática – tutela coletiva *lato sensu*

* Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal do Pará – UFPA., Especialista em Direito Ambiental pelo Núcleo de Meio Ambiente – NUMA, Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará e Professora da graduação e pós-graduação da Universidade Federal do Pará – UFPA.

** Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Pará. Advogada.

ABSTRACT

This work intends to show that the *amicus curiae*'s figure is introduced to the Democratic State of Law, and even though the theses of the social pluralism proposed by Peter Häberle has developed in the constitutional hermeneutic, it can be applied in the collective right's field due to the fact that their decisions can also view the society. Being the *amicus curiae* institute an instrument of the democracy, because it has the function of pluralizing the debates, it allows the Court to acknowledge informative elements so it can decide with full security a subject that will

affect the entire collective. Therefore, it emerges the conclusion that it is not just possible, but useful and necessary the intervention of this third in the collective tutelage because when it is made possible more attentive judgments to the various social sectors, it is permitted the joint accomplishment of fundamental guarantees in the Democratic State of Law.

KEYWORDS: *amicus curiae*; Democratic State of Law; democratic participation; collective *latu sensu* tutelage.

INTRODUÇÃO

O objeto deste trabalho¹ é demonstrar a possibilidade e necessidade da intervenção do *amicus curie* nas tutelas coletivas como instrumento de participação democrática.

Para tanto, inicialmente, será abordada a tese da sociedade aberta ou pluralista proposta por Peter Häberle, enfocando que a abertura do processo judicial é ínsita ao panorama da pós-modernidade, sendo parte do direito de participação no Estado Democrático de Direito.

A seguir, passa-se à análise do instituto do *amicus curiae*, abordando seu conceito e natureza jurídica, enfrentando a sua configuração no direito brasileiro e reconhecimento pela doutrina, não obstante a falta de menção expressa ao termo “*amicus curiae*” no direito positivo brasileiro. Ao final do capítulo, procurar-se-á demonstrar a função do instituto como fator de legitimação da democracia.

No tópico seguinte a abordagem se centrará no estudo da possibilidade de intervenção do referido instituto nas tutelas coletivas. Demonstrar-se-á a aplicabilidade da teoria interpretativa de Peter Häberle, criada para a interpretação da Constituição, nas tutelas coletivas, suas afinidades e semelhanças com os direitos transindividuais.

Sempre ressaltando a perspectiva social e coletiva, analisar-se-á o instituto da intervenção de terceiros previstos para um sistema de tutela individual e sua inaplicabilidade para os direitos que afetam uma coletividade. Prepara-se, então, o contexto para a conclusão e tema central do trabalho: a possibilidade e necessidade de intervenção do instituto do *amicus curiae* nas tutelas coletivas como resultado de uma interpretação aberta e instrumento de participação democrática.

A participação de interessados no debate judicial coletivo é resultado do próprio princípio democrático, da necessidade que os cidadãos têm de expressar seus anseios e pontos de vista, que con-

¹ Trabalho originalmente apresentado no XIX Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Fortaleza no período de 09 a 12 de junho de 2010.

verge com a utilidade que tem a Corte de conhecer a realidade social, e, finalmente, o desfecho de tudo, que é a repercussão que terá esse julgamento em toda a sociedade.

Em suma, o estudo visa demonstrar o que a doutrina sempre proclamou: não cabe a intervenção de terceiros, prevista no sistema individual, para as tutelas coletivas. É que, para elas, aplica-se o *amicus curiae*.

DA SOCIEDADE PLURALISTA E DA DEMOCRACIA COMO CONCEITO PROCEDIMENTAL

O Estado democrático de direito não prescinde da participação de todos os membros da sociedade, devendo propiciar aos cidadãos condições de igualdade econômica, política e social e atuação nos processos decisórios em todas as searas.

A democracia é, portanto, um princípio dinâmico inerente a uma sociedade aberta que deve permitir a atuação efetiva e concreta de todos seus jurisdicionados, conforme ressalta Canotilho:

“O princípio democrático não se compadece com uma compreensão estática da democracia. Antes de mais, é um processo de continuidade transpessoal, irreduzível a qualquer vinculação do processo político a determinadas pessoas. Por outro lado, a democracia é um processo dinâmico inerente a uma sociedade aberta e directiva, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral, liberdade de participação crítica no processo político, condições de igualdade econômica, política e social”².

A ideia de uma sociedade aberta ou pluralista, onde é possível a realização conjunta da democracia e dos direitos fundamentais foi desenvolvida por Peter Häberle, em sua obra *Hermenêutica Constitucional*. Assim diz o autor:

“Numa sociedade aberta, ela (a Democracia) se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais, tema muitas vezes referido sob a epígrafe do ‘aspecto democrático’ dos Direitos Fundamentais”.

Partindo do pressuposto de que todo aquele que vive a Constituição³ seria seu legítimo intérprete, Peter Häberle⁴ propõe uma visão aberta do processo. Segundo o autor, se são inúmeras as possibilidades de interpretação de uma norma - sobretudo quando afeta várias pessoas e grupos sociais - é necessário que se possibilite uma diversidade de visões, a fim de que se possa alcançar a cognição plena acerca de um tema⁵.

O constitucionalista alemão defende a ideia de que toda sociedade é potencialmente apta a participar do processo de interpretação constitucional. Tal participação permitiria maior legitimidade às decisões porquanto possibilitaria um debate plural acerca das controvérsias⁶. Somente a ampliação do debate permitiria que as minorias tivessem espaços para defenderem seus pontos de vistas, evitando dessa forma a ditadura da maioria ideológica do parlamento. Cidadãos, órgãos estatais, a opinião pública e grupos de interesses seriam – todos - forças produtivas de interpretação do complexo normativo constitucional.

² José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 283

³ Peter Häberle, *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes, 1997, p. 36.

⁴ Peter Häberle, *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição ...*, p. 47.

⁵ Idem, *ibidem*.

⁶ Idem, p. 42-43.

Härbele desenvolve sua tese anotando que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais deveriam ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de interpretação da norma, estabelecendo-se uma comunicação efetiva entre os participantes desse processo⁷.

A partir da ideia de sociedade aberta, conclui o autor que o direito processual constitucional deve receber alterações para permitir a participação mais ampla a aperfeiçoada da sociedade⁸.

Enfim, a abertura procedimental é insita ao panorama da pós-modernidade⁹. Em uma sociedade pluralista, como a nossa, todas as pessoas, grupos e potências públicas estão envolvidos nesse modelo social de interpretação, podendo-se dizer que o processo constitucional é parte do direito de participação democrática.

O *AMICUS CURIAE* COMO INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA

Conceito e natureza jurídica

Amicus curiae, termo latino que significa “amigo da corte”, é a inserção de um terceiro em um processo, movido por um interesse maior que o dos litigantes envolvidos, para servir como fonte de conhecimento em assuntos inusitados, inéditos, difíceis ou controversos, ampliando a discussão antes da decisão dos juízes da corte.

Como amigo da corte, e não das partes, não tem interesse em favorecê-las, mas discutir objetivamente teses jurídicas que vão afetar a sociedade como um todo.

Originado de leis romanas¹⁰, foi plenamente desenvolvido na Inglaterra pela English Common Law e, atualmente, é aplicado com grande ênfase nos Estados Unidos (EUA), onde alcançou projeção, inclusive no cenário mundial. Sua função histórica é chamar a atenção do Tribunal para fatos ou circunstâncias que poderiam não ser notados, visando “fomentar o Judiciário em assuntos complicados, controversos ou incomuns, e suas prováveis ramificações, desenvolvendo uma discussão por parte dos juízes antes que estes venham a tomar uma decisão”¹¹.

Assim, em se tratando de uma questão sub judice, o *amicus curiae* integra a demanda para discutir objetivamente um assunto de relevante interesse social, visando dar suporte fático e jurídico, enfatizando os efeitos de uma determinada matéria na sociedade, na economia, na indústria, no meio ambiente, ou em quaisquer outras áreas onde essa discussão possa causar influências.

A natureza jurídica do *amicus curiae* é questão ainda controvertida. Parte da doutrina diz tratar-se de uma forma de assistência qualificada¹², outros aludem ser um auxiliar do juízo¹³, e, a maioria, afirma que é terceiro, atribuindo-lhe assim várias nomenclaturas, terceiro: a) atípico¹⁴; b) anômalo¹⁵; c) *sui generis*¹⁶; d) especial¹⁷; e) enigmático¹⁸; e, ainda, f) natureza excepcional¹⁹.

⁹ Häberle elenca algumas consequências dessa hermenêutica aberta, a saber: (i) o juiz constitucional não está sozinho no processo de interpretação constitucional (ampliação das formas de participação); (ii) todas as forças pluralistas públicas são intérpretes em potencial da Constituição e devem ser consideradas como engendradoras de uma força normatizadora necessária à atualização pública da matéria por parte da Corte Constitucional; (iii) o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional. Há questões materiais previstas na Constituição que não chegam à Corte, e, assim, os intérpretes desenvolvem esses direitos materiais autonomamente (Peter Häberle, *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição ...*, p.47)

¹⁰ *Idem*, p. 43.

¹¹ Willis Santiago Guerra Filho, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p.5.

¹² Para Elisabetta Silvestri, a origem do instituto estaria no direito inglês (direito penal inglês medieval), de onde teria sido lançado para os demais países, especialmente aos Estados Unidos, onde é amplamente desenvolvido (*L'amicus curiae: uno strumento per La tutela degli interessi non rappresentati*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, p. 679-680.

Também não há consenso na jurisprudência. No Supremo Tribunal Federal existe manifestação de que o *amicus curiae* é a possibilidade de ingresso formal de terceiro no processo de controle normativo abstrato, embora devendo a entidade interventora ser dotada de representatividade adequada²⁰. Em sentido oposto, encontra-se posicionamento no sentido de que “não se trata de uma intervenção de terceiros, e sim de um fato de admissão informal de um colaborador da corte”²¹.

Ora, no nosso sistema processual o conceito de terceiro é definido por exclusão: terceiro é quem não é parte. O *amicus curiae* sem receber honorários ou exercer munus público, intervém no processo e colabora com o juízo, levando informações para uma melhor cognição do caso porque tem um forte interesse que a decisão judicial favoreça um determinado ponto de vista.

É, assim, terceiro, pois, não sendo parte, intervém em processo alheio. Não se trata, contudo, de nenhuma das modalidades interventivas previstas no nosso Código de Processo Civil, o que já foi sobejamente observado pela doutrina, a qual sempre procura agregar um adjetivo para demonstrar a distinção entre essa modalidade de intervenção com as demais previstas na lei processual.

Há de se ressaltar que o terceiro que ingressa nas ações individuais deve ser movido por um “interesse jurídico”: a decisão deverá lhe atingir. Por isso mesmo, com exceção da assistência, quando esse terceiro interveniente ingressa no processo perde essa qualidade, pois se a decisão fará coisa julgada em relação a ele, de terceiro não mais se trata.

¹³ Greg. Overstreet, ‘Amicus Curiae’ Briefs in Washington. Disponível em: <http://www.wsba.org/media/publications/barnews/archives/2001/nov-01-amicus.htm>

¹⁴ Edgard Silveira Bueno Filho caracteriza o *amicus* como uma “forma de assistência qualificada por um requisito de admissibilidade específico, qual seja a representatividade do órgão ou entidade” (Amicus curiae – A democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade. Revista CEJ, n. 19, 2002, p. 85-89).

¹⁵ Fredie Didier nega veementemente que o *amicus curiae* seja terceiro, admitindo como um auxiliar do juízo (Recurso de terceiro, p. 186).

¹⁶ Para Athos Gusmão Carneiro, a atuação do *amicus curiae* seria uma espécie de intervenção de terceiros atípica, porque não precisa demonstrar interesse jurídico, mas “representatividade adequada e suficiente” (Athos Gusmão Carneiro, Mandado de segurança. Assistência e *amicus curiae*, Repro, v. 112, p. 219. No mesmo sentido: Antônio do Passo Cabral, Pelas Asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Revista de Processo, n. 117, 2004, p. 17).

¹⁷ Leonardo José Carneiro da Cunha, intervenção anômala: a intervenção de terceiro pelas pessoas jurídicas de direito público prevista no parágrafo único do art. 5º da Lei 9.469/1997, In: DIDIER JR, Fredie e Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais sobre terceiros no processo civil e assuntos afins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 622/625.

¹⁸ Antônio do Passo Cabral, Pelas Asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Revista de Processo, n. 117, 2004, p. 17; Antônio do Passo Cabral, pelas asas de hermes: a intervenção do *amicus curiae*: um terceiro especial, Repro, v. 117. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 17,

¹⁹ Dirley da Cunha Júnior, afirma tratar-se de “terceiro especial, que pode intervir no feito para auxiliar a Corte, desde que demonstre um interesse objetivo relativamente à questão jurídico-constitucional em discussão” (A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF. In: Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.), Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins. São Paulo: RT, 2004. p. 153). Também: Antônio do Passo Cabral, Pelas Asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Revista de Processo, n. 117, 2004, p. 17.

²⁰ Cassio Scarpinella entende que o *amicus curiae* é terceiro enigmático, que se encontra mais próximo de três figuras processuais: o Ministério Público quando atua como fiscal da lei; o perito e o assistente (Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático, p. 423).

²¹ Milton Luiz Pereira, Amicus curiae – intervenção de terceiros, Revista de Processo n. 109, p. 44

Diferentemente, o *amicus curiae* é movido por um interesse diferente daquele previsto para as ações individuais. Seja econômico (CADE), social, institucional ou público²³, quando ingressa em processo alheio visa, sem dúvida, a tutela de interesses que lhe dizem respeito, mas que irão afetar a sociedade como um todo. E isto se dá porque o instituto tem uma função social, informativa e plural no sistema processual comprometido com uma prestação jurisdicional mais efetiva e justa.

Enfim, *amicus curiae* é um instituto que permite que terceiros passem a integrar a demanda, para discutir objetivamente teses jurídicas que vão afetar a sociedade como um todo, e, ao permitir a participação formal de entidades e de instituições nos processos, pluraliza o debate, conferindo-lhe contorno mais democrático.

A evolução do instituto no direito positivo brasileiro

No Brasil, salvo um único texto de direito positivo bastante recente²⁴, não existe menção expressa ao termo *amicus curiae* em normas legais, o que não

impede que a doutrina identifique essa modalidade diferenciada, própria, de intervenção de terceiro.

Segundo Athos Gusmão, o instituto do *amicus curiae* passou a ser previsto no direito positivo brasileiro pela lei nº. 6.385, de 7 de dezembro de 1976, artigo 31²⁵, que veio a permitir “a intervenção, nessa qualidade, da Comissão de Valores Mobiliário (CVM) em processos judiciais, de caráter individual, nos quais devam ser apreciadas questões de direito societário sujeitas, no plano administrativo, à competência fiscalizadora dessa autarquia federal”²⁶.

Pode-se dizer, então, que o instituto do *amicus curiae* foi apresentado como uma inovação legislativa pela Lei nº. 6.616, de 16 de dezembro de 1978, que ao acrescentar artigos à Lei nº. 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários, visava legitimar a CVM a intervir em processos que tenham por objeto assuntos que possam refletir no mercado de capitais, a fim de permitir que esta alertasse o Poder Judiciário dos possíveis reflexos que suas decisões causariam na bolsa de valores mobiliários.

²² O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em decisão monocrática publicada em 02.02.2001, admite a intervenção do *amicus curiae* como espécie de terceiro. Afirma que somente terceiros com representatividade adequada poderiam ser admitidos como *amicus curiae*. É a sua decisão: “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO AMICUS CURIAE. POSSIBILIDADE. LEI Nº 9.868/99 (ART. 7º, § 2º). SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA ADMISSÃO DO AMICUS CURIAE NO SISTEMA DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE ADMISSÃO DEFERIDO. (...) Como se sabe, o pedido de intervenção assistencial, ordinariamente, não tem cabimento em sede de ação direta de inconstitucionalidade, eis que terceiros não dispõem, em nosso sistema de direito positivo, de legitimidade para intervir no processo de controle normativo abstrato (RDA 155/155 - RDA 157/266 - ADI 575-PI (AgRg), Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). A Lei nº 9.868/99, ao regular o processo de controle abstrato de constitucionalidade, prescreve que “Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade” (art. 7º, caput). A razão de ser dessa vedação legal - adverte o magistério da doutrina (OSWALDO LUIZ PALU, “Controle de Constitucionalidade”, p. 216/217, 1999, RT; ZENO VELOSO, “Controle Jurisdicional de Constitucionalidade”, p. 88, item n. 96, 1999, Cejup; ALEXANDRE DE MORAES, “Direito Constitucional”, p. 571, 6ª ed., 1999, Atlas, v.g.) - repousa na circunstância de o processo de fiscalização normativa abstrata qualificar-se como processo de caráter objetivo (RTJ 113/22 - RTJ 131/1001 - RTJ 136/467 - RTJ 164/506-507). Não obstante todas essas considerações, cabe ter presente a regra inovadora constante do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, que, em caráter excepcional, abrandou o sentido absoluto da vedação pertinente à intervenção assistencial, passando, agora, a permitir o ingresso de entidade dotada de representatividade adequada no processo de controle abstrato de constitucionalidade. A norma legal em questão, ao excepcionalmente admitir a possibilidade de ingresso formal de terceiros no processo de controle normativo abstrato, assim dispõe: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo

A partir daí, outras sociedades criaram entidades semelhantes à Comissão de Valores Mobiliários, com o objetivo de fiscalizar e evitar novos abalos às suas economias. É exemplo o mesmo privilégio que foi dado ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), quando transformado em autarquia. A Lei Antitruste (Lei n. 8.884/94), no seu artigo 89, afirma que o CADE deverá intervir na qualidade de assistente²⁷. Contudo, não obstante a expressa previsão da lei, a doutrina diz tratar-se, aí, de uma espécie de *amicus curiae*²⁸.

A Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997, instituiu o que também pode ser identificado como uma nova forma de atuação do *amicus curiae*, quando afirma, no seu artigo 5º, § único, que pessoas jurídicas de direito público possam intervir para esclarecer questões de fato e de direito, juntando documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria, independentemente da demonstração de interesse jurídico.

Mas foi nas ações de controle concentrado do constitucionalidade, com a entrada em vigor da Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, que

dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, que o instituto do *amicus curiae* passou a ser discutido com mais ênfase. O parágrafo 2º do artigo 7º da referida lei³⁰ permite a manifestação de órgãos e entidades, em razão da relevância da matéria e da representatividade dos postulantes, no procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Nesse mesmo ano, a Lei n.º 9.882, que dispõe sobre o processo e o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, no seu art. 6º, §§ 1º e 2º³¹, concedeu ao relator da causa a possibilidade de colher informações que lhe pareçam importantes para instruir o feito. Embora a lei não tenha trazido disposição similar à constante para a ação direta de inconstitucionalidade, a doutrina³² e o STF³³ entendem que o referido art. 7º, parágrafo 2º da Lei n.º 9.868/99, deve ser aplicado por analogia, para admitir a manifestação de órgãos e entidades no papel de *amicus curiae*.

A Lei n.º 9.868/99, em suas disposições gerais e finais, ainda fez introduzir, no Código de

anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.” (grifei) (...) (ADI 2130 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 20/12/2000, publicado em DJ 02/02/2001 P - 00145). Também se observa a mesma linha de entendimento na manifestação do Ministro Carlos Britto na ADI 4071: “enquanto tese, assento a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* enquanto terceiro (...)” (ADI 4071 AgR, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2009, DJe-195 DIVULG 15-10-2009 PUBLIC 16-10-2009 EMENT VOL-02378-01 PP-00085). Igualmente o Ministro Marco Aurélio, em decisão monocrática, já se manifestou entendendo tratar-se de terceiro: “DECISÃO AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE - INTERVENÇÃO DE TERCEIRO - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – ADMISSÃO(...) O processo está concluso para a análise da intervenção requerida, à folha 142, pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. 2. Faz-se em jogo a denominada Lei Maria da Penha – de nº 11.340/2006 -, que disciplina matéria referente a violência contra a mulher. Então, cabe ouvir o Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. 3. Admito-o como terceiro, (...) (ADC 19, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 02/11/2009, publicado em DJe-212 DIVULG 11/11/2009 PUBLIC 12/11/2009). No mesmo sentido, segue-se o posicionamento do Ministro Joaquim Barbosa: (...) a Federação das Associações de Municípios do Rio Grande do Sul – Famurs pede sua admissão nos autos como *amicus curiae*. (...) A intervenção de terceiros no processo da ação direta de inconstitucionalidade é regra excepcional prevista no art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999, que visa a permitir “que terceiros - desde que investidos de representatividade adequada - possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. - A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem

Processo Civil (art. 482), três novos parágrafos³⁴, transportando para o controle difuso e concreto de constitucionalidade as mesmas características daquele diploma, permitindo a participação de outros órgãos entidades no que se admite ser o papel de *amicus curiae*³⁵.

Outra inovação importante no ordenamento jurídico brasileiro veio com a Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei nº. 10.259, de 12 de julho de 2001). No § 7º do seu artigo 14 está prevista a participação de interessados no processo em caso de instauração de pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por turmas recursais³⁶. Embora sem o rótulo, a doutrina identifica caso típico de *amicus curiae*³⁷.

Identifica-se ainda o instituto do *amicus curiae* na análise da repercussão geral em recursos extraordinários, conforme dicção do § 6º do

art. 543-A do CPC³⁸, que prevê a possibilidade do relator admitir a manifestação de terceiros nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, e, ainda, mais recentemente, no novo rito dos recursos repetitivos. De acordo com a nova redação do Código de Processo Civil, em seu art. 543-C, § 4º³⁹, “o relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia”.

A Lei nº 11.417, de 2006, que regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, prevê em seu art. 3º, § 2º, a possibilidade de o relator admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros durante o procedimento da edição, revisão ou cancelamento de seu enunciado. Estando aí, pois, a figura do *amicus curiae*.

os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 - que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* - tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional.” (ADI 2.130-MC, rel. min. Celso de Mello, DJ 02.02.2001). Vê-se, portanto, que a admissão de terceiros na qualidade de *amicus curiae* traz ínsita a necessidade de que o interessado pluralize o debate constitucional, apresentando informações, documentos ou quaisquer elementos importantes para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade. (...) (ADI 1504, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 15/06/2009, publicado em DJe-114 DIVULG 19/06/2009 PUBLIC 22/06/2009)

²³ Foi como afirmou o Ministro Ricardo Lewandowski, em decisão monocrática: (...), conquanto considerado fenômeno de uma intervenção atípica, porque o ‘amigo da corte’ não pretende que a ação seja julgada a favor de ou contra uma das partes, mas sim colabora para uma decisão justa do Poder Judiciário, por meio de uma participação meramente informativa. O STF já apreciou a questão da natureza jurídica do *amicus curiae*, afirmando, em voto do relator, Min. Celso de Mello, na ADIn nº 748 AgR/RS, em 18 de novembro de 1994, que não se trata de uma intervenção de terceiros, e sim de um fato de ‘admissão informal de um colaborador da corte’. (...) (ADPF 134, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 27/06/2008, publicado em DJe-142 DIVULG 31/07/2008 PUBLIC 01/08/2008). A decisão supra faz menção à decisão do Min. CELSO DE MELLO que, em seu voto na ADIn nº 748 AgR/RS, em 18 de novembro de 1994, assim disse: “(...). Colaborador da corte e não das partes, e, se a intervenção de terceiros no processo, em todas as suas hipóteses, é de manifesta vontade de alguém que não faz parte originalmente do feito para que ele seja julgado a favor de um ou de outro, o *amicus curiae*, por seu turno, somente procura uma decisão justa para o caso, remetendo informações relevantes ao julgador”. (...) (ADI 748 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 01/08/1994, DJ 18-11-1994 PP-31392 EMENT VOL-01767-01 PP-00010). No entanto, parece que o referido Ministro teria mudado o seu entendimento admitindo o *amicus curiae* como terceiro, conforme se extrai de sua manifestação em decisão monocrática: (...) cabe ter presente a regra inovadora constante do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, que, em caráter excepcional, abrandou o sentido absoluto da vedação pertinente à intervenção assistencial, passando, agora, a permitir o ingresso de entidade dotada de representatividade adequada no processo de controle abstrato de constitucionalidade. A norma legal em questão, ao excepcionalmente admitir a possibilidade de ingresso formal de terceiros no processo de controle normativo abstrato, assim dispõe: “O relator, considerando a relevância da matéria e

Além disso, pode-se também encontrar o instituto na Lei 9.279/96 (Código de Propriedade Industrial), cujos artigos 57, 118 e 175 obrigam a intervenção do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) em ações de nulidade de patente, registro de desenho industrial e registro de marca quando ele não for o autor; e na Lei 8.906/94, art. 49, parágrafo único, que admite a intervenção da Ordem dos Advogados do Brasil como assistente em ações ou inquéritos em que advogados figurem como indiciados, acusados ou ofendidos. A previsão do instituto da assistência não afasta a conclusão de que se trata da figura ora estudada, uma vez que a intervenção se dá para a defesa de interesse institucional (proteção das prerrogativas profissionais do advogado) e não jurídico⁴⁰.

Assim, não obstante inexistir disposição expressa no nosso direito positivo, o instituto do *amicus curiae* vem sendo reconhecido e admitido com tranquilidade pela doutrina e jurisprudência.

Sua função como fator de legitimação da democracia

A importância do *amicus curiae* é evidente no contexto democrático de uma sociedade, pois é forma de afirmação do pluralismo social.

Embora a figura do referido instituto já se encontre contemplada no Brasil desde 1976⁴¹, sua participação se intensifica no controle concentrado de constitucionalidade, porque, mais do que uma prestação jurisdicional pura e simples, trata-se de um verdadeiro controle político⁴², e o instituto enquanto pluraliza o debate constitucional confere legitimidade às deliberações do Tribunal Constitucional, que passa formalmente a ter o dever de apreciar as interpretações constitucionais que emanam dos diversos setores da sociedade^{43 44}.

Com efeito, a dúvida sobre a constitucionalidade exige não apenas a solução do conflito, mas que a mesma seja feita exaustivamente, espancando

a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecurável, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.” (grifei) No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a figura do *amicus curiae*, permitindo, em consequência, que terceiros, investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A regra inscrita no art. 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99 - que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* - tem por objetivo pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia. É certo que, embora inovadora em tema de controle abstrato de constitucionalidade (que faz instaurar processo de natureza marcadamente objetiva), a disciplina legal pertinente ao ingresso formal do *amicus curiae* já se achava contemplada, desde 1976, no art. 31 da Lei nº 6.385, de 07/12/76, que permite a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) em processos judiciais de caráter meramente subjetivo, nos quais se discutam questões de direito societário, sujeitas, no plano administrativo, à competência dessa entidade autárquica federal. Cabe registrar, por necessário, que a intervenção do *amicus curiae*, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio. Na verdade, consoante ressalta PAOLO BIANCHI, em estudo sobre o tema (“Un’Amicizia Interessata: L’amicus curiae Davanti Alla Corte Suprema Degli Stati Uniti”, in “Giurisprudenza Costituzionale”, Fasc. 6, nov/dez de 1995, Ano XI, Giuffrè), a admissão do terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões do Tribunal Constitucional, viabilizando, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize a possibilidade de participação de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. (...)

(ADI 2130 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 20/12/2000, publicado em DJ 02/02/2001 P - 00145) .

toda a qualquer questão suscitada, a fim de se obtenha a decisão mais segura e completa possível⁴⁵. Para tanto, a mais alta corte do país não poderia ficar acima do debate público. E, conforme observou o Ministro Gilmar Mendes, em compatibilidade com a orientação de Häberle, ainda que não se possa deixar de enfatizar o que Grimm denominou de “risco democrático”, a inserção da **Corte** no espaço pluralista evita distorções que poderiam advir da independência do juiz e de sua estrita vinculação à lei:

“Vê-se, assim, que, enquanto órgão de composição de conflitos políticos, passa a Corte Constitucional a constituir-se em elemento fundamental de uma sociedade pluralista, atuando como fator de estabilização indispensável ao próprio sistema democrático.

É claro que a Corte Constitucional não pode olvidar a sua ambivalência democrática. Ainda que se deva reconhecer a legitimação democrática dos juízes, decorrente do complexo processo de escolha e de nomeação, e que a sua independência constitui requisito indispensável para o exercício de seu mister, não se pode deixar de enfatizar que aqui também reside aquilo que Grimm denominou de “risco democrático” (...).

Essas singularidades demonstram que a Corte Constitucional não está livre do perigo de converter uma vantagem democrática num eventual risco para a democracia.

Assim como a atuação da jurisdição constitucional pode contribuir para reforçar a legitimidade do sistema, permitindo a renovação do processo político com o reconhecimento dos direitos de novos ou pequenos grupos e com a inauguração de reformas sociais, pode ela também bloquear o desenvolvimento constitucional do País. (...)

O equilíbrio instável que se verifica e que parece constituir o autêntico problema da jurisdição constitucional na democracia afigura-se necessário e inevitável. Todo o esforço que se há de fazer é, pois, no sentido de preservar o equilíbrio e evitar disfunções⁴⁶.

Embora o próprio Supremo Tribunal Federal, muito antes da edição da Lei 9.868/99, já viesse admitindo a juntada de memoriais por *amicus curiae* nas ações diretas de inconstitucionalidade⁴⁷, a referida norma legal positivou pela primeira vez entre nós o instituto, permitindo que o Tribunal tomasse conhecimento das razões constitucionais daqueles que, embora sem legitimidade para de-

²⁴ O assistente mantém a condição de terceiro quando ingressa no processo.

²⁵ Antônio do Passo Cabral. *Pelas Asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial*. Revista de Processo, n. 117, 2004, p. 23.

²⁶ Trata-se da Resolução nº 390, de 17.09.2004 do Conselho da Justiça Federal, que dispõe sobre o regimento interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. Seu artigo 23, § 1º, permite que eventuais interessados, entidades de classe, associações, organizações não governamentais apresentem memoriais e façam sustentação oral nos julgamentos perante aquele órgão “na função de *amicus curiae*”.

²⁷ Art. 31 - Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação.

²⁸ Athus Gusmão Carneiro, *Intervenção de terceiros*, p. 200.

²⁹ Art. 89. Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente”.

³⁰ Alexandre Alves Lazzarini. *A intervenção do CADE no processo judicial*, Repró 105, pp. 241/248.

³¹ Art. 5º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.”

“Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.”

flagrar o processo, sejam destinatários diretos ou mediatos da decisão a ser proferida⁴⁸.

Emerge assim a figura do *amicus curiae* legitimando as decisões do STF, ao mesmo tempo em que, pluralizando o debate - permitindo que o referido órgão disponha de todos os elementos informativos possíveis e necessários para a solução da controvérsia - dá expressão real e efetiva ao princípio democrático. Foi assim que o Ministro Celso Melo, em decisão monocrática, por ocasião do julgamento da Medida Cautelar na ADI 2130, em 20 de dezembro de 2000, fixou a perspectiva a partir da qual a intervenção do *amicus curiae* passou a ser interpretada no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

“(...)A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Consti-

tucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais (...)”⁴⁹.

O instituto do *amicus curiae* como medida concretizadora do princípio do pluralismo democrático passou a ser decantado em diversas ocasiões pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se observa no julgamento da ADI 2321-MC/Df, em 2000, antes mesmo da alteração regimental⁵⁰, quando o Ministro Celso de Mello fixou o fim teleológico da norma que fundamenta a adoção da referida figura:

³² Art. 7º, § 2º: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

³³ Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias. § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. § 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo”.

³⁴ Dirley Cunha Júnior, A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF. In: Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins, p.p 165/166.

³⁵ Nesse sentido a decisão monocrática dada pelo Ministro Carlos Britto na ADPF nº 132, publicada em 06.10.2008: “(...) 2. Trata-se de petição pela qual a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT) requer seu ingresso no feito, na condição de *amicus curiae*. 3. Pois bem, a Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, não traz dispositivo explícito acerca da figura do *amicus curiae*. No entanto, vem entendendo este Supremo Tribunal Federal cabível a aplicação analógica do art. 7º da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 (ADPF 33, Rel. Min. Gilmar Mendes; ADPF 46, Rel. Min. Marco Aurélio e ADPF 73, Rel. Min. Eros Grau) (...)” (grifamos)

³⁶ Art. 482. “§ 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal. § 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. § 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

³⁷ Milton Luis Pereira, *Amicus curiae* – intervenção de terceiro, p. 42 e Fredie Didier Júnior, Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade, p. 188.

“a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* como um fator de pluralização e legitimação do debate constitucional (grifos do autor e nossos), entendendo que o ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, §2º, da Lei 9868/99, a figura do *amicus curiae*, permitindo, em consequência que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A intervenção do *amicus curiae*, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem de proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. A idéia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do *amicus curiae* no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte (grifo nosso) quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade”³⁸.

O Min. Gilmar Mendes, em trabalho publicado sobre o controle de constitucionalidade, anotou a abertura procedimental propiciada por tal instrumento democrático:

“O instituto em questão, de longa tradição no direito americano, visa a um objetivo dos mais relevantes: viabilizar a participação no processo de interessados e afetados pelas decisões tomadas no âmbito do controle de constitucionalidade. Como há facilmente de se perceber, trata-se de medida concretizadora do princípio do pluralismo democrático que rege a ordem constitucional brasileira”.

Para além disso, o dispositivo em questão acaba por ensejar a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações.”³⁹

O referido Ministro enfatizou, no julgamento da ADI nº 2.548-PR, sua função de integração extremamente relevante no Estado de Direito. Disse ele:

(...) Evidente, assim, que essa fórmula procedimental constitui um excelente instrumento de informação para a Corte Suprema. Não há dúvida, outrossim, de que a participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante no Estado de Direito. Em consonância com esse modelo ora

³⁸ Art. 14. (...)

§ 7º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.

³⁹ Cássio Scarpinella Bueno, *Amicus Curiae no processo civil brasileiro*, p. 205.

⁴⁰ Art. 543-A. (...)

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

⁴¹ Acrescentado pela Lei 11.672/2008.

⁴² Cássio Scarpinella Bueno, *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. pp. 340-343

⁴³ *Supra* item 3.2

⁴⁴ Bruno Noura de Moraes Rego, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2003.

proposto, Peter Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às “intervenções de eventuais interessados”, assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição (...). Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, este Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos “amigos da Corte”. Essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição. (...) ⁵³.

Assim, partindo da premissa segundo a qual a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição proposta por Häberle declina no sentido de que toda sociedade é potencialmente apta a interpretar

a Constituição, o *amicus curiae* representa uma forma dessa abertura, pois possibilita a intervenção de terceiros no processo hermenêutico institucional da Carta Magna.

O ingresso desses interessados é consequência direta dessa abertura procedimental, que permite a inserção de novos instrumentos de pluralização do debate, conferindo legitimidade a um terceiro em contribuir para a construção de uma decisão a ser proferida que irá afetar toda a sociedade.

Em suma, o instituto do *amicus curiae* como medida concretizadora do princípio do pluralismo democrático que rege a ordem constitucional brasileira, capaz de pluralizar e viabilizar a participação de interessados que embora não tenham legitimidade para deflagrar o processo são destinatários diretos ou mediatos da decisão a ser proferida, atua no sentido de universalização e realização do direito e do princípio democrático.

POSSIBILIDADE E UTILIDADE DE INTERVENÇÃO DO AMICUS CURIAE NAS TUTELAS COLETIVAS

⁴⁵ Peter Harbele, hermenêutica constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: Constituição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição, Sérgio Fabris Editor, 1997.

⁴⁶ É o que conclui Edgar Silveira Bueno Filho: “(...) E, havendo dúvida sobre a constitucionalidade, é necessário, para garantir a segurança jurídica e a coerência do sistema, a solução do conflito. Se determinado ato normativo provoca dúvidas quanto a esse importante aspecto de sua validade, a ponto de justificar a movimentação das pessoas constitucionalmente designadas para exercer o processo de controle, nada melhor do que esmiuçá-lo, de forma exaustiva, de modo a se obter uma decisão mais segura e completa possível.

(...) a decisão proferida na atividade de controle da constitucionalidade deve ter sido precedida de exame exaustivo do ato normativo suspeito, de forma a mostrar aos jurisdicionados a sua conformidade ou desconformidade com a Constituição, espancando toda e qualquer dúvida suscitada. Não é por outra razão que o juiz norte-americano e presidente da Suprema Corte, num dos períodos mais férteis da atividade jurisdicional, advertiu: ‘Um tribunal que é final e irrecorrível precisa de escrutínio mais cuidadoso que qualquer outro. Poder irrecorrível é o mais apto para auto-satisfazer-se e o menos apto para engajar-se em imparciais auto-análises. Em um país como o nosso, nenhuma instituição pública ou o pessoal que o opera pode estar acima do debate público’. (Warren E. Burger, U.S. Chief Justice)” (Edgar Silveira Bueno Filho, *Amicus Curiae – A Democratização do Debate nos Processos de Controle da Constitucionalidade*, in: Revista Diálogo Jurídico, n. 14, junho/agosto, Salvador, 2002.

⁴⁷ Corroborando a necessidade de abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade para permitir possibilidade de participação do *amicus curiae*, disse Inocêncio Mártires Coelho: “(...) se evidencia que o deslinde desse tipo de controvérsia interessa objetivamente a todos os indivíduos e grupos sociais, até porque ao esclarecer o sentido da Carta Política, as cortes constitucionais, de certa maneira, acabam reescrevendo as constituições” (As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro, in Revista de Direito administrativo n. 211, p. 133).

⁴⁸ Gilmar Mendes, Controle de constitucionalidade, p. 503/504.

Aplicação da perspectiva interpretativa aberta proposta por Peter Häberle nas tutelas coletivas

Embora a tese do pluralismo social proposta por Peter Häberle tenha se desenvolvido no âmbito da hermenêutica constitucional, não precisa ficar limitada a essa seara, podendo ser aplicada no Direito como um todo, em especial nos direitos transindividuais.

A perspectiva pluralista, não obstante construída para a interpretação da Constituição, pode ser aplicada além dela, quando houver patente interesse geral da coletividade, valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais.

A tese criou espaço favorável para a admissão da figura do *amicus curiae* no processo de controle abstrato das normas, assegurando ao mesmo um caráter aberto e pluralista para o reconhecimento de direitos e a realização das garantias fundamentais no Estado Democrático de Direito, cujas decisões irão atingir a toda a coletividade, tal qual ocorre nos direitos coletivos que também têm uma conotação política e social.

A interpretação mais extensiva do seu pensamento se impõe para que alcance a proteção dos direitos difusos e coletivos inerentes a toda a sociedade, cujo interesse público e social clama por alternativas que permitam a participação de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e informações nos processos dessa natureza.

As ações coletivas geram consequências di-

retas ou indiretas sobre uma diversidade de pessoas, determinadas ou não, pois tutelam direitos transindividuais, atingindo toda a sociedade. A pluralização do debate, com a participação de setores da sociedade, permitindo que os julgadores disponham de todos os elementos informativos, possíveis e necessários à solução da controvérsia vai ao encontro dos princípios democráticos.

Não há dúvida que o resultado dos processos coletivos gera repercussão social e política, devendo ser reconhecido a necessidade de um modelo procedimental que permita o acesso e a participação de todos.

Em suma, as idéias de Häberle, que propõe uma sociedade aberta aos intérpretes, fortalecendo a lógica participativa, devem ser aplicadas aos processos coletivos cujas decisões atingem toda a sociedade. Há de ser permitido, portanto, o acesso e participação dos interessados, viabilizando a possibilidade de mecanismos para a participação de terceiros, pluralizando o debate dos interesses transindividuais como fruto da consolidação do pensamento democrático.

Intervenção de terceiros nos processos coletivos

A preocupação com a proteção dos interesses transindividuais inaugura uma nova forma de tutela⁵⁴. A fim de garantir os direitos então consagrados, tornou-se necessária a criação de institutos jurídicos, mediante um processo célere, com

⁴⁹ ADI 748 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 01/08/1994, DJ 18-11-1994 PP-31392 EMENT VOL-01767-01 PP-00010

⁵⁰ Gustavo Binenbojm. A dimensão do *Amicus Curiae* no Processo Constitucional Brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n° 1, janeiro, 2004. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2009.

⁵¹ ADI 2130 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 20/12/2000, publicado em DJ 02/02/2001 P - 00145

⁵² A ADI 2321 foi julgada em 2000, antes, portanto, da edição da Emenda Constitucional n° 15/2004 que atualizou o art. 131 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – RISTF, com a seguinte redação: “art. 131, § 3°, admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2° do artigo 132 deste Regimento”.

entes legitimados determinados expressamente pela lei, cuja força representativa tornava desnecessária a participação de terceiros.

O sistema dos direitos coletivos *lato sensu*, então, acolhe como legitimados apenas entes públicos e associações que preencham determinados requisitos legais, não prevendo a participação dos cidadãos, quer na forma de autor quer na de interveniente, o qual possui a opção da ação popular⁵⁵. A limitação da atuação aos legitimados já descritos em lei partia da ideia de que detinham força representativa tornando desnecessária a participação de outras pessoas.

Por outro lado, as formas de intervenção de terceiros previstas no Código de Processo Civil são admitidas de modo muito restrito nas tutelas coletivas *lato sensu* porque foram previstas para um sistema de tutela de interesses individuais, não se coadunando, portanto, com a natureza dos direitos coletivos que, como são transindividuais, visam garantir uma prestação jurisdicional que alcance a todos os interessados de uma só vez, de forma mais célere e capacitada, beneficiando, desde logo, todo um grupo de pessoas.

Assim, a sistemática da tutela coletiva no Brasil primou por não especificar possibilidades de intervenções de terceiros em ações de natureza metaindividual, a fim de impedir seu retardamento⁵⁶, admitindo-se, restritivamente, o instituto do litisconsórcio somente entre os entes legitimados^{57 58}, os quais podem se habilitar após a sua instauração na qualidade de assistentes litisconsorciais⁵⁹,

Em se tratando de interesses individuais homogêneos, há a possibilidade do ingresso de pessoas físicas, individualmente, como assistentes litisconsorciais⁶⁰ nos moldes previstos pelo art. 94

da Lei nº 8.078/90⁶¹, caso em que se o particular lesado tiver, em trâmite, processo individual com pedido idêntico ao da ação coletiva, pode pedir a suspensão de sua ação e ingressar nessa qualidade na demanda coletiva.

O artigo 101, II, do CDC⁶², prevê a possibilidade de ser chamada ao processo a empresa seguradora. O cabimento do instituto do chamamento ao processo nas lides consumeristas é exceção só admitida porque permite um alargamento na garantia de satisfação do consumidor, eis que a presença da empresa amplia as garantias deste.

Em suma, as modalidades interventivas tradicionais, previstas para o sistema de tutela individual, não se coadunam com a tutela coletiva e, pois, com interesses transindividuais, porque, não havendo direitos subjetivos, não poderia haver interesse jurídico a ensejar a intervenção de terceiros nestas relações processuais.

Necessidade de ampliação do instituto do *amicus curiae* nas tutelas coletivas

O *amicus curiae* é instrumento de participação democrática que surge com a finalidade de ampliar o debate, permitindo que a Corte disponha de todos os elementos informativos, possíveis e necessários à solução da controvérsia.

Tal qual no controle de constitucionalidade, que não admite a intervenção de terceiros, porque a fiscalização abstrata da constitucionalidade se faz através de um processo objetivo, i.e, um processo que não envolve situações jurídicas de caráter individual, a tutela coletiva também não se destina à solução de litígios intersubjetivos⁶⁴.

⁵³ Embora julgada em 2000, só foi publicada em 2005: ADI 2321 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2000, DJ 10-06-2005 PP-00004 EMENT VOL-02195-1 PP-00046 RTJ VOL-00195-03 PP-00812

⁵⁴ Gilmar Ferreira Mendes, Controle de Constitucionalidade: uma análise das Leis 9.868/99 e 9.882/99, Revista Diálogo Jurídico, nº 11, Salvador, fevereiro/2002

⁵⁵ ADI 2548, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 18/10/2005, publicado em DJ 24/10/2005 PP-00035 RDDP N. 34, 2006, P. 176-177 RDDT n. 144, 2007, p. 218, Conferir, ainda, ADI 3842, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 03/12/2009, publicado em DJe-231 DIVULG 09/12/2009 PUBLIC 10/12/2009.

Esta nova forma de proteção é decorrência da coletivização dos conflitos sociais, corolário da sociedade moderna, em que os conflitos são cada vez mais massificados exigindo que não mais sejam resolvidos de forma individualizada. Em razão disso há a indeterminação dos sujeitos beneficiados com a respectiva decisão porque, ao contrário das ações individuais, em que cada titular do direito violado é identificado, nas ações coletivas, estes são indeterminados ou apenas determináveis.

Das características dessa nova forma de tutela coletiva ressalta-se a relevância social do bem tutelado. Com efeito, sempre há um interesse público e social relevante a ser defendido, que não é de uma pessoa individualmente, mas pertence a todos ao mesmo tempo.

Ora, o instituto do *amicus curiae*, conforme já exposto, permite a inserção de um terceiro para discutir objetivamente teses jurídicas que vão afetar a sociedade como um todo. Seu interesse não é jurídico, mas público, coletivo ou, conforme definiu Cássio Scarpinella, institucional, porque transcende os interesses das partes e até mesmo das pessoas titularizadas pelo instituto⁶⁵.

É exatamente esse interesse social que justifica a intervenção do *amicus curiae* nas tutelas coletivas. Nestas é inadmissível a intervenção de

terceiros na forma como foi prevista para a tutela individual, porque de direito subjetivo não se trata, mas de interesses difusos ou coletivos, ou mesmo individuais homogêneos.

Logo, se o instituto do *amicus curiae* é um instrumento da democracia, porque tem a função de pluralizar os debates, permitindo que a Corte tome conhecimento de elementos informativos para que possa decidir com plena segurança uma matéria que irá afetar a toda a coletividade, e se a tutela coletiva, tendo sempre um interesse público a ser defendido, visa exatamente resolver de forma massificada tais conflitos, é ínsito do sistema que se admita a intervenção do instituto do *amicus curiae* nessas tutelas.

Nem se pondere que a existência de legitimados previstos na lei para a tutela coletiva seria óbice a tal conclusão. O argumento já foi afastado por ocasião das decisões do STF e pode ser perfeitamente aplicado aqui: pluralização do debate. Quanto mais os grupos sociais se organizarem para levar ao conhecimento do juízo uma gama de informações, detalhes e interpretações particulares e sob óticas diversas, mais amplo se tornará o debate, melhor será a instrução do processo, e, certamente, mais segura será a decisão judicial a ser prolatada.

⁶⁶ A primeira figura a aparecer no cenário nacional, dentro de certos limites, como instrumento garantidor dos direitos transindividuais foi a Ação Popular (Lei n. 4717/65), que visa a preservação da probidade, eficiência e moralidade na gestão da coisa pública e bem assim a tutela do meio ambiente e do patrimônio público em sentido amplo, bem como de interesses de consumidores. Em 1985 foi inserido no ordenamento nacional a Ação Civil Pública (Lei n.º 7347/85). Em 1988, a Carta Constitucional de 1988 consagrou inúmeros direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, que impuseram a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), o qual trouxe novas redefinições à Ação Civil Pública, imprimindo uma unidade sistemática ao processo coletivo, classificando os interesses: a) em difusos (titulares indetermináveis e ligados por circunstância de fato, e objeto indivisível), b) coletivos (titulares podem ser determinados, ligados entre si e com a parte contrária por uma relação jurídica base, e o objeto é indivisível); e, c) individuais homogêneos (titulares identificáveis, a relação jurídica base donde nasce a lesão é individualizada, e o objeto é divisível).

⁶⁷ Artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal

⁶⁸ É como conclui Watanabe ao analisar a vedação do instituto da denunciação da lide no art. 88 do CDC (...) a denunciação da lide, todavia, foi vedada para o direito de regresso de que trata o art. 13, parágrafo único, do Código, para evitar que a tutela jurídica processual dos consumidores pudesse ser retardada e também porque, por via de regra, a dedução dessa lide incidental será feita com a invocação de uma causa de pedir distinta. Com isso, entretanto, não ficará prejudicado o comerciante, que poderá, em seguida ao pagamento da indenização, propor ação autônoma de regresso nos mesmos autos da ação originária (grifamos). (Kazuo Watanabe, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, p. 782/783.)

Também não se argua que a falta de previsão é obstáculo intransponível, pois o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, a despeito da ausência de previsão legal expressa, que é admissível o ingresso de *amicus curiae* em feitos em que haja relevância da matéria a ser apreciada, já sendo inclusive considerado prática aceita no âmbito daquela Corte⁶⁶.

Na realidade, o *amicus curiae* é um reflexo das próprias deficiências do sistema, pois em uma sociedade moderna, os juízes não têm acesso a todas as informações, sendo não apenas democrático, mas necessário se permitir a participação social como instrumento de informação dos magistrados.

Enfim, a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* nas tutela coletivas, possibilitando julgamentos mais realísticos, comprometidos com as consequências da decisão, e atentos aos mais diversos setores sociais, mais do que uma inferência do sistema é corolário da trajetória do pensamento democrático no curso do século passado. As transformações pela qual passou o direito processual ao longo do século XX, refletem o fortalecimento da lógica participativa, e sua preocupação com o efetivo acesso à justiça. É enfim, resultado de uma interpretação aberta e democrática da Constituição Federal.

CONCLUSÃO

A ideia de uma sociedade aberta ou pluralista desenvolvida por Peter Häberle, permitindo a participação de todos os membros da sociedade no processo de interpretação da Constituição é insita ao panorama da pós-modernidade e ao Estado Democrático de Direito.

A técnica de participação do *amicus curiae* no processo constitucional permite que terceiros interessados passem a integrar a demanda para discutir objetivamente teses jurídicas que vão afetar a sociedade como um todo. Este terceiro, sem ser parte, ingressa no processo movido por um interesse maior do que o dos litigantes envolvidos, para servir como fonte de conhecimento de assuntos inusitados, inéditos, difíceis ou controversos.

Embora o referido instituto já se encontre contemplado em nosso no nosso país deste 1976, desenvolveu-se no processo de controle abstrato das normas, porque enquanto pluraliza o debate constitucional conferindo legitimidade às decisões do Tribunal, permite a realização de garantias fundamentais e do princípio democrático.

A figura deste terceiro interventor representa uma forma da abertura social do processo proposta por Häberle na medida em que permite que terceiros ingressem no processo hermenêuti-

⁵⁹ Segundo o artigo 5º da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, com a redação dada pela Lei 11.448, de 2007, tem legitimidade para propor a ação civil pública: “I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil”.

⁶⁰ Diz o art. 5º, § 2º da ACP: “Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes”. Sobre a deficiência da redação e afastando de vez qualquer interpretação limitativa, veja-se a lição de Hugo Nigro Mazzilli: “A LACP admite que o poder público e outras associações legitimadas se habilitem como litisconsortes em ação já proposta A norma, porém, aplica-se a quaisquer co-legitimados e não apenas às entidades públicas e às associações civis. Com efeito, se a legitimidade ativa é concorrente, nada impede que qualquer dos co-legitimados natos possa litisconsorciar-se com outro para a propositura da ação, ou não o fazendo para a propositura, habilite-se como assistente litisconsorcial do outro, depois de já proposta a ação” (Hugo Nigro Mazzilli, A defesa dos interesses difusos em juízo, 2000, p. 256)

co institucional da Carta Magna. Embora a tese do pluralismo social proposta por este jurista tenha se desenvolvido no âmbito da hermenêutica constitucional, pode ser aplicada no campo dos direitos coletivos “*lato sensu*” porque também atingem toda a sociedade.

A pluralização do debate em tema de direitos transindividuais, com a participação de setores da sociedade, permitindo que os julgadores disponham de todos os elementos informativos, possíveis e necessários à solução da controvérsia vai ao encontro dos princípios democráticos.

As formas de intervenção de terceiros previstas no Código de Processo Civil foram previstas para um sistema de tutela de interesses individuais, não se coadunando, portanto, com a natureza dos direitos coletivos que, como são transindividuais, visam garantir uma prestação jurisdicional que alcance a todos os interessados de uma só vez, de forma mais célere e capacitada, beneficiando, desde logo, todo um grupo de pessoas.

O instituto do *amicus curiae* permite, então, que um terceiro intervenha no processo coletivo porque seu interesse não é jurídico, mas público ou institucional, não se assemelhando àquelas formas de intervenção previstas no direito clássico.

Tal no controle de constitucionalidade não envolvem situações jurídicas de caráter individual, não se destinando à solução de litígios intersubjetivos. Nestas tutelas há um interesse público e social relevante a ser defendido, que não é de uma pessoa individualmente, mas pertence a todos ao mesmo tempo, permitindo-se, assim, que o *amicus curiae* ingresse para discutir objetivamente teses jurídicas que vão afetar a sociedade como um todo, viabilizando ao julgador a disposição de todos os elementos informativos, possíveis e necessários à solução da controvérsia.

O instituto do *amicus curiae* é um instrumento da democracia, porque tem a função de pluralizar os debates, permitindo que a Corte

⁶¹ O artigo 5º da Lei 7.347/85 foi consolidado com o artigo 82 do CDC (Lei n. 8.078/90), ao admitir a possibilidade de formação de litisconsórcio no pólo ativo de demandas coletivas. Hugo Nigro Mazzilli afirma que a regra do art. 5º parágrafo 2º da Lei da Ação Civil Pública é caso de litisconsórcio ulterior: “Por absurdo, caso se entendesse que inexistia possibilidade de litisconsórcio ulterior, bastaria que o segundo co-legitimado propusesse em separado outra ação civil pública ou coletiva, com pedido mais abrangente ou conexo, e isso provocaria a reunião de processos, e então ambos os co-legitimados acabariam sendo tratados como litisconsortes. Nesse passo, menos imperfeita foi a redação dada na Lei n. 7.853/89, ao tratar do mesmo problema: ‘Fica facultado aos demais legitimados ativos habilitarem-se como litisconsortes nas ações propostas por qualquer deles’. Mas, mesmo esta redação não se livrou da incorreção de mencionar assistentes litisconsorciais em vez de litisconsortes” (Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 2009, p. 256).

⁶² A assistência é modalidade de intervenção voluntária na qual o terceiro que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma das partes, poderá requerer sua habilitação nos autos, exercendo os mesmos poderes e sujeitando-se aos mesmos ônus processuais do assistido. Classifica-se em assistência simples (art. 50 do CPC), e litisconsorcial (art. 54 do CPC). Esta, segundo a maioria da doutrina, é verdadeiro litisconsorte (Arruda Alvim em *Manual de direito processual civil*, vol. 2, p. 118; Humberto Theodoro em *Curso de direito processual civil*, p. 143 e também em *Litisconsórcio e intervenção de terceiros no processo civil brasileiro*, p. 69), havendo, inclusive quem pugne pela sua eliminação, pois seria caso efetivo de litisconsórcio (Luiz G. Marinoni em: *Sobre o assistente litisconsorcial*, p. 256). É da assistência litisconsorcial de que trata o art. 94 da Lei n. 8.078 em caso de tutela de interesses individuais homogêneos.

⁶³ Art. 94 da Lei 8.078/90: “Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor”.

⁶⁴ Art. 101, II, do CDC: “o réu que houver contratado seguro de responsabilidade poderá chamar ao processo o segurador, vedada a integração do contraditório pelo Instituto de Resseguros do Brasil. Nesta hipótese, a sentença que julgar procedente o pedido condenará o réu nos termos do art. 80 do Código de Processo Civil. Se o réu houver sido declarado falido, o síndico será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denúncia da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este”.

tome conhecimento de elementos informativos para que possa decidir com plena segurança uma matéria que irá afetar a toda a coletividade.

Em suma, a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* nas tutelas coletivas, possibilitando julgamentos mais realísticos, comprometidos com as consequências da decisão, e atentos aos mais diversos setores sociais são o resultado de uma interpretação aberta e democrática da Constituição Federal, permitindo a realização conjunta de garantias fundamentais no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Manual de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 2.

BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *Amicus Curiae* no Processo Constitucional Brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1. Salvador, jan 2004. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2009.

BUENO FILHO, Edgar Silveira. *Amicus Curiae – A Democratização do Debate nos Processos de Controle da Constitucionalidade*. Revista Diálogo Jurídico, n. 14, junho/agosto, Salvador, 2002.

⁶⁵ “um processo sem sujeitos, destinado, pura e simplesmente, à defesa da Constituição. Não se cogita, propriamente, da defesa de interesse do requerente, que pressupõe a defesa de situações subjetivas” (Gilmar Ferreira Mendes, Controle de constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos, editora Saraiva, 1990, p. 250/251)

⁶⁶ Mesmo aqueles que não negam o caráter subjetivo aos interesses transindividuais, admitem que se trata de uma subjetividade com uma nova amplitude. José Luis Bolsan de Moraes fala em direito subjetivo difuso, admitindo, que não é um direito subjetivo na acepção clássica: “abstraindo-se o conceito de direito subjetivo de sua vinculação à tradição liberal, poder-se-ia, então inferir um novo conteúdo para o mesmo, no qual a subjetividade diria respeito não mais apenas a um certo indivíduo mas, isto sim, seria uma subjetividade própria da condição humana” (Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea. Porto alegre: livraria do advogado, 1996, p. 112).

⁶⁷ Foi como Cássio definiu o interesse do *amicus curiae* (*Amicus Curiae ...*, p. 514-515)⁶⁸ No julgamento do AgRg nos EREsp 827194/SC, não obstante a agravante sustentasse que “a legislação processual civil brasileira prevê a admissão do *amicus curiae* em situações específicas e taxativas, não havendo qualquer embasamento ou autorização legal para a aplicação do instituto em outras hipóteses, de forma livre e aberta, a critério do relator”, o Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS deferiu o pedido admitindo o ingresso do sindicato na condições de *amicus curiae* “por considerar a relevância da matéria, e por ser prática aceita no âmbito desta Corte”. É a ementa: PROCESSUAL CIVIL – DEFERIMENTO DE INGRESSO DE SINDICATO COMO AMICUS CURIAE – RELEVÂNCIA DA MATÉRIA – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA AS PARTES. Esta Corte tem reiteradamente aceito o ingresso do *amicus curiae* nos feitos em que haja relevância da matéria como o presente, no qual se discute a incidência de PIS e COFINS sobre o faturamento das empresas locadoras de mão-de-obra. Agravo regimental improvido. (AgRg nos EREsp 827194/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/09/2009, DJe 18/09/2009). No mesmo sentido: (...) 3. A figura do *amicus curiae*, tão conhecida no direito norte-americano, chegou ao ordenamento positivo brasileiro por meio da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, inaugurando importante inovação em nosso Direito. 4. O *amicus curiae* poderá atuar na esfera infraconstitucional, objetivando a uniformização de interpretação de lei federal. 5. O escopo da edição da norma legal viabilizadora da intervenção do “*amicus curiae*” é o de permitir ao julgador maiores elementos para a solução do conflito, que envolve, de regra, a defesa de matéria considerada de relevante interesse social. 6. Intervenção especial de terceiros no processo, para além das clássicas conhecidas, a presença do *amicus curiae* no feito não diz tanto respeito às causas ou aos interesses eventuais de partes em jogo em determinada lide, mas, sim, ao próprio exercício da cidadania e à preservação dos princípios e, muito particularmente, à ordem constitucional. (...) (EDcl no AgRg no MS 12459/DF, Rel. MIN. CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA SEÇÃO, julgado

BUENO FILHO, Edgard Silveira. Amicus curiae – A democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade. Revista CEJ, n. 19. Brasília, out/dez. 2002, pp. 85-89.

BUENO, Cassio Scarpinella. Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2008.

CABRAL, Antônio do Passo Cabral. Pelas Asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. Revista de Processo, n. 117. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 17

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Mandado de segurança: assistência e amicus curiae. Revista de Processo, n. 112. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 213.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Intervenção de terceiros. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Hårbele e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. Revista de Direito Administrativo, n. 211. Rio de Janeiro: Atlas, pp. 125-134.

CRISCUOLI, Giovanni. Amicus Curiae. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Ano XXVII, n. 1. Milano: Griuffré, 1973.

CUNHA JR, Dirley. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do co-legitimado e do amicus curiae na ADIN, ADC e ADPF. In: DIDIER JR., Fredie e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). As-

pectos Polêmicos e Atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins. São Paulo: RT, 2004. pp. 165/166.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da . intervenção anômala: a intervenção de terceiro pelas pessoas jurídicas de direito público prevista no parágrafo único do art. 5º da Lei 9.469/1997, In: DIDIER JR, Fredie e Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais sobre terceiros no processo civil e assuntos afins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 581/640 pp. 622/625.

DIDIER JR. Fredie. Recurso de terceiro. 2 ed., São Paulo: RT, 2005.

MORAES, José Luis Bolsan. Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea. Porto alegre: livraria do advogado, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. São Paulo: Celso Bastos e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 25.

HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução para o português feita por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

LAZZARINI, Alexandre Alves. A intervenção do CADE no processo judicial. *Revista de Processo*, n. 105. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 247/248.

MARINONI, Luiz G. Sobre o assistente litisconsorcial. *Revista de Processo*, n. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: uma análise das Leis 9.868/99 e 9.882/99, in: *Revista Diálogo Jurídico*, nº 11, Salvador, fevereiro/2002.

MOTTA, Sylvio e **DOUGLAS**, William. Controle de Constitucionalidade: uma abordagem teórica e jurisprudencial. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2004.

OVERSTREET, Greg. ‘Amicus Curiae’ Briefs in Washington. Disponível em: <http://www.wsba.org/media/publications/barnews/archives/2001/nov-01-amicus.htm>

PEREIRA, Milton Luis. Amicus curiae – intervenção de terceiro. *Revista de Processo*, n. 109. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 39-44.

RÊGO, Bruno Noura de Moraes. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

SILVESTRI, Elisabetta. L’amicus curiae: uno strumento per La tutela degli interessi non rappresentati. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 51-53. Milano: Griuffré, 1973, p. 679-680.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Litisconsórcio e intervenção de terceiros no processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Revista Forense, n. 334. Rio de Janeiro: Forense, 1996, pp. 57-70.

WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1999.

A crise da justiça a partir da teoria de John Rawls.

Jean Carlos Dias *

INTRODUÇÃO

Em seu “ Tratado da Justiça”, Tomás de Aquino procurou definir o que seria a justiça, tendo, após algumas reflexões, formulado a definição de que a justiça seria um “ hábito segundo o qual cada um dá ao outro o que lhe pertence segundo o direito, permanecendo nele como uma vontade constante e perpétua.”

Talvez o aspecto mais fundamental dessa definição seja centrar no homem e suas ações (hábito) o fundamento da justiça, colocado-nos como medida para o que é justo ou não.

Essa questão, apesar dos esforços de Tomás, permanece ainda em aberto, sendo muito investigada pelos pensadores que vieram depois dele. Dentre os pensadores posteriores, o mais amplamente influente nos estudos contemporâneos é o americano John Rawls.

Tomarei, no presente ensaio, como texto básico o livro “ Uma teoria da Justiça” que foi resultado das aulas e pesquisa na Universidade de Harvard e que tornou Rawls amplamente conhecido pela enge-

nhosidade de sua teoria e pela retomada de conteúdo considerados então esgotados. Lembro que o autor efetuou diversas revisões de sua teoria no decorrer de sua vida, mas penso que o insight original continua sendo um ponto de partida privilegiado no âmbito do tema que abordarei neste ensaio.

Há em Rawls uma busca pela definição da justiça no momento da atribuição de direitos aos membros de uma comunidade plural. Esse expediente tem ampla repercussão na filosofia política, mas também é central para a avaliação do Direito que uma comunidade institucionaliza.

A investigação do conceito político e jurídico de justiça em Rawls oferece a possibilidade de especular acerca da tão propalada crise dessa idéia, e tentar reposicionar esse debate tendo como pano de fundo a moralidade.

A demonstração da conexão da moralidade e do senso de justiça parece-me indicar que a propalada crise da justiça é na verdade uma consequência de uma mais ampla crise da moralidade que pode e deve ser pensada heurísticamente a partir de Rawls.

¹ Advogado. Doutor em Direitos Fundamentais e Relações Sociais e Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal do Pará – UFPa. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela UNESA – RJ. Membro do Grupo Docente Estruturante e Professor (graduação e pós-graduação) do Centro Universitário do Pará – CESUPA onde também coordena o Programa de Pós-Graduação em Direito. Professor Convidado da Escola da Magistratura do Estado do Pará. Professor Convidado do Centro de Formação e Aperfeiçoamento Profissional do Ministério Público do Estado do Pará. Professor Convidado da Escola Superior da Advocacia do Estado do Pará. Professor convidado da Escola Judiciária do Estado do Amapá. Professor convidado em cursos de Pós-graduação em diversas Instituições de Ensino em vários Estados do Brasil. Presidente da Comissão de Direitos Difusos e Coletivos da OAB-Pa (triênio 2010-2012). Membro do Instituto dos Advogados do Pará, do Instituto Brasileiro de Política e Direito da Informática e da Fundação Brasileira de Direito Econômico..

Essa perspectiva moral do senso de justiça parece oferecer um grande interesse para a nossa sociedade contemporânea, onde o debate acerca da justiça foi abolido ou desprezado por ser considerado fluido, inútil ou mesmo ilusório.

Proponho com este ensaio a retomada do tema da justiça com base em Rawls supondo que seja possível usar sua teoria como marco para a investigação das relações entre a justiça e moralidade no mundo atual

UMA NOÇÃO DO CONCEITO DE POSIÇÃO ORIGINAL

Diante dos conflitos sociais, isto é, dos choques entre interesses dos membros da sociedade que sempre estão em franco embate, em constante oposição face a insuficiência de meios para satisfação dos desejos individuais, a própria sociedade, visando a sua preservação, cria meios de pacificação.

Esses meios não decorrem de uma opção, por assim dizer, objetiva no sentido de criação de um sistema de resolução de conflitos, mas sim e principalmente, vão se constituindo através das próprias interações sociais.

Há, assim, o desenvolvimento do sistema de ação e reação que Hegel reconhece como “mecânica da necessidade”, que acaba por justificar a própria criação do Estado como entidade soberana que se impõe como solucionador daqueles embates, à medida que se torna mediador dos interesses dos indivíduos.

No entanto, é preciso investigar se as soluções obtidas podem ser reconhecidas como justas, se tomarmos por base o conceito de justiça como um acordo sistematicamente constituído pela sociedade. Um tal acordo pressuporia a existência de determinados fatores a partir do qual essa noção de justiça pudesse ser testada.

É claro que as estruturas de um acordo de tal natureza, revelaria os termos aos quais os indi-

víduos estariam em condição de aderir, imbuídos de determinados objetivos e mediante certas relações entre si próprios. Em sentido mais preciso, a atribuição recíprocas de direitos depende da consolidação de juízos morais.

Esse consenso, porém, somente interessa a nossa análise à medida em que não for resultado da impossibilidade de imposição de uns aos outros, pela existência de um equilíbrio de forças, ou ainda, como resultado de uma opção puramente arbitrária.

Exige-se que os indivíduos sejam capazes de formular um acordo baseando-se essencialmente no conceito do que é adequado pela avaliação do juízo moral de cada um que, por via de consequência, represente o senso de justiça que informaria a decisão consensual.

Quando as partes estão nessa situação ocorre o que Rawls define como posição original. Aliás, define essa idéia como sendo um “status quo no qual qualquer consenso atingido é justo”.

A posição original, assim, retrata um determinado momento no curso de dinamização de juízos morais que produzem uma solução entendida como justa. Nesse sentido, a solução justa aponta para um conjunto de princípios que norteiam os juízos morais produzidos, e que, em sua essência, demonstram a existência de uma matriz de justiça que norteiam o senso humano do justo, idéias que serão mais bem abordadas adiante.

Na verdade, essa posição não se destina a explicar a conduta humana, mas sim a formular um ponto de partida hipotético que seja suficiente para comportar o desenvolvimento da reflexão acerca do questionamento quanto a existência de um senso de Justiça.

A posição original, então, busca apenas retratar os juízos morais realizados pelos indivíduos e nesse sentido apoiar a investigação do senso do justo por ele condicionados.

Isso importa ao nosso estudo, porque o próprio Rawls define que as condições de justiça in-

terferem na posição original na medida em que “seu objetivo é refletir, na descrição da posição original, as relações dos indivíduos entre si, relações estas que preparam o cenário para as questões da justiça.”

Essa posição original, assim, traduz os princípios que permitem a conciliação das reivindicações gerais dos indivíduos, seja em relação às instituições, seja em relação a todos entre si.

A posição original, assim, é um momento hipotético onde os indivíduos poderiam decidir acerca dos princípios de justiça que serão adotados pela sociedade. Nesse exato momento as pessoas não teriam como prever o que efetivamente ocorrerá, mas, imbuído de seus juízos morais, deverão selecionar os valores que serão estruturalmente protegidos e utilizados.

ESTABILIDADE DA CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA

Para Rawls, a sociedade bem organizada é aquela estruturada para produzir o bem de seus membros e concretamente regulada por uma concepção comum de justiça.

Essa concepção comum significa que os membros da sociedade aceitam, coletivamente, determinados princípios de justiça, que de modo algum são isolados ou individuais, pelo contrário, são eminentemente públicos.

Com isso se quer dizer que tais princípios são de conhecimento de todos e por isso são amplamente reconhecidos como limitativos da noção social de justiça.

Por outro lado, além desses princípios públicos, considerar-se-á como bem organizada a sociedade quando as suas instituições atenderem aos princípios intersubjetivos de justiça.

Assim, o conceito de sociedade bem organizada se funda no binômio: princípios públicos de justiça e instituições que os refletem.

Esses princípios, por sua vez, refletem a concepção de justiça constituída em função da

vida humana tal como conhecida pelos indivíduos de uma determinada sociedade. Esses princípios acabam formando um tecido que indica a concepção pública de justiça. A existência dessa concepção induz, como aponta Rawls, os membros da sociedade a agir em estrita consonância com esses princípios.

A premissa, portanto, é a de que, reconhecendo a justiça nas instituições e sendo públicos os princípios a ela relativos, os membros da sociedade sentirão o desejo de agir de forma justa tomando por referência esses parâmetros. Esse desejo, contudo, não seria puramente psicológico, pelo contrário, seria política e juridicamente adotado em função da aceitação da própria existência da comunidade como um meio de vida cooperativa em meio a um ambiente adverso. Logo, a adesão gera uma ação humana concreta no sentido do respeito e desenvolvimento desses princípios instituídos de forma social e com ampla participação de todos.

Essa noção inicial é fundamental para compreender o sentido de estabilidade que Rawls afirma em sua teoria.

Quando as instituições de uma determinada sociedade são consideradas justas conforme os princípios por ela mesma definidos, seus indivíduos tendem a multiplicar o conteúdo de justiça nelas presente.

Esse processo de conservação do conteúdo de justiça por meio do reconhecimento e reprodução, tende a perpetuar a própria sociedade ao longo do tempo. Essa é a razão porque a sociedade bem organizada (que atende os princípios de justiça) provavelmente possui um alto grau de estabilidade.

A reprodução da justiça expressa pelas instituições sociais gera a necessidade de preservação desse estado ideal de coisas, que por sua vez exige que cada uma dos indivíduos aja de modo a preservá-la.

Essa ação preservativa acaba por gerar um

senso correspondente de justiça, que arraiga-se aos indivíduos passando a condicionar suas condutas que de outro modo seriam pautadas por seus interesses puramente individuais ainda que injustos.

Quanto mais forte for o desejo dos indivíduos de agir de forma justa mais estável será essa concepção de justiça. Haveria um contínuo fluxo e influxo entre a noção de justiça e as instituições sociais.

A estabilidade dessa concepção, por sua vez, depende de que o senso de justiça e os objetivos por ela pretendidos sejam capazes de sobrepujar as propensões para a prática da injustiça.

Com isso numa situação original os indivíduos devem adotar o sistema de princípios (concepções) mais estáveis, ou seja, os mais hábeis a coibir os interesses pessoais possivelmente injustos.

Isso nos importa porque se afigura como improvável que indivíduos que procurem exclusivamente a satisfação de seus próprios interesses sejam capazes de produzir um senso de justiça.

O senso de justiça, assim, reflete necessariamente uma preocupação com o outro e com todos à medida em que estabelece uma relação do que deve ser aceitável e o que não, diante dos comportamentos possivelmente adotáveis.

Nesse sentido, se os indivíduos todos possuem uma condição fundamental que os inclina a atribuir um senso específico de justiça, somente pode-se admitir que isso decorra de um fundo moral ou da busca por maximização do bem individual.

Essa segunda possibilidade, tem por premissa que o bem social se compõe dos bens individuais somados, sendo, assim, a noção de justiça correlata, influenciada pela doutrina utilitarista. Essa noção é incapaz de gerar estabilidade porque associa os interesses individuais à essência do que é justo afastando a intersubjetividade necessária à adesão de todos os membros de uma comunidade. À medida em que centra no próprio interesse individual a essência do justo essa idéia permitiria

considerar qualquer interesse com justo à proporção que integrasse o conjunto de bens individuais que em última instância formam o bem social. No âmbito da filosofia política e da filosofia do Direito contemporâneas essas idéias são anacrônicas.

Rawls, acredita que as pessoas tendem a agir de forma justa quando vivem em instituições justas, pautadas por princípios de justiça amplamente compartilhados, que geram de forma ostensiva benefícios a todos.

Essa constatação relaciona-se com a estabilidade da concepção de justiça porque permite deduzir que o senso de justiça se sustenta em si mesmo, quer por um fundamento puramente ligado ao próprio interesse dos indivíduos em preservar o sistema social que é capaz de gerar benefícios a todos, quer por um fundamento moral que examinarei adiante.

Em Rawls, equilíbrio não corresponde à estabilidade. Há equilíbrio quando as forças atuantes em um sistema se equivalem promovendo assim uma eventual constância desde que não existam fatores externos que influenciem esse estado. Para que o equilíbrio seja estável é necessário que havendo a interferência de fatores externos ao sistema, sua forças reorganizem-se de modo a produzir um novo estado de equilíbrio.

Sendo a concepção de justiça algo, por definição, sistemático aplica-se a ela o que dissemos acerca de equilíbrio e estabilidade. Nesse contexto, a concepção de justiça de uma sociedade não determina a inalterabilidade de suas instituições, mas tão somente que as mudanças devem promover uma readequação das forças internas que ao final garantem a continuidade da mesma condição de justiça antes verificada.

Vale dizer que a mesma noção aplica-se quando as próprias forças internas, por quaisquer razões, sofrem um abalo que determina seu reposicionamento.

Então, podemos entender em Rawls uma preocupação objetiva em reconhecer que a esta-

bilidade produz na sociedade a necessidade (desejo) de manter o mesmo sentido de concepção de justiça.

E isso, excluindo o fundamento moral, funda-se essencialmente no interesse da sociedade de manter as instituições capazes de gerar benefícios a todos, sendo justas e, assim, gerando o efeito multiplicador.

O DESENVOLVIMENTO DA MORALIDADE

Para uma análise ética da justiça como a que pretende Rawls torna-se fundamental estabelecer o sentido da moralidade no comportamento e na compreensão das pessoas acerca do conceito de Justiça.

Torna-se necessário porque Rawls vê na Justiça uma dimensão da moralidade e isso na exata proporção que reconhece a contratualidade na formação da sociedade.

Em sua teoria Rawls aponta que os sentimentos morais são necessários para garantir a estabilidade da concepção de Justiça, se entendemos como reflexo da estrutura básica.

Esses sentimento morais, por sua vez, não parecem ter uma origem social evidente, o que o leva a analisar a teoria da aprendizagem social. Basicamente conclui que a sociedade consegue reprimir o desejo individual prejudicial aos outros e a própria sociedade por meio de um processo contínuo de aprovação e desaprovação.

Esse processo, contudo, depende de uma posição de autoridade, que pode sistematicamente ser desempenhado pelos líderes da família, pelo grupo, ou mesmo por toda a sociedade.

O resultado desse processo é produzir em todos os membros da sociedade o adestramento psicológico, de forma a incentivar a prática do que é correto – bom para a sociedades e para os outros – do que é errado – ruim para a sociedade e para os outros.

Nesse sentido, aponta Rawls que esse trei-

namento “modela, de forma mais ou menor definida, nossa natureza original”.

No entanto, essa modelagem pode ser oriunda tanto da necessidade de responder as ansiedades pessoais de forma não racional (inconsciente) como resultante do processo racional de valorização da convivência no meio social sendo, assim, uma reação intelectual.

Posto desse modo, percebe-se que a finalidade de Rawls ao adentrar no desenvolvimento da moralidade é tentar identificar a “concepção de justiça que deve ser aprendida”

O primeiro estágio do desenvolvimento da moralidade é identificado como sendo a “moralidade de autoridade” esse estágio caracteriza-se pela impossibilidade do indivíduo de avaliar e rejeitar liminarmente a validade dos preceitos e injunções que lhe são impostos por aqueles que possuem essa autoridade.

Essa moralidade fundamenta-se numa inegável relação de poder, uma vez que o líder tem o papel de impor a concepção moral que acredita sem permitir – até porque o indivíduo para isso não tem meios – a validação racional do que a ele está sujeito.

Como paradigma fundamental a família é mostrada como gestora da concepção de justiça à medida em que seus líderes podem impor às crianças um sentido moral que será tomado como verdadeiro e que, assim, deve ser adotado.

É evidente que nesse estágio a conduta será pautada por um conjunto de preceitos, de ordens, que deverão ser cumpridas pelos indivíduos sujeitos a autoridade do líder.

O segundo estágio da moralidade é a de grupo.

Nessa fase, a moralidade do grupo estará calcada sobre a existência de um referencial ideal que será a baliza para as diversas funções ou papéis que os indivíduos ativos deverão ocupar.

O entrecruzamento desses ideais permite a construção de uma visão calcada na multiplicida-

de de pontos de vista, tendendo a uma análise global da moralidade sob estas diversas perspectivas intelectualmente reconhecidas.

Para cada papel ou função corresponderá um ideal, de modo que à medida que desempenha diversos papéis ou funções o indivíduo é levado “de forma bastante natural, a uma moralidade de princípios”

A terceira fase do desenvolvimento da moralidade é chamada de moralidade de princípios.

Quando o grupo foi capaz de gerar um sistema de ideais suficientemente apto a produzir um série de regras abstratas bastante amplas e públicas aptas a significar a conduta de seus membros, produz “padrões de justiça.”

Esses padrões refletem a definição pública de justiça e geram um interesse natural dos indivíduos por todas as variantes que possam alterar a estabilidade dessa concepção seja por fatores externos seja por reposicionamento das forças internas da própria sociedade.

Nesse sentido, os padrões públicos de justiça passam a funcionar como um instrumento de equilíbrio entre os interesses individuais em conflito, e mais, à medida em que são representativos dos valores aceitos por todos como benéficos, justos e estáveis, acabam por produzir o senso de justiça correspondente.

A produção desse senso de justiça nos leva, então, a aceitação das instituições justas que a nós se aplicam e a nos dispor a preservar as instituições que o representam e modificar as desconformes.

Esse caminhar levaria ao desprendimento do bem como alvo levando a um comportamento justo escolhido puramente pela intenção de agir e proceder de forma justa.

Essa opção racional seria alcançada simplesmente porque os princípios enfim apontam para forma aceitas de promover a análise dos interesses humanos, além disso, Rawls aponta como razão o fato de que o senso de justiça é um prolongamento do amor pela humanidade.

Isso significa que a busca pelo bem não é tão simples quando diversos objetos desse bem são conflitantes, nesse caso, essa busca deveria ser pautada pelo senso de justiça.

Observe-se que tal senso exige um exercício de racionalidade que veda a arbitrariedade, ou seja, ausência de relação com os objetivos de bem-estar pretendidos.

A moralidade de princípios permite, assim, a formação de um tecido onde os princípios gerais são meios de ordenar adequadamente os ideais secundários em um sistema coerente e inteligível.

Assim, no terceiro estágio a justiça seria determinada pela moralidade [de princípios] contida objetivamente na análise de um determinado fato.

AS RELAÇÕES ENTRE O SENSO DE JUSTIÇA E A MORALIDADE PÚBLICA

Nesse sentido, como vimos, em Rawls o sentido de justiça está inequivocamente ligado ao quociente de moralidade impregnado pela adesão do indivíduo aos padrões construídos intersubjetivamente.

A justiça, assim, se manifestaria na avaliação que um indivíduo na posição original (racional, igual e livre) fizesse acerca de uma determinada decisão social guiado pelo senso de moralidade que refletisse os princípios morais adotados pela sociedade a que pertence e que são desejavelmente estáveis.

Ocorre que esse senso de justiça somente pode ser obtido por meio do conhecimento e compreensão contínuos, e ele mesmo depende do reconhecimento do mundo social e do que é justo e injusto.

Na teoria de Rawls o senso de justiça como manifestação da moralidade passa pelos estágios de seu desenvolvimento de forma progressiva, fazendo com que o avanço induza a conformação de um novo plano de compreensão.

Para Rawls, o senso de justiça, assim, mais que uma equação forçada psicologicamente decorre da extensão dos vínculos naturais entre os indivíduos e sua preocupação com o bem comum.

Por essa razão, a visão da Rawls assenta-se sobre a construção de que todos desejam o bem comum e agir de forma justa significa solicitar a todos os demais que também o façam.

Essa busca pela justiça reflete as três leis psicológicas por ele desenvolvidas e que se fundam em três elementos essenciais: preocupação com o nosso próprio bem, consciência do significado dos valores morais e que os que atendem a esses requisitos devem ser estimados e admirados pela sociedade.

Não podemos perder de vista que a concepção do objeto da justiça de Rawls é absurdamente clara: “ Para nós o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social.”

A justiça como equidade que é o núcleo da teoria de Rawls traduz a idéia de que todos os indivíduos em uma mesma situação hipotética e igual (equitativa) de forma racional e livre definam quais seriam os princípios de justiça deverão ser adotados.

No entanto, esses princípios livremente acordados não surgem do mero debate e assentimento, pelo contrário, refletem os juízos ponderados dos indivíduos. Para o autor, juízos ponderados são exatamente aqueles capazes de traduzir no mais alto de grau de pureza nossas qualidades morais, assim, mais que tudo, o juízo ponderado retrataria nosso mais profundo sentido de moralidade.

Nesse sentido a concepção de justiça na teoria de Rawls possui uma natureza essencialmente moral, ao ponto em que reconhece que elas tratam

dos “princípios que controlam as nossas forças morais, ou, mais especificamente, o nosso senso de justiça”.

CONCLUSÃO: A CRISE DA JUSTIÇA

Não parece haver dúvida que a concepção de justiça da Rawls não se situa unicamente no campo da moral, como, aliás, perceberam os comentaristas de sua obra.

A existência de uma conexão com a economia, com a política, contudo, não pode deixar-nos de reconhecer o peso da moralidade em sua concepção teórica.

Observamos que concepção da posição original, como pressuposto hipotético, mais que qualquer outra finalidade, visa definir o que realmente há de importante no homem e pelo quê ele se recusaria a transigir.

Esse conteúdo moral exposto na decisão definidora dos parâmetros que a sociedade adotará como princípios de justiça não somente revela a intensidade moral da concepção da Rawls como oferecer um redirecionamento do estudo da justiça como valor jurídico.

A crise do conceito jurídico do valor “justiça” foi reconhecida e propalada por autores de varias matizes. Alf Ross, por exemplo, vê nela uma crença ideológica que não admite qualquer argumentação em contrário por ser efetivamente ilusória. Esse ponto de vista ainda que fundado em outros marcos pode ser considerada uma idéia bastante convencional nos nossos dias.

É contra essa desilusão que Rawls se insurge. A sua teoria se apresenta como uma alternativa que procura densificar o conteúdo do conceito “justiça” por meio da adoção dos seus princípios fundamentais da igualdade e da diferença.

O que se pontua nessa aproximação é que o resultado tende muito mais a oferecer um conceito realmente diretivo e hábil a se constituir como um critério objetivo de validação social de decisões

que a simples negação da existência desse valor.

Parece-nos fundamental na teoria de Rawls essa tentativa de reconciliação entre a Moral e o Direito, oferecendo um critério de avaliação das instituições exatamente em função de sua potencialidade para realização da justiça.

Daí mesmo decorre a importância dada a estabilidade, porque, somente mediante a construção histórico-cultural é que se torna possível definir quais são os valores circunstanciais e os fundamentais de uma sociedade.

Com isso retira-se o foco no momento e passa-se a considerar a evolução social como um processo que seleciona os valores que necessariamente serão adotados, protegidos, por ser considerados essenciais a manutenção do grupo e ao seu senso de justiça.

Quando analisa o desenvolvimento da moralidade, Rawls traz a tona o aspecto psicológico do senso de justiça procurando demonstrar que o este decorre de um fundamento moral que exige, contudo, a capacidade de validação de seus pressupostos pelos próprios indivíduos. Com isso

ele associa a justiça com o processo de desenvolvimento moral esclarecendo uma associação que após se afigura como evidente.

A par desse aspecto, o senso de justiça, pode ser visto como um fator de agregação social, isto é, como um fator específico de identidade que se apropria dos conceitos morais de todos os indivíduos.

Essa preocupação longe de ser puramente abstrata serviria como referencial para validação filosófica de uma Lei ou de uma decisão judicial, por exemplo, à medida em que se demonstrasse a coerência com os princípios da teoria que apresentam forte matiz moral.

Desse modo, parece-nos que entre as grandes contribuições da teoria é o renascimento da discussão da justiça como valor social e, mais especialmente, jurídico.

Aliás, à guisa de conclusão parece-nos adequado destacar o pensamento do próprio autor: “A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade é dos sistemas de pensamento.”





PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

Av. Almirante Barroso, 3089 - Souza
CEP: 66613-710 - Belém - PA - Brasil
Telefone: (91) 3205-3000

www.tjpa.jus.br